GACETA JUDICIAL

REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XCV



BOGOTA

TALLERES GRAFICOS
MUNDO AL DIA

1961

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

SALA PLENA

Dr. CARLOS PELAEZ TRUJILLO, Presidente.
Dr. ANGEL MARTIN VASQUEZ ABAD, Vicepresidente.
Dr. RICARDO RAMIREZ L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. ENRIQUE CORAL VELASCO, Presidente.
Dr. RICARDO RAMIREZ L., Secretario.

Magistrados: Doctores ENRIQUE CORAL VELASCO
GUSTAVO FAJARDO PINZON
JOSE J. GOMEZ R.
JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ
ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA
ARTURO C. POSADA

SALA DE CASACION PENAL

Dr. PRIMITIVO VERGARA CRESPO, Presidente.
Dr. PIOQUINTO LEON L., Secretario.

Magistrados: Doctores HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ
SIMON MONTERO TORRES
GUSTAVO RENDON GAVIRIA
JULIO RONCALLO ACOSTA
ANGEL MARTIN VASQUEZ ABAD
PRIMITIVO VERGARA CRESPO

SALA DE CASACION LABORAL

Dr. JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ, Presidente.
Dr. VICENTE MEJIA OSORIO, Secretario.

Magistrados: Doctores LUIS ALBERTO BRAVO
ROBERTO DE ZUBIRIA C.
LUIS FERNANDO PAREDES A.
JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ

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. LUIS IGNACIO SEGURA A.

Marzo de 1961

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR LUIS IGNACIO SEGURA A.

RELATOR DE LA CORTE

TOMO XCV | Bogotá - Colombia | Marzo de 1961 | Nº 2.238

S A L A P L E N A

Proposición aprobada por la Corte con motivo del atraso de la publicación de la "Gaceta Judicial"

"La Corte Suprema de Justicia hace saber a quienes estén interesados en las publicaciones de la GACETA JUDICIAL, que, después de insistentes esfuerzos ante el señor Presidente de la República y el señor Ministro de Justicia, sólo se ha logrado hasta ahora que se entregue parte de la edición del número correspondiente a los meses de noviembre y diciembre de 1960, de modo, que el inexplicable atraso subsiste.

"Publíquese en la GACETA JUDICIAL y transcríbase a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial".

(Sesión de Sala Plena de fecha junio 7 de 1962).

NO HAY LUGAR A PROVEER EN EL FONDO SOBRE LA DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DEL DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 1.354 DE 22 DE MAYO DE 1953, SOBRE COOPERATIVAS MILITARES, POR SUSTRACCION DE MATERIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PLENA — Bogotá, D. E., nueve de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón)

El ciudadano Edmundo Morales Beltrán, en ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 214 de la Constitución Nacional, ha solicitado de esta Corporación la declaratoria de inexequibilidad del Decreto Legislativo número 1.354 de 22 de mayo de 1953 "por el cual se dictan unas disposiciones para el mejor funcionamiento de las Cooperativas de Militares en uso de buen retiro", publicado en el número 28.213 del "Diario Oficial" y que el peticionario estima violatorio del numeral 8º del artículo 118, del numeral 19 del artículo 120 y del parágrafo 3º del artículo 121 de la Carta, según las alegaciones en su demanda expuestas.

Corrido el traslado del caso al señor Procurador General de la Nación, éste contestó solicitando se declare "que no hay lugar a decisión alguna en relación con la petición del demandante", y al efecto argumenta así:

"Como es bien sabido, las Leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y 79 de 1960, respectivamente, confirieron fuerza legal, vale decir, transformaron en leyes, con término hasta el último día del año en curso, las disposiciones que antiguamente venían rigiendo a título de Decretos Extraordinarios expedidos con fundamento en el artículo 121 de la Constitución Nacional.

"A virtud de tales leyes, y, como ya lo ha declarado la H. Corte en numerosos fallos, los referidos Decretos Extraordinarios dejaron de existir en tal carácter, como quiera que los mismos quedaron convertidos en leyes en el sentido que la Constitución le dá a esta palabra.

"Ahora bien, como el demandante ha dirigido la acción de inexequibilidad contra el Decreto Extraordinario número 1.354 de 1953, que quedó cobijado por las declaraciones contenidas en las Leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y 79 de 1960, atrás mencionadas, síguese que, por sustracción de materia, la H. Corte no tiene base para ningún pronunciamiento".

Para decidir se considera:

1.—El decreto acusado fue expedido por el Gobierno, invocando las facultades otorgadas por el artículo 121 de la Constitución, y dejó de regir como tal, para asumir la categoría de ley, a mérito de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 2ª de 1958, que incorporó a su imperio, por referencia de ella y con vigor hasta el 31 de diciembre del siguiente año, los decretos dictados por el Gobierno a partir del 9 de noviembre de 1949, para cuya expedición se haya invocado el artículo 121 de la Carta y que no hayan sido expresa o tácitamente derogados en el día de la sanción de la misma ley, cuya vigencia fue sucesivamente prorrogada por las Leyes 105 de 1959 y 79 de 1960, con término al último día del presente año.

2.—Es doctrina de la Corte la de que "ésta no puede, por substracción de materia, decidir de fondo sobre la demanda de inconstitucionalidad de preceptos cuya vigencia ya cesó; por lo cual, las demandas de tal índole, a partir de la sanción de la Ley 2ª de 1958, contra los decretos a que ésta alude, en que se omite acusar la misma ley, no dan base a la Corte para dictar un pronunciamiento de mérito en el particular".

3.—Determinando el alcance del art. 1º de la ley últimamente citada, enseñó esta Corporación en sentencia de Sala Plena de 11 de agosto de 1959,

cuya doctrina se mantiene a través de sus decisiones posteriores sobre los casos análogos al de que ahora se trata, lo siguiente:

Que la vigencia de los decretos dictados con carácter legislativo a partir del 9 de noviembre de 1949, no fue extendida por la Ley 2ª de 1958 para después del acto de restablecimiento del orden público, sino que el contenido de tales decretos quedó incorporado por remisión o referencia de ella, en la misma Ley 2ª de 1958; que, por lo tanto, si los referidos decretos legislativos han desaparecido como tales, "es claro que no podrían en la práctica ser objeto de juicio de inexequibilidad por carencia de materia, que la produjo el Congreso al incluir 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 cualquiera 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" (XCI, 2215-2216, págs. 357 a 361).

4.—Como la demanda en examen ha sido dirigida contra el decreto referido en su carácter de tal, con prescindencia del ordenamiento legal en cuya virtud el dicho decreto hizo tránsito a ley, no tiene esta Superioridad materia sobre la cual pueda proferir fallo alguno de mérito.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, DECLARA que no hay lugar a proveer en el fondo sobre la demanda en referencia.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese, previa comunicación a quien corresponda.

Carlos Peláez Trujillo. — Ramiro Araújo Grau.- Humberto Barrera Domínguez. — Luis Alberto Bravo. — Enrique Coral Velasco. — Roberto de Zubiría. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Simón Montero Torres.- Efrén Osejo Peña. — Luis Fernando Paredes. — Arturo C. Posada. — Gustavo Rendón Gaviria. — José Joaquín Rodríguez. — Julio Roncallo Acosta.—Angel Martín Vásquez A. — Primitivo Vergara Crespo. — Luis Carlos Zambrano. — Ricardo Ramírez L., Secretario.



INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 18, 19 Y 20 DEL DECRETO-LEY NUMERO 3.346 DE 1959, RELACIONADO CON EL SERVICIO PUBLICO DE NOTARIADO Y REGISTRO

1.—Las facultades extraordinarias que el Congreso puede otorgar al Gobierno conforme al ordinal 12 del artículo 76 de la Carta, revisten a éste de potestad legislativa, en tal forma que le es dado dictar leyes y modificar, suspender o derogar las existentes, con dos condiciones primordiales, a saber: a) Que al obrar así se ciña a los preceptos de la Constitución, porque el legislador no puede conceder al Gobierno facultades de constituyente; b) Que también se ajuste a las materias precisas, determinadas y específicas que señala la ley de autorizaciones. El olvido de cualquiera de estos dos requisitos constituye un quebranto de la Carta que vicia de inexequibilidad el respectivo acto del Gobierno.

2.—Correspondiendo de ordinario al Congreso la potestad de hacer las leyes, la investidura de facultades extraordinarias al Gobierno para que éste asuma esa potestad legislativa, entraña un régimen de excepción que no se explica y justifica ante la Carta, sino en aquéllos casos especiales y transitorios en que la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen. De ahí que ese régimen haba ser tratado con criterio estricto y no de manera extensiva y elástica, porque de lo contrario se desquiciarían los fundamentos de la organización institucional de la Nación. Para evitar esa consecuencia funesta el texto constitucional exige que las facultades extraordinarias sean precisas y temporales y no vagas, generales ni permanentes.

3.—Las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la Ley 19 de 1958, no comprendían la de introducir reformas en el ordenamiento del servicio público de Notariado y Registro; y aún en el supuesto de que esta conclusión ofreciera alguna duda relativa a la imprecisión de aquellas facultades, por causa de las referencias que en la misma Ley 19 se hacen a los servicios públicos nacionales, tal duda habría que resolverla en el sentido de tener por inexequibles los preceptos acusados. Así, los artículos 18 y 19 del Decreto 3.346 de 1959 violan, en cuanto modifican la retribución de los Notarios y Registradores, los artículos 76 y 188 de la Constitución Nacional. El artículo 20 del mismo Decreto, que crea en realidad una fuente de ingresos al Presupuesto Nacional y establece su destinación, sin estar ello consagrado por leyes anteriores ni encontrarse claramente comprendido dentro de las facultades extraordinarias conferidas por la citada ley, es asimismo inexequible por quebrantar los artículos 76, 207 y 210 de la Carta Constitucional.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PLENA — Bogotá, D. E., marzo diecisiete de mil novecientos sesenta y uno.

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

En ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, el señor doctor Hernando Morales, mayor y vecino de esta ciudad, ha demandado de la Corte la decla-

ración de inexequibilidad de los artículos 18, 19 y 20 del Decreto-ley número 3.346, de 28 de diciembre de 1959, "por el cual se da una adecuada dirección y un ordenamiento racional al servicio público de Notariado y Registro".

Pasada la demanda en traslado al señor Procurador General de la Nación, este funcionario dio concepto favorable a la declaración de inexequibilidad.

Estando el negocio debidamente preparado, es la ocasión de proceder a decidirlo.

1)—Con la finalidad de asegurar mejor la coordinación y la continuidad de la acción oficial, la estabilidad y preparación de los funcionarios y empleados, el ordenamiento racional y la descentralización de los servicios públicos y de satisfacer otros objetivos, la Ley 19 de 1958, sobre reforma administrativa, creó el Consejo Nacional de Política Económica y Planeación y dispuso organizar el Servicio Civil y la Carrera Administrativa, reorganizar los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los Institutos oficiales o semioficiales dotados de personería jurídica independiente y autorizar la reglamentación de la celebración con los Departamentos de contratos encaminados a descentralizar ciertos servicios públicos.

El artículo 18 de la misma Ley 19 dispone:

"El Gobierno, con el objeto de coordinar los distintos servicios públicos, darles dirección adecuada y proveer a su más eficaz y económico funcionamiento, reorganizará los Ministerios, Departamentos Administrativos e institutos oficiales o semioficiales dotados de personería jurídica independiente, y hará entre ellos la distribución de los negocios según sus afinidades, conforme al inciso segundo del artículo 132 de la Constitución Nacional.

"Igualmente fijará los empleos indispensables para la prestación de aquellos servicios, y señalará sus remuneraciones en armonía con lo previsto en la presente Ley.

"En desarrollo de lo dispuesto por el inciso primero de este artículo se tomarán en cuenta las medidas sobre descentralización de que trata el Capítulo 4º de la presente Ley".

Y el artículo 26 ibidem prescribe:

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

2)—El Gobierno, diciendo obrar en uso de las facultades extraordinarias contenidas en la Ley 19 de 1958, dictó el Decreto número 3.346, de 28 de diciembre de 1959, por el cual se creó y organizó como dependencia del Ministerio de Justicia la Superintendencia Nacional de Notariado y Registro y se tomaron otras medidas en relación con este servicio público.

Los artículos 18, 19 y 20 de este Decreto, que han sido ahora acusados, disponen:

"Artículo 18.—Los producidos líquidos de las Notarías y Oficinas de Registro se distribuirán en la siguiente forma:

"Cuando el producido líquido mensual de las Notarías sobrepase de mil pesos ($ 1.000.0), corresponderán a la Superintendencia los siguientes porcentajes:

"Sobre los primeros trescientos pesos ($ 300.00) de exceso o fracción, el veinte por ciento (20%); sobre los segundos trescientos pesos ($ 300.00) de exceso o fracción, el treinta por ciento (30%); y así sucesivamente, de trescientos en trescientos pesos, hasta el setenta por ciento (70%). De ahí en adelante, el ochenta por ciento (80%), indefinidamente.

"Con respecto a las Oficinas de Registro, el porcentaje para la Superintendencia continuará la misma progresión indicada en el ordinal anterior, hasta el ochenta por ciento (80%), y de ahí en adelante el ochenta y cinco por ciento (85%), indefinidamente.

"El resto corresponderá al respectivo Notario o Registrador.

"Parágrafo.—Mientras el Congreso autoriza la revisión de las tarifas, los producidos líquidos de las Notarías y Oficinas de Registro se distribuirán en la siguiente forma:

"Cuando el producido líquido mensual de las Notarías sobrepase de mil pesos ($ 1.000.00), corresponderán a la Superintendencia los siguientes porcentajes:

"Sobre los primeros quinientos pesos ($ 500.00) de exceso o fracción, el diez por ciento (10%); sobre los segundos quinientos pesos ($ 500.00) de exceso o fracción, el veinte por ciento (20%); y así sucesivamente, de quinientos en quinientos pesos hasta el setenta por ciento (70%). De ahí en adelante el ochenta por ciento (80%), indefinidamente.

Con respecto a las Oficinas de Registro, el porcentaje para la Superintendencia continuará la misma progresión indicada en el ordinal anterior hasta el ochenta por ciento (80%), y de ahí en adelante el ochenta y cinco por ciento (85%), indefinidamente.

"El resto corresponderá al respectivo Notario o Registrador.

"Artículo 19.—Los porcentajes a que se refiere el artículo anterior sólo se harán efectivos a medida que vayan tomando posesión de las Notarías y Oficinas de Registro los funcionarios que se designen en desarrollo de la Ley 156 de 1959.

"Artículo 20.—Las sumas que perciba la Superintendencia serán manejadas dentro del Presupuesto Nacional, pero se destinarán única y exclusivamente al sostenimiento y desarrollo de los fines generales contemplados en el presente Decreto".

3)—El demandante afirma que las tres anteriores disposiciones del Decreto número 3.346, citado, son contrarias a lo estatuído por los artículos 55, 76, 102, 120, 188 y 210 de la Constitución Nacional y solicita que por ello se las declare inexequibles. Sostiene que el Gobierno carecía de autorización para imponer a los Notarios y Registradores una contribución destinada a atender a los gastos de la Superintendencia Nacional de Notariado y Registro y para establecer una nueva fuente de ingresos al Presupuesto Nacional. Agrega que el Gobierno no hizo reorganización alguna en las oficinas y servicios de los Notarios y Registradores y que las facultades extraordinarias no se extendían hasta comprender la contribución impuesta a éstos para sostener la Superintendencia.

El propio demandante concreta así su acusación: "Lo hasta aquí expuesto conduce a explicar el concepto de violación del artículo 188 de la Constitución, porque bajo el pretexto de organizar el servicio de Notariado y Registro se impuso, por decreto que está fuera de la ley de autorizaciones, la obligación de contribuir para la nueva entidad de control; del artículo 55, porque cuando el Gobierno se aparta de las autorizaciones precisas que le dió el Congreso en desarrollo del artículo 76, numeral 12, de la Carta, viola el principio de la separación de los poderes previstos en tal precepto, pues entra a legislar en puntos no autorizados; del numeral 3º (artículo 76), porque sólo por ley o por decreto-ley que no rebase las autorizaciones, es pertinente dictar disposiciones para la formación del presupuesto nacional, y el artículo 20 del Decreto acusado las dicta al decir que las sumas provenientes de la contribución de Notarios y Registradores serán manejadas dentro del presupuesto nacional, pero se destinarán a los fines contemplados en el Decreto; del numeral 1º, porque los artículos acusados reforman y derogan leyes preexistentes, entre ellas la 168 de 1948 y el Decreto legislativo 48 de 1957, que fijaron los derechos de Notarios y Registradores (incorporado en la Ley 2ª de 1953), sin que las autorizaciones comprendieran la facultad de establecer una contribución, que además vino a reformar para Notarios y Registradores sus emolumentos, los que quedaron disminuídos en el monto de aquélla, cuando tales y otras leyes destinaron las tasas como emolumentos para dichos empleados descontando únicamente gastos y fondo rotatorio judicial; del numeral 9º por cuanto por decreto, fuera de las autorizaciones, vinieron a fijarse las dotaciones de empleados públicos, lo cual puede sólo hacerse por ley o por decreto-ley dentro de las autorizaciones consiguientes; del numeral 13, porque se estableció como renta nacional, por decreto, la contribución de la Superintendencia, cuando la ley de autorizaciones no comprende esta facultad; del artículo 102, numeral 4º, porque a la Cámara incumbe la formación de leyes sobre contribuciones y la que estableció el decreto acusado no tuvo ese origen, ya que la ley de autorizaciones no comprende la facultad de erigir la contribución; del artículo 120, numerales 2º y 12, porque el Presidente de la República no obedeció la ley de autorizaciones, sino que sobrepasó éstas al dictar los artículos acusados del Decreto 3.346 de 1959, y porque sólo está facultado para decretar la inversión de rentas públicas con arreglo a las leyes, y en este caso el Decreto-ley en que se fundó sobrepasó las autorizaciones de la Ley 19 de 1958; y del artículo 210, porque sólo el Congreso puede fijar las rentas de la Administración, y la derivada de la contribución impuesta a los Notarios y Registradores proviene de un decreto ley que excedió las autorizaciones que el Congreso confirió al Gobierno para el caso".

4)—Sobre el problema planteado por esta acusación se expresa el señor Procurador General de la Nación en estos términos:

"Es cierto que el artículo 1º de la Ley 19 de 1958 menciona entre los objetivos de ésta 'el ordenamiento racional de los servicios públicos' y que los que prestan los Notarios y Registradores

son tales; pero también lo es que ese enunciado general resulta restringido por las demás disposiciones de la citada Ley a las materias que en ellas se tratan y que los títulos de los tres primeros capítulos discriminan así: 'De los organismos de dirección económica y planeación', todo él relativo a la creación del Consejo Nacional de Política Económica y Planeación, su organización y funciones; 'Del Servicio Civil y la Carrera Administrativa', contraído exclusivamente a estas materias; y 'Del ordenamiento racional de los servicios públicos', en donde sólo se alude a los Ministerios, Departamentos Administrativos e institutos oficiales y semioficiales; y, por último, 'De la descentralización y de la tutela administrativa', encaminado a señalar las bases para alcanzar esos objetivos en relación con los Departamentos y Municipios.

"De lo anterior se sigue que las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por el artículo 26 de la ya varias veces mencionada Ley 19, para 'que pueda dar cumplimiento a las disposiciones de la presente Ley', no pueden referirse sino a las materias en que se ha hecho referencia y que constituyen el contenido de la Ley 19. Cualquiera otra, por ser extraña a la Ley, lo es también a las facultades extraordinarias.

"Si ello es así, como parece serlo, resulta incuestionable que los ordenamientos contenidos en los artículos 18, 19 y 20 del Decreto-ley 2.346 de 1959, expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en las facultades extraordinarias a que se ha hecho referencia, rebasan el límite de tales autorizaciones, como quiera que ellas no aparecen otorgadas para el 'ordenamiento racional' del servicio público que prestan los Notarios y Registradores y al cual aluden las normas citadas. Bien podía el Gobierno Nacional crear, como lo hizo, a través del Decreto 3.346, la Superintendencia de Notariado y Registro como dependencia de cualquiera de los Ministerios, señalarle sus atribuciones, el modo de ejercerlas, los organismos encargados de dirigirla, su personal, etc., porque todo ello hace parte de las funciones que la Administración Pública ejerce y ha venido ejerciendo a través del Ministerio de Justicia, y cae, indudablemente, dentro de la órbita del artículo 18.

"Pero de ahí saltar a la reorganización, por lo menos parcial, del servicio público mismo que prestan los Notarios y Registradores, es invadir una esfera diferente, no comprendida por las enunciaciones de la Ley 19. Una cosa es reorganizar las atribuciones del Ministerio de Justicia en relación con los funcionarios denominados Notarios y Registradores, y otra bien diferente ocuparse del servicio que ellos prestan a los ciudadanos que los reclaman, del cual hacen parte los emolumentos que éstos deben pagar a aquéllos por mandato de la ley y a título de contraprestación por el servicio".

Consideraciones de la Corte:

5)—El artículo 188 de la Constitución Nacional califica de servicio público el correspondiente a las funciones que desempeñan los Notarios y los Registradores de H. PP. y dispone que compete a la ley la organización y reglamentación de tal servicio. (Acto Legislativo número 1 de 1931).

El ordinal 36 del artículo 127 del C. P. y M. confería a los Gobernadores la facultad de nombrar Notarios y Registradores de ternas pasadas por los respectivos Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Esta facultad fue modificada por el Decreto Legislativo número 1.778 de 1954, pero la Ley 156 de 1959 se la devolvió a los mismos Gobernadores.

Tanto el artículo 16 de la Ley 40 de 1932 como el Decreto Legislativo número 3.694 de 1954 confieren al Ministerio de Justicia la atribución de vigilar a los Notarios y Registradores y de imponerles sanciones disciplinarias.

6)—Los artículos 2.624 y 2.671 del C. Civil señalan los derechos o emolumentos que los interesados deben pagar a los Notarios y Registradores por los actos que pasan ante éstos. El arancel establecido por esos preceptos fue modificado por los artículos 4º y 5º de la Ley 52 de 1920. En la actualidad esos mismos derechos o emolumentos están regidos, en cuanto a las Notarías, por el Decreto número 1.470 de 1945 y por el artículo 1º de la Ley 168 de 1948, y en relación con las Oficinas de Registro por el Decreto legislativo número 042 de 1957. Este último Decreto prescribe que tales derechos se causan "a favor de la respectiva Oficina de Registro".

7)—Está visto que por el artículo 26 de la Ley 19 de 1958 se revistió al Presidente de la República, hasta el 20 de julio de 1960, de facultades extraordinarias, de acuerdo con el ordinal 12 del artículo 76 de la Carta, "con el preciso y exclusivo objeto de que pueda dar cumplimiento a las disposiciones de la presente Ley, en cuanto ello exceda el ejercicio de la potestad reglamentaria".

En sentencia de 18 de marzo de 1941 expresó la Corte que, teniendo en cuenta los respectivos preceptos constitucionales y legales, pueden divi-

dirse en cinco clases los decretos que emanan del Poder Ejecutivo. Con referencia particular a los llamados Decretos extraordinarios o Decretos-leyes, que son aquellos que se dictan en ejercicio de las facultades extraordinarias de que el Congreso reviste al Presidente de la República, conforme al ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución, se expresó así la Corte en aquella sazón y lo ha repetido varias veces: "Estos Decretos deben dictarse dentro del límite de las facultades concedidas, pero se acepta que tienen el carácter, la fuerza y la virtualidad de las leyes; por ellos pueden reformarse, suspenderse y aun derogarse las leyes existentes que se opongan a los fines para los cuales se concedieron las facultades extraordinarias: no necesitan llevar las firmas de todos los Ministros, sino la del Presidente y la del Ministro o los Ministros que representen el ramo correspondiente, y rigen hasta cuando el Congreso, o el Gobierno, en uso de nuevas facultades extraordinarias, los modifiquen, suspendan o deroguen. Consideran los tratadistas que en este caso, más que una delegación de funciones, el Congreso, mediante expresa autorización constitucional, amplía las funciones del Organo Ejecutivo, o le atribuye una competencia que sin las facultades extraordinarias no tendría". (L. 1966, 694. LI. 1970, 25. LV. 1993, 8. - LXXXI, 2160-2161, 586).

Y en sentencia de 15 de noviembre de 1947 dijo la misma Corte:

"Otorgadas de esta manera (las facultades extraordinarias) —como deben serlo para atemperarse a los rigurosos ordenamientos de la Carta suprema—, las autorizaciones vienen a constituir la fuente jurídica de la capacidad del Ejecutivo para dictar normas de carácter obligatorio en ejercicio de la función legislativa que compete al Estado, en la misma forma y con igual extensión con que lo haría el Congreso, en relación con las materias comprendidas dentro del marco de las autorizaciones.

"Las leyes en que éstas se concretan y desenvuelven tienen materialmente, pues, el carácter de actos-condiciones desde luego que por medio de ellas se habilita al Presidente de la República para el ejercicio de un poder constitucional, consistente en la facultad de estatuir positivamente, dictando al efecto la regla de derecho en reemplazo del legislador ordinario.

"Como resultado de esta investidura extraordinaria —que se otorga al Gobierno cuando a juicio del Congreso la necesidad o las conveniencias públicas lo exijan o aconsejen— la competencia para legislar se desplaza de una a otra rama del poder político, limitada y condicionada por los objetivos previstos en la ley de facultades.

"Aparece de aquí que los actos por medio de los cuales el Gobierno hace uso de su potestad de dictar las normas en reemplazo del Congreso, deben ceñirse estrictamente a los preceptos constitucionales por un doble aspecto, desde el punto de vista de su contenido material: porque aquellos actos —denominados decretos extraordinarios o decretos leyes— no pueden referirse a materias distintas de las señaladas en el estatuto de las autorizaciones; y porque igualmente, y como todo ordenamiento obligatorio en derecho, debe estar sujeto al régimen de la superlegalidad, vale decir, que sus prescripciones queden gobernadas en cuanto a su eficacia jurídica por los mandatos superiores de la Constitución Nacional.

"En el primer caso —provisión del decreto fuera de la órbita de las autorizaciones— sobreviene un quebranto de los preceptos constitucionales, porque entonces el Gobierno obra sin competencia y, por consiguiente, su acto es sancionable con la inexequibilidad". (LXIII, 2055-2056, 330).

Las facultades extraordinarias que el Congreso puede otorgar al Gobierno conforme al ordinal 12 del artículo 76 de la Carta, revisten a éste de potestad legislativa, en tal forma que le es dado dictar leyes y modificar, suspender o derogar las existentes, con dos condiciones primordiales, a saber: a) Que al obrar así se ciña a los preceptos de la Constitución, porque el legislador no puede conceder al Gobierno facultades de constituyente. b) Que también se ajuste a las materias precisas, determinadas y específicas que señala la ley de autorizaciones. El olvido de cualquiera de estos dos requisitos constituye un quebranto de la Carta que vicia de inexequibilidad el respectivo acto del Gobierno.

Correspondiendo de ordinario al Congreso la potestad de hacer las leyes, la investidura de facultades extraordinarias al Gobierno para que éste asuma esa potestad legislativa, entraña un régimen de excepción que no se explica y justifica ante la Carta, sino en aquellos casos especiales y transitorios en que la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen. De ahí que ese régimen deba ser tratado con criterio estricto y no de manera extensiva y elástica, porque de lo contrario se desquiciarían los fundamentos de la organización institucional de la Nación. Para evi-

tar esta consecuencia funesta el texto constitucional exige que las facultades extraordinarias sean precisas y temporales y no vagas, generales ni permanentes.

8)—Las funciones de los Notarios y Registradores constituyen un servicio público que está organizado y reglamentado por la ley. Para remunerar la actividad de estos funcionarios la ley tiene también consagrado el sistema del arancel, consistente en que cada interesado paga al Notario o Registrador un derecho u honorario por los actos que éstos ejecutan. Teniendo origen legal el funcionamiento de aquel servicio y la cuantía y pago de los emolumentos dichos, no hay duda de que por ley o por decreto-ley dictado en uso de facultades extraordinarias, se pueden introducir en el mismo servicio todas las reformas o modificaciones que se consideren necesarias o convenientes. Aquí no se discute esta cuestión. El problema planteado en la demanda de inexequibilidad consiste en definir si el Gobierno, al dictar las disposiciones acusadas, obró o no dentro de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 19 de 1958.

El artículo 18 del Decreto número 3.346 de 1959 dispone deducir del "producido líquido mensual" de las Notarías y Oficinas de Registro un porcentaje para la Superintendencia de Notariado y Registro. Ese rendimiento, como es obvio, está formado por los derechos o emolumentos que los Registradores y Notarios perciben por razón de sus servicios.

El artículo 20 del mismo Decreto establece que las sumas que perciba la Superintendencia por causa de la deducción mencionada, serán manejadas dentro del Presupuesto Nacional, pero con el destino exclusivo de atender al sostenimiento y desarrollo de los fines generales contemplados en el Decreto citado.

El artículo 19 ibídem prescribe que la deducción del porcentaje sólo obliga a los Notarios y Registradores que sean designados en cumplimiento de la Ley 156 de 1959.

Antes que todo conviene anotar que la Ley 19 de 1958 no contiene ninguna mención expresa sobre el servicio del Notariado y Registro. Alude sí en forma genérica a los servicios públicos para estos efectos: a) para pretender su ordenamiento racional (artículos 1º y 18); b) para autorizar que se reglamente la celebración de contratos con los Departamentos a fin de descentralizar algunos de esos servicios (artículo 20); c) para señalar, en desarrollo del artículo 198 de la Carta, los servicios públicos que deben quedar a cargo de los Municipios. Hace también referencia a "los servicios públicos nacionales" para autorizar la reforma del C. Político y Municipal con el objeto de organizar en ellos las jefaturas de personal y determinar los funcionarios que han de ser incluídos dentro del Servicio Civil y la Carrera Administrativa (artículos 7º y 11).

El artículo 1º de la Ley 19 prescribe que la reorganización de la Administración Pública que el mismo estatuto regula, tiene varias finalidades, entre ellas la del "ordenamiento racional de los servicios públicos y la descentralización de aquellos que puedan funcionar más eficazmente bajo la dirección de las autoridades locales". El capítulo tercero de la misma Ley se refiere a ese ordenamiento racional de los servicios públicos y comprende los artículos 18 y 19, de los cuales atrás se transcribió el primero, que es el pertinente.

Dicho artículo 18 contiene tres incisos, el primero de los cuales dispone que el Gobierno reorganizará los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los Institutos oficiales y semioficiales dotados de personería jurídica independiente y hará entre ellos la distribución de los negocios según sus afinidades, conforme al artículo 132 de la Carta, todo ello "con el objeto de coordinar los distintos servicios públicos, darles dirección adecuada y proveer a su más eficaz y económico funcionamiento". El inciso segundo prescribe que "igualmente fijará los empleos indispensables para la prestación de aquellos servicios, y señalará sus remuneraciones en armonía con lo previsto en la presente Ley". ¿A qué clase de servicios públicos se refiere este precepto? La remisión al artículo 132 de la Carta constitucional y la referencia a los Ministerios y demás instituciones nombradas, permiten comprender que los servicios públicos de que habla esta disposición, como algunas otras de la misma ley, no son otros que los consistentes en cargos o dependencias oficiales que funcionan como partes o secciones integrantes de las mismas Entidades administrativas.

El artículo 18 que se comenta, no ordena reorganizar "los distintos servicios públicos", sino los Ministerios y las demás instituciones a que alude, con el fin sí de coordinar aquellos servicios que están adscritos a las Entidades dichas. Esa reorganización comprende primordialmente la fijación de los empleos necesarios para la prestación de los servicios expresados y el señalamiento de sus remuneraciones. Para la distribución de

los negocios entre los Ministerios no requería autorización alguna el Presidente de la República, desde luego que esa labor es función de su exclusiva competencia, según el inciso segundo del citado artículo 132 de la Constitución. Los primeros dos incisos del expresado artículo 18 no son preceptos separados e independientes uno de otro, sino que ambos están vinculados entre sí por la unidad de la materia a que se refieren, consistente en la reorganización sobredicha. Tales dos incisos no pueden aislarse uno de otro para contraer el primero a los solos actos de reorganización y distribución mencionadas en él y para darle al segundo el sentido ecuménico de ordenar la fijación de los empleos necesarios y de las remuneraciones correspondientes en todos los servicios públicos de la Nación, así oficiales como particulares. Esa separación reñiría con la unidad del precepto, desintegraría el acto reorgánico cardinalmente dispuesto en él y daría lugar para asignarle al inciso segundo una inteligencia inconciliable con el concepto de precisión, determinación o especificación que debe privar siempre y es ineludible en las facultades extraordinarias de que habla el ordinal 12 del artículo 76 de la Carta. El inciso segundo no puede entenderse aisladamente del primero, sino en conexión íntima con éste y en el sentido de que la fijación de los empleos y de las remuneraciones constituye una de las fases, quizás la principal, de la reorganización de los Ministerios y demás departamentos e institutos nombrados y se refiere tan sólo a los empleos y remuneraciones de los cargos o dependencias que funcionan como secciones integrantes de esas Entidades y que el precepto denomina servicios públicos al igual que otros textos constitucionales y legales.

Entendido, como debe serlo, en esta forma armónica el artículo 18 de la Ley 19 y teniendo en cuenta que al Congreso corresponde regular el servicio público, crear los empleos que éste demande y fijar sus remuneraciones, según los artículos 76 y 132 de la Constitución, fácil es deducir que el Gobierno, con base en las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 26 de la Ley citada, podía crear y reglamentar, como lo hizo por el Decreto número 3.346 de 1959, la Superintendencia Nacional de Notariado y Registro como sección u organismo dependiente del Ministerio de Justicia encargado de la función específica de vigilar la marcha del servicio público que prestan los Notarios y Registradores. Esto no se remite a duda. Los artículos 10 de la Ley 40 de 1932 y 2º del Decreto número 3.694 de 1954 (Leyes 2ª de 1938 y 105 de 1959) le asignan al Ministerio de Justicia la atribución administrativa de controlar y vigilar a los Notarios y Registradores, y es obvio que, al reorganizar ese Ministerio en desarrollo del artículo 18 de la Ley 19, le era posible al Gobierno crear la Superintendencia nombrada como dependencia señalada para desempeñar aquella función de vigilancia.

Como el artículo 18 no menciona de manera expresa y concreta el servicio de Notariado y Registro y como tal servicio no puede considerarse incluído, por su naturaleza especial, dentro de aquellos otros servicios públicos a que se refiere la misma disposición, concluyese que por este aspecto la reorganización autorizada por esa norma no podía extenderse al referido servicio de Notariado y Registro.

Otros preceptos de la misma Ley 19, tales como los artículos 3º y 5º, se refieren también a los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás dependencias oficiales para otros efectos distintos de su reorganización. Y son los artículos 7º y 11 de dicha Ley hablan de los servicios públicos nacionales para clasificar sus empleados y señalar en ellos las funciones y la nomenclatura de los cargos y remuneraciones, todo ello con el fin de organizar la Carrera Administrativa y el servicio civil. Aunque estas dos últimas disposiciones aluden en general a los servicios públicos nacionales y dan ocasión para considerar que dentro de esos servicios está incluído el de Notariado y Registro, llama la atención la circunstancia de que, teniendo este servicio tan destacada importancia para las funciones que cumplen los Notarios y Registradores en relación con la propiedad inmueble, con el estado civil y con el derecho de contratación, no se haga mención especial de él en ninguno de los artículos de la Ley 19 para el efecto de autorizar su reorganización. Este silencio es motivo suficiente para crear una duda acerca de la inclusión del servicio mencionado dentro de las materias de que trata la ley de autorizaciones, sobre todo si se recuerda que las facultades extraordinarias no pueden ser indeterminadas o vagas, sino que requieren señalar con precisión las cuestiones sobre que han de ejercitarse.

No podría argüirse que el Gobierno estaba facultado para efectuar la reorganización del servicio de Notariado y Registro en uso de las autorizaciones que también puede concederle el Congreso conforme al ordinal 11 del artículo 76 de

la Constitución, porque tales autorizaciones se refieren a materias de orden estrictamente administrativo y porque las facultades de que en este caso dijo haber hecho uso el Gobierno le fueron otorgadas con base en el ordinal 12 del texto constitucional citado, según el artículo 26 de la Ley 19.

Este estatuto legal no menciona de manera expresa y concreta el servicio público de Notariado y Registro para ningún efecto relacionado con su reorganización o su reforma, ni él se halla comprendido dentro de aquellos otros servicios públicos de carácter administrativo a que se refiere el artículo 18 de la misma Ley. Los artículos 7º y 11 hablan en general de los "servicios públicos nacionales" para efectos concernientes a la Carrera Administrativa y el Servicio Civil, pero esta referencia genérica a todos esos servicios no permite concluir con certeza que dentro de ellos esté incluido el de Notariado y Registro, o por lo menos siembra una duda acerca de esa inclusión.

Estos razonamientos conducen a la conclusión final de que las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la Ley 19 de 1958, no comprenden la de introducir reformas en el ordenamiento del servicio público de Notariado y Registro. Y aun en el supuesto de que esta conclusión ofreciera alguna duda relativa a la imprecisión de aquellas facultades, por causa de las referencias que en la misma Ley 19 se hacen a los servicios públicos nacionales, tal duda habría que resolverla en el sentido de tener por inexequibles los preceptos acusados.

9)—El artículo 18 del Decreto número 3.346, de 28 de diciembre de 1959, dispone distribuir los rendimientos líquidos de las Notarías y Oficinas de Registro entre la Superintendencia Nacional y los Notarios y Registradores. Mediante esta distribución se deduce de los rendimientos dichos un porcentaje determinado que corresponde a la Superintendencia. Esta deducción, como es obvio, introduce una modificación en la remuneración que por ley corresponde a los expresados Notarios y Registradores. Como, según lo expuesto, no resulta claro que el Gobierno recibiera autorizaciones para reorganizar o reformar el funcionamiento del servicio de Notariado y Registro, síguese que el citado artículo 18 viola, en cuanto modifica la retribución de los Notarios y Registradores, los artículos 76 y 188 de la Constitución Nacional, que confieren al Congreso la atribución de organizar y reglamentar el servicio expresado, fijando por lo mismo la remuneración mencionada. Esta circunstancia es suficiente a demostrar que dicho precepto es inexequible.

Por las mismas razones anteriores es también inexequible el artículo 19 del citado Decreto 3.346, en cuanto aplica la deducción del porcentaje a los Notarios y Registradores designados con arreglo a la Ley 156 de 1959.

El artículo 20 del Decreto en mención dispone que las sumas deducidas de los productos líquidos de las Notarías y Oficinas de Registro, serán manejadas dentro del Presupuesto Nacional con destino a sostener y desarrollar los fines generales contemplados en el mismo Decreto. Esta disposición crea en realidad una fuente de ingresos al Presupuesto Nacional y establece una inversión específica de los dineros respectivos, y ello sin estar consagrado por leyes anteriores ni encontrarse claramente comprendido dentro de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1958. En consecuencia, dicho artículo 20 es asimismo inexequible por quebrantar los artículos 76, 207 y 210 de la Carta constitucional, que atribuyen al Congreso la facultad de establecer las rentas y fijar los gastos de la administración pública nacional.

Las consideraciones que preceden demuestran que en verdad las tres disposiciones acusadas son inexequibles, lo que así debe declararlo la Corte.

DECISION:

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, obrando en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación,

RESUELVE:

1)—Son inexequibles los artículos 18, 19 y 20 del Decreto número 3.346, de 28 de diciembre de 1959, por el cual se dá una adecuada dirección y un ordenamiento nacional al servicio público de Notariado y Registro.

2)—Comuníquese esta decisión al señor Ministro de Justicia para los efectos a que haya lugar.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el negocio.

Carlos Peláez Trujillo. — Ramiro Araújo Grau. — Humberto Barrera Domínguez. — Luis Alberto Bravo. — Enrique Coral Velasco. — Roberto De Zubiría C. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Paya. — Simón Montero Torres. — Salvo mi voto, Efrén Osejo Peña. — Luis Fernando Paredes. — Arturo C. Posada. — Gustavo Rendón Gaviria. — José Joaquín Rodríguez. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Primitivo Vergara Crespo. — Luis Carlos Zambrano. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR EFREN OSEJO PEÑA EN LA SENTENCIA ANTERIOR, SOBRE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 18, 19 Y 20 DEL DECRETO-LEY 3.346 DE 1959

RESUMEN—En la sentencia se estima que el Presidente de la República, al dictar los artículos 18, 19 y 20 del Decreto 3.346 de 1959, se extralimitó en las funciones o facultades extraordinarias concedidas mediante la Ley 19 de 1958, en especial las contenidas en el artículo 18 de la dicha ley, que no comprende a los notarios y registradores. En concepto del señor Magistrado que salva su voto, los servicios de notariado y registro sí quedaron comprendidos en el referido artículo 18 de la ley de autorizaciones, con fundamento en una serie de razones que aduce para sustentar su afirmación. No comparte tampoco el señor Magistrado disidente el criterio de que en caso de duda haya de resolverse por la inexequibilidad de las disposiciones acusadas, sino en favor de la exequibilidad.

No obstante el profundo respeto que me inspira el autorizado concepto de los señores Magistrados, sin embargo, me he visto en el poco grato caso de salvar mi voto en la sentencia sobre inexequibilidad de los artículos 18, 19 y 20 del Decreto-ley 3.346 de 1959, pues los argumentos expuestos no han disipado mis dudas.

En el memorado decreto-ley, el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1958, reorganizó el servicio público de Notariado y Registro, y al efecto, en los dos primeros artículos, se lee:

"Artículo 1º—Créase como dependencia del Ministerio de Justicia la Superintendencia Nacional de Notariado y Registro.

"Artículo 2º—La Superintendencia de Notariado y Registro estará integrada por un Superintendente designado por el Presidente de la República y un Consejo Directivo, constituído así:

"El Ministro de Justicia o un representante, un representante de los Notarios, un representante de los Registradores y un representante del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi'.

"Parágrafo.—Las faltas temporales de los consejeros serán suplidas por interinos designados por quien hizo el nombramiento principal".

En los artículos siguientes, el mismo decreto señala las atribuciones del Consejo Directivo, las secciones en que se divide la Superintendencia de este servicio, las calidades que deben llenar los aspirantes a notarios y registradores, para determinar en los artículos 18, 19 y 20 la forma de remuneración del personal adscrito a esta sección del Ministerio de Justicia, mediante aportes de los propios notarios y registradores.

En la sentencia se estima que el Presidente, al dictar los artículos 18, 19 y 20, se extralimitó en las funciones o facultades extraordinarias concedidas mediante la Ley 19 de 1958 en especial, las contenidas en el artículo 18 de la dicha ley, que no se refiere o no comprende a los notarios y re-

gistradores, porque no hacen parte de ningún Ministerio, Departamento Administrativo o de un instituto oficial o semioficial; de ahí deduce que no estaba autorizado para modificar la remuneración de los dichos empleados, que no fueron mencionados expresamente, sino en forma muy general o vaga; y si al efecto hubiese alguna duda, habría que resolverla en favor de la inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas.

Para corroborar lo anterior, bastará transcribir algunos de los párrafos sustanciales de la parte motiva de la sentencia, con el objeto de no incurrir en un involuntario error o en una equivocada interpretación de los argumentos aducidos.

"Dicho artículo 18 contiene tres incisos, el primero de los cuales dispone que el Gobierno reorganizará los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los Institutos oficiales o semioficiales dotados de personería jurídica independiente y hará entre ellos la distribución de los negocios según sus afinidades, conforme al artículo 132 de la Carta, todo ello 'con el objeto de coordinar los distintos servicios públicos, darles dirección adecuada y proveer a su más eficaz y económico funcionamiento'. El inciso segundo prescribe que 'igualmente fijará los empleos indispensables para la prestación de aquellos servicios, y señalará sus remuneraciones en armonía con lo previsto en la presente Ley'. ¿A qué clase de servicios públicos se refiere este precepto? La remisión al artículo 132 de la Carta constitucional y la referencia a los Ministerios y demás instituciones nombradas, permiten comprender que los servicios públicos de que habla esta disposición, como algunas otras de la misma ley, no son otros que los consistentes en cargos o dependencias oficiales que funcionan como partes o secciones integrantes de las mismas Entidades administrativas.

"El artículo 18 que se comenta, no ordena reorganizar 'los distintos servicios públicos', sino los Ministerios y las demás instituciones a que alude, con el fin sí de coordinar aquellos servicios que están adscritos a las entidades dichas".

. . . . . .

Más adelante dice: "Como el artículo 18 no menciona de manera expresa y concreta el servicio de Notariado y Registro y como tal servicio no puede considerarse incluido, por su naturaleza especial, dentro de aquellos otros servicios públicos a que se refiere la misma disposición, concluíase que por este aspecto la reorganización autorizada por esa norma no podía entenderse al referido servicio de Notariado y Registro.

"Otros preceptos de la misma Ley 19, tales como los artículos 3º y 5º, se refieren también a los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás dependencias oficiales para otros efectos distintos de su reorganización. Y aun los artículos 7º y 11 de dicha ley hablan de los servicios públicos nacionales para clasificar sus empleados y señalar en ellos las funciones y la nomenclatura de los cargos y remuneraciones, todo ello con el fin de organizar la Carrera Administrativa y el servicio civil. Aunque estas dos últimas disposiciones aluden en general a los servicios públicos nacionales y dan ocasión para considerar que dentro de esos servicios está incluído el de Notariado y Registro, llama la atención la circunstancia de que, teniendo este servicio tan destacada importancia por las funciones que cumplen los Notarios y Registradores en relación con la propiedad inmueble, con el estado civil y con el derecho de contratación, no se haga mención especial de él en ninguno de los artículos de la Ley 19 para el efecto de autorizar su reorganización. Este silencio es motivo suficiente para crear una duda acerca de la inclusión del servicio mencionado dentro de los materias de que trata la Ley de autorizaciones; sobre todo si se recuerda que las facultades extraordinarias no pueden ser indeterminadas o vagas, sino que requieren señalar con precisión las cuestiones sobre que han de ejercitarse".

Por fin concluye o resume la argumentación, así: "Este estatuto no menciona de manera expresa y concreta el servicio público de Notariado y Registro para ningún efecto relacionado con su reorganización o su reforma, ni él se halla comprendido dentro de aquellos otros servicios públicos de carácter administrativo a que se refiere el art. 18 de la misma Ley. Los arts. 7º y 11 hablan en general de los 'servicios nacionales' para efectos concernientes a la Carrera Administrativa y el Servicio Civil, pero esta referencia genérica a todos esos servicios no permite concluir con certeza que dentro de ellos esté incluído el de Notariado y Registro, o por lo menos siembra una duda acerca de esa inclusión.

"Estos razonamientos conducen a la conclusión final de que las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la Ley 19 de 1958, no comprenden la de introducir reformas en el ordenamiento del servicio público de Notariado y Registro. Y aun en el supuesto de que esta con-

clusión ofreciera alguna duda relativa a la imprecisión de aquellas facultades, por causa de las referencias que en la misma Ley 19 se hacen a los servicios públicos nacionales, tal duda habría que resolverla en el sentido de tener por inexequibles los preceptos acusados".

1.—**Interpretación del artículo 18 de la Ley 19 de 1958.**—Conviene ahora transcribir el artículo 18 de la Ley 19 de 1958, motivo de la interpretación y de las dudas, subrayando las frases o palabras de importancia para su breve estudio, como fundamento de este salvamento de voto.

"Artículo 18.— El Gobierno, con el objeto de coordinar **los distintos servicios públicos**, darles dirección adecuada, y proveer a su más eficaz y económico funcionamiento, reorganizará los Ministerios, Departamentos Administrativos e institutos oficiales y semioficiales dotados de personería jurídica independiente, y hará entre ellos la distribución de los negocios según sus afinidades, conforme al inciso segundo del artículo 132 de la Constitución Nacional.

"Igualmente fijará los empleos indispensables para la prestación de **aquellos servicios**, y señalará sus remuneraciones en armonía con lo previsto en la presente Ley.

"En el desarrollo de lo dispuesto por el inciso primero de este artículo se tomarán en cuenta las medidas sobre descentralización de que trata el Capítulo 4º de la presente Ley".

Obviamente se comprende que si las distintas normas de una ley o Código deben interpretarse en armonía, con mayor razón no podrán desvincularse los distintos incisos de un mismo artículo, con el objeto de deducir determinadas conclusiones.

En mi concepto, los servicios de notariado y registro quedaron comprendidos en el artículo copiado, por las siguientes razones, una vez que su carácter de "servicios públicos", no puede ponerse en tela de juicio, en vista del artículo 166 de la C. N., y en el expreso reconocimiento que la sentencia hace de tal calidad.

a) La expresión "aquellos servicios" del segundo inciso, sin lugar a duda alguna, hace referencia o alude por claras razones gramaticales, a la frase "los distintos servicios públicos" del primer inciso; porque si la intención hubiera sido reproducir **"los Ministerios, Departamentos Administrativos e institutos oficiales o semioficiales"** habríase hecho uso del vocablo **"éstos"**, en lugar de **"aquéllos"**, en relación con la más apartada expresión "los distintos servicios públicos". Por tanto, la facultad o autorización de señalar "sus remuneraciones en armonía con lo previsto en la presente Ley", comprende o incluye al servicio público del notariado y registro.

b) Sin embargo, si no se aceptara el anterior razonamiento, puramente exegético, tampoco sería difícil demostrar que el notariado y el registro han estado adscritos, en todo tiempo, a un Ministerio, porque no podían actuar sino dentro de la nomenclatura administrativa, pero no en forma independiente, sin subordinación alguna, como si se tratara de una industria o actividad puramente privada.

Así, por ejemplo, el D. L. número 485 de 1940 (D. O. 24.313) autorizó al Ministerio de Gobierno para la distribución de los negocios de su Despacho; y en uso de esta facultad adscribió al Departamento de Justicia: "...el registro y control de los círculos de Notaría y Registro. .".

Más claras y terminantes son las normas vigentes antes del Decreto número 3.246 de 1959, o sea, el Decreto Extraordinario número 3.604 de 22 de diciembre de 1954, citado en la sentencia, cuyo artículo segundo, en el primer inciso, dice: "Todos los Notarios y Registradores están sometidos al control y vigilancia **directos** del Ministerio de Justicia, el cual podrá practicarles visitas en cualquier tiempo" (subrayo).

Existía en el Ministerio de Justicia una Sección encargada de velar, fiscalizar e imponer sanciones a los notarios y registradores, por las faltas definidas en el artículo 4º, con las penas previstas en el artículo 5º que dice: "Las sanciones disciplinarias se aplicarán teniendo en cuenta la gravedad de la falta comprobada o su repetición, y consistirán en multas de diez a quinientos pesos; suspensión de cargo hasta por sesenta días, y destitución del mismo, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal en que puedan haber incurrido los funcionarios, cuando se trate de actos u omisiones que tengan carácter delictuoso".

El artículo 6º ordenaba que la fijación del número, funciones y asignaciones de los empleados subalternos, hecha por el notario o registrador, serían sometidos a la aprobación del Ministerio de Justicia.

Lógicamente se deduce, en mi concepto, que si existía en el Ministerio de Justicia una Sección dedicada al notariado y registro, la cual fiscalizaba y sancionaba a los notarios y registradores, aún con la destitución del empleo, no puede sostenerse que no estuviesen adscritos o dependieran del dicho Ministerio; en consecuencia, fluye

la conclusión de que el Presidente estaba investido de la precisa facultad de modificar las asignaciones de los dichos empleados, con el fin de reorganizar el servicio, cuyos gastos y costos debían ser satisfechos por la misma fuente de ingresos de aquéllos, mediante una participación en las respectivas tasas, que se cobran, como los sueldos, con fundamento en la ley.

c) La enumeración hecha en el inciso 1º del artículo 18 de la Ley 19 de 1958, al mencionar Ministerios, Departamentos Administrativos e institutos oficiales o semioficiales, resulta completa, en forma que no quedan por fuera ni los servicios descentralizados, ni las personas administrativas ni siquiera los patrimonios autónomos, porque todos quedarían comprendidos en los "**institutos oficiales o semioficiales**"; así, pues, dentro de la tesis sustentada en la sentencia, ha debido demostrarse, en forma positiva, a qué categoría pertenece el servicio público de notariado y registro; porque resulta del todo insuficiente el aspecto puramente negativo de que no pertenecen a aquellas dependencias, pues implícitamente se afirma que están adscritos a otro órgano de la administración pública.

II.—Facultades precisas. — Se afirma también en la sentencia que las facultades no son precisas, o cuando menos son vagas y generales las concedidas por la Ley 19 en el artículo 18; y por esto, siembran una duda que debe interpretarse en "favor" de la inexequibilidad de las disposiciones acusadas.

No comparto estos conceptos de la sentencia, por estos motivos:

a) Actualmente se está juzgando sobre la constitucionalidad de los artículos 18, 19 y 20 del Decreto 3.346 de 28 de diciembre de 1959; pero al poner en tela de juicio "las precisas facultades extraordinarias", desplaza el debate hacia la exequibilidad de la Ley 19 de 1958, que no ha sido acusada, ni puede ser objeto de decisión alguna, cuanto más que habría que demostrar que la inexequibilidad de la Ley de facultades genera, **ipso jure**, la de los decretos-leyes dictados dentro de la vigencia de aquélla: es decir, si la sentencia que declara inexequible una ley no tiene efecto retroactivo, menos aún podrá invalidarse un decreto-ley dictado con fundamento en una norma que ni siquiera ha sido demandada como inexequible, ni declarada tal en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

b) De acuerdo con los principios generales de derecho, si se acusa una ley, decreto u otro acto por inexequible, como en toda demanda, debe presumirse la constitucionalidad de la norma acusada mientras no se demuestre lo contrario; porque, proceder en otra forma, sería tanto como presumir o suponer que el Congreso o el Presidente violan la Constitución o cuando menos la desconocen o ignoran, supuestos totalmente inaceptables; por tanto, si realmente existiese duda sobre la exequibilidad de los artículos acusados, habría que resolverla en favor de la exequibilidad, no en contra de ella, como así lo dijo la Corte en sentencia de 1955 y así lo dicen los tratadistas, según paso a verse.

"Toda norma jurídica se presume constitucional, pues en principio debe admitirse que los órganos actúan siempre en el ámbito de su competencia demarcada en la Constitución, que cada uno de ellos interpreta y aplica por sí mismo con absoluta prescindencia de otros". (Del "Control" jurisdiccional de Constitucionalidad por Alejandro E. Chigliani, pág. 89).

Más adelante el mismo autor amplía su pensamiento en esta forma: 5. **Presunción de legitimidad.** Admitida la presunción de legitimidad, se llega sin esfuerzo a las conclusiones siguientes:

"a) En caso de duda, los jueces deben decidirse por la constitucionalidad, y tanto han de ajustar a esa regla su actuación, que no deben atribuir a la norma una inteligencia que provoque el problema de su validez cuando la controversia puede ser solucionada adoptando otra que desplace toda cuestión acerca de ese punto y más aún si la interpretación que elimina el examen de la legitimidad es la que han adoptado los funcionarios encargados de aplicarla. Por lo demás, si la norma cuya validez se impugna es susceptible de una interpretación razonable que la concilie con la Constitución, no debe ser declarada ilegítima por incompatible con ella, y en el supuesto de que haya lugar a dos interpretaciones distintas, pero razonables ambas, y una de ellas, sin violentar el significado corriente de las palabras, la armoniza con la Constitución, en tanto que la otra la coloca frente a ella, el juez ha de inclinarse por la primera y evitar una declaración de inconstitucionalidad.

"b) Para declarar que una norma jurídica es inconstitucional, además, la oposición ha de ser tal que el juez adquiera una clara y fuerte convicción de su incompatibilidad, pues no por vaga conjetura y ligera implicancia ha de admitirse

que el órgano que la creó ha superado el ámbito de sus poderes. Así lo exige el respeto debido a los otros órganos del Estado". (Ib. págs. 90 y 91).

c) El artículo 26 de la Ley 19 de 1958, "en cuanto exceda el ejercicio de la potestad reglamentaria", prevista en el artículo 132, inciso 2º de la C. Nal., invistió al Presidente de facultades extraordinarias, según el numeral 12 del artículo 76, con el fin de dar cumplimiento a las distintas normas de la misma ley, sobre reforma administrativa, la cual, en los varios capítulos y artículos, sienta las bases, los principios y reformas que debe introducirse en la legislación vigente, según así lo dice el artículo 7º, entre otros, en relación con el C. de R. P. y M., con el objeto de:

"a) Determinar las entidades y servicios públicos nacionales, cuyos funcionarios queden cobijados por los deberes y derechos que comprende el Servicio Civil;

"b) Clasificar y definir debidamente las distintas clases de servidores públicos, y entre éstas, la de los funcionarios de la Carrera Administrativa;

"c) Sentar las bases de la clasificación de empleados públicos que deberá servir de guía principal para establecer las remuneraciones y determinar los cargos del personal administrativo. La clasificación deberá tener en cuenta los deberes correspondientes a cada empleo, la responsabilidad a que quede sujeto el servidor público que haya de desempeñarlo, y los requisitos mínimos que se exigen de aquél, para que pueda ser nombrado;

"d) Disponer la formación de los cuadros administrativos y la manera de reglamentarla;

"e) Determinar detalladamente las atribuciones del Presidente de la República en relación con el Servicio Civil;

"f) Ordenar la organización en cada uno de los servicios públicos nacionales de las jefaturas de personal, las comisiones de personal, y señalarles sus funciones, y

"g) Establecer los procedimientos y trámites que deberán seguirse para la preparación, consulta, y expedición de los decretos reglamentarios del Servicio Civil".

El inciso 2º del artículo 18 de la Ley 19 de 1958, en cuanto se refiere a la modificación de las remuneraciones, no puede ser más preciso ni más claro, porque le confirió al Presidente la facultad de señalar las remuneraciones a todos los empleados afectados por la reforma, inclusive a los notarios y registradores, que no pueden considerarse girando en órbita propia e independiente.

En el "Tratado de Derecho Administrativo", el profesor uruguayo Enrique Sayagués Laso, dice:

"a) En algunos países el texto constitucional prevé la posibilidad de que el Parlamento delegue en el Poder Ejecutivo, total o parcialmente, la función legislativa. Dicho poder adquiere así la potestad de dictar disposiciones con igual eficacia normativa que (sic) las leyes" (pág. 104, Tomo I).

Más adelante dice el mismo autor: "La delegación puede ser general o restringida. Habitualmente está sometida a limitaciones: se confiere sólo para ciertas materias y durante cierto plazo, fijándose bases o principios generales de orientación y aún exigiéndose la posterior aprobación del Parlamento" (ib. pág. 106, Tomo I).

En esta forma, dejo expuestos los motivos de mi disentimiento respecto de la sentencia precedente, la cual debió declarar constitucional o exequibles los artículos acusados sin fundamento.

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña

EXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º Y 2º DEL DECRETO 3.346 DE 28 DE DICIEMBRE DE 1959, SOBRE NOTARIADO Y REGISTRO.—EN CUANTO AL ARTICULO 18 QUE TAMBIEN ACUSA LA DEMANDA, EL PRESENTE FALLO NADA PUEDE RESOLVER, POR HABER SIDO YA OBJETO DE OTRA SENTENCIA DE ESTA MISMA FECHA

Los artículos acusados, 1º y 2º del Decreto 3.346 de 1959, referentes a la creación del organismo de Notariado y Registro y a la forma de su integración, no entrañan violación alguna de los arts. 55 (incs. 1º y 2) y 76 (ords. 1º, 2º, 3º y 12º de la Carta), porque, al crear la Superintendencia de Notariado y Registro, el Gobierno procedió de acuerdo con las facultades PRO TEMPORE, conferidas por el Congreso mediante la Ley 19 de 1958, para la reorganización de la Administración Pública y no cabe duda que Notarios y Registradores prestan un servicio público (artículo 188 de la Constitución Nacional).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PLENA — Bogotá, marzo diecisiete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco)

El doctor Alfonso Isaza Moreno, en ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 214 de la Constitución Nacional, pide que la Corte declare inexequibles los artículos 1º, 2º y 18º del Decreto número 3.346 de 1959 (diciembre 18), "Por el cual se dá una adecuada dirección y un ordenamiento racional al servicio público de notariado y registro", por considerar que esas disposiciones violan los artículos 55, 76 (incisos 1º y 2º y ordinales 1º, 2º, 3º y 12), 120 (ordinal 3º), 162 de la Constitución y 5º de la Reforma Constitucional Plebiscitaria, porque, "hasta leer sin ánimo provenido y con un recto sentido de hermenéutica las disposiciones citadas, para llegar a la conclusión lógico jurídica de que el Decreto mencionado viola la letra y el espíritu de los principios constitucionales sobre carrera judicial, carrera administrativa, separación de los poderes, facultad exclusiva del Congreso para hacer leyes y modificarlas, atribuciones del Presidente para reglamentar éstas, con el fin de hacer fácil su ejecución, etc.".

El señor Procurador General de la Nación, dio concepto desfavorable a la solicitud de inconstitucionalidad así de los artículos 1º y 2º como del 18, del Decreto número 3.346.

Preparado el negocio para recibir decisión, a eso se procede, previas las siguientes consideraciones:

a). No aparece la violación del artículo 162 de la Carta por los artículos 1º y 2º del Decreto citado, pues aquel y estos, se refieren a materias distintas. Los artículos acusados, a la creación del organismo de Notariado y Registro y a la forma de su integración, y el artículo 162 al establecimiento de la carrera judicial.

No puede afirmarse, como lo hace el demandante, que dentro del ordenamiento constitucional los Notarios y Registradores forman parte del servicio judicial, es decir, del Organo Judicial del Poder Público, cuya función principal es la de administrar justicia, actividad reservada a la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, según la letra del artículo 58 de la Constitución. En cambio, las funciones de los Notarios y Registradores, son otras, como se infiere de los

artículos que forman los Títulos XLII y XLIII del Código Civil, principalmente.

Ni menos puede afirmarse violación de los artículos 55 y 76 (incisos 1º y 2º y ordinales 1º, 2º, 3º y 12), porque, al crear la Superintendencia de Notariado y Registro, el Gobierno procedió de acuerdo con las facultades **pro tempore**, conferidas por el Congreso, mediante la Ley 19 de 1958, para la reorganización de la Administración Pública y no puede dudarse que Notarios y Registradores prestan un servicio público. (Artículo 168 C. N.).

En sentencia de esta misma fecha y con relación a la facultad del Gobierno para crear la Superintendencia de Notariado y Registro, la Corte dice:

"Entendido como debe serlo, en esta forma armónica el artículo 18 de la Ley 19 y teniendo en cuenta que al Congreso corresponde regular el servicio público, crear los empleos que éste demanda y fijar sus remuneraciones, según los artículos 76 y 132 de la Constitución, fácil es deducir que el Gobierno, con base en las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 26 de la ley citada, podía crear y reglamentar, como lo hizo por el Decreto número 3.346 de 1959, la Superintendencia Nacional de Notariado y Registro como sección u organismo independiente del Ministerio de Justicia encargado de la función específica de vigilar la marcha del servicio público que prestan los Notarios y Registradores. Esto no se remite a duda. Los artículos 10 de la Ley 40 de 1932 y 2º del Decreto número 3.694 de 1951 (Leyes 2ª de 1958 y 105 de 1959) le asignan al Ministerio de Justicia la atribución administrativa de controlar y vigilar a los Notarios y Registradores, y es obvio que, al reorganizar ese Ministerio en desarrollo del artículo 18 de la Ley 19, le era posible al Gobierno crear la Superintendencia nombrada como dependencia señalada para desempeñar aquella función de vigilancia".

Ni, por fin, las normas citadas violan el artículo 59 de la reforma plebiscitaria, tanto por lo antes dicho, como porque este artículo se refiere sólo a las "condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido" y de la obligación de los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, de no ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso.

b) Del estudio conjunto de esta demanda y de la despachada en sentencia de esta misma fecha, ambas relativas a disposiciones del Decreto número 3.346, la Corte, en cuanto respecta al artículo 18, ha concluido como se ve en lo que a continuación se transcribe del referido pronunciamiento:

"1)—El artículo 18 del Decreto número 3.346, de 28 de diciembre de 1959, dispone distribuir los rendimientos líquidos de las Notarías y Oficinas de Registro entre la Superintendencia Nacional y los Notarios y Registradores. Mediante esta distribución se deduce de los rendimientos dichos un porcentaje determinado que corresponde a la Superintendencia. Esta deducción, como es obvio, introduce una modificación en la remuneración que por ley corresponde a los expresados Notarios y Registradores. Como, según lo expuesto, no resulta claro que el Gobierno recibiera autorizaciones para reorganizar o reformar el funcionamiento del servicio de Notariado y Registro, síguese que el citado artículo 18 viola, en cuanto modifica la retribución de los Notarios y Registradores, los artículos 76 y 188 de la Constitución Nacional, que confieren al Congreso la atribución de reorganizar y reglamentar el servicio expresado, fijando por lo mismo la remuneración mencionada. Esta circunstancia es suficiente a demostrar que dicho precepto es inexequible".

Aparece de la referencia anterior que el presente fallo no puede resolver sobre inconstitucionalidad del artículo 18 citado, por haber sido ya objeto de la referida sentencia de esta fecha.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución,

RESUELVE:

1º—Son exequibles los artículos 1º y 2º del Decreto número 3.346 de 28 de diciembre de 1959, "por el cual se da una adecuada dirección y un ordenamiento racional al servicio público de Notariado y Registro".

2º—En cuanto se refiere al artículo 18, estése al pronunciamiento de esta misma fecha.

Comuníquese esta decisión al señor Ministro de Justicia para los efectos a que haya lugar.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese.

Carlos Peláez Trujillo. — Ramiro Araújo Grau.- Humberto Barrera Domínguez. — Luis Alberto Bravo. — Enrique Coral Velasco. — Roberto De Zubiria C. — Gustavo Fajardo Pinzón.—José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Simón Montero Torres.- Salvo el voto, Efrén Osejo Peña. — Luis Fernando Paredes. — Arturo C. Posada. — Gustavo Rendón Gaviria. — José Joaquín Rodríguez. — Julio Roncallo Acosta.—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo. — Luis Carlos Zambrano.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR EFREN OSEJO PEÑA, EN CUANTO LA SENTENCIA RATIFICA LA INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 18, 19 Y 20 DEL DECRETO-LEY 3.346 DE 1959

En cuanto la sentencia precedente ratifica o confirma la declaración de inexequibilidad de los artículos 18, 19 y 20 del Decreto-ley 3.346 de 1959, para fundar mi salvamento de voto, me basta referirme a los motivos expuestos con ocasión del fallo de esta misma fecha, aprobado según ponencia del Magistrado doctor López de la Pava: sin embargo, no está por demás recordar los artículos 7 y 8 del Decreto Extraordinario 0048 de 1957, condicionalmente derogados, como un antecedente de los citados artículos 18, 19 y 20.

Dicen así aquellas disposiciones:

"Artículo séptimo. — Las entradas brutas que mensualmente obtengan las Oficinas de Registro se distribuirán así: 80% para sueldos y sostenimiento de la respectiva oficina, y 20% para aportar al 'Fondo Rotatorio Judicial' con destino a los fines del mismo, previstos en el Decreto 1.709 de 1954.

"Facúltase al Ministerio de Justicia para exonerar del aporte a que se refiere el inciso anterior a aquellas oficinas cuyas entradas brutas mensuales, según los datos del Departamento de Notariado y Registro sean inferiores a $ 600.00 mensuales.

"Artículo octavo.—El aporte de que trata el artículo anterior se destinará, preferencialmente, a adquirir los elementos y contratar los servicios que el Ministerio de Justicia considere necesarios para facilitar la ulterior nacionalización de las Oficinas de Registro".

Comparto la declaración de que los artículos 1º y 2º del Decreto 3.346 de 1959 son constitucionales; sin embargo, dentro de las tesis prohijadas en las dos sentencias, si el Gobierno no tenía facultades precisas o existen serios motivos de duda al respecto, la conclusión lógica sería la de declararlos también inexequibles, con el fin de que corran la misma suerte de las normas contenidas en los artículos 18, 19 y 20.

Podría contestarse que la organización de la Superintendencia de Notariado y Registro no tiene como fundamento la Ley 19 de 1958, sino el segundo inciso del artículo 132 de la C. N., porque se trata simplemente de distribuir los negocios en el Ministerio de Justicia, atribución propia del Presidente de la República; sin embargo, el argumento resultaría del todo inadmisible, por estas razones:

1º—El Decreto-ley número 3.346 de 1959 no se limitó a organizar las secciones o dependencias del Ministerio de Justicia, sino que derogó condicionalmente los artículos 7 y 8 del Decreto Extraordinario número 0048 de 1957, como también sustituye totalmente el Decreto Extraordinario número 3.694 de diciembre de 1954, según el artículo D. de las disposiciones transitorias del Decreto 3.346, objeto de las acusaciones; y para de-

rogar, modificar, sustituir leyes no basta la facultad reglamentaria, sino que ha menester de la extraordinaria concedida por el artículo 25 de la Ley 19 de 1958, en armonía con el numeral 12 del artículo 76 de la C. N.

2º—Además, no solamente derogó disposiciones con categoría de leyes, sino que legisla sobre las faltas disciplinarias de los notarios y registradores; señala las penas que debe imponérseles, según la gravedad de cada una de ellas, que llegan hasta la destitución del empleo, tal como lo decía antes el decreto extraordinario de 1954; determina las condiciones o requisitos que deben llenar los aspirantes a notarios o registradores, etc., etc., materias que exceden la facultad meramente reglamentaria.

3º—Resulta del todo inadmisible que la Sección de Notariado y Registro, a que alude el art. 4º del Decreto número 3.694 de 1954, como la Superintendencia de Notariado y Registro, creada por el Decreto 3.346 de 1959, dependan del Ministerio de Justicia, pero no así los notarios y registradores, los cuales, según la tesis central de las dos sentencias, no dependen del dicho Ministerio ni de ningún otro organismo, con evidente olvido de que el todo comprende las diferentes partes, porque no se podrá desconocer que los mencionados funcionarios constituyen la razón de ser o justifican la existencia de la Superintendencia de Notariado y Registro de la cual dependen y a la cual integran, como antes sucedía lo propio con la Sección de Notariato y Registro.

En la forma anterior dejo explicado mi voto, con todo el respeto que merece la autorizada opinión de los señores Magistrados.

Fecha ut supra.

Efrén Ocejo Peña

SE RESUELVE UNA SOLICITUD DE ACLARACION DE LA SENTENCIA ANTERIOR, DE FECHA 17 DE MARZO, QUE DECLARO EXEQUIBLES LOS ARTICULOS 1º Y 2º DEL DECRETO 3.346 DE 1959, SOBRE NOTARIADO Y REGISTRO

No existe la contradicción que el peticionario ve entre la declaración de exequibilidad de los artículos 1º y 2º y la declaración de inconstitucionalidad del artículo 18 del mismo Decreto 3.346 de 1959, como se deduce de las razones expuestas en los respectivos fallos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PLENA — Bogotá, mayo quince de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente Dr. Enrique Coral Velasco)

El abogado Alfonso Isaza Moreno, solicita en escrito de 14 de abril, aclaración de la sentencia de 17 de marzo de este año, pronunciada en la demanda promovida por él sobre inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º y 18 del Decreto número 3.346 de 1959 (diciembre 28), "por el cual se da una adecuada dirección y un ordenamiento racional al servicio público de Notariado y Registro".

Dice concretamente el peticionario:

a)"...muy respetuosamente solicito las siguientes aclaraciones de conceptos o frases de la providencia de 17 de marzo de 1961, por medio de la cual se declararon exequibles los artículos 1º y 2º del Decreto premencionado número 3.346 de 28 de diciembre de 1959 y en cuanto al artículo 18 se remitió 'al pronunciamiento de esta misma **fecha**', no sin antes haber dicho esa H. Corporación, en la parte motiva del fallo: 'Aparece de la referencia anterior que **el presente fallo no puede resolver sobre inconstitucionalidad del artículo 18 citado, por haber sido ya objeto de la referida sentencia de esta fecha**' ".

b) Reproduce un aparte de la sentencia de la misma fecha (marzo 17) dictada en el juicio de inexequibilidad propuesto por el doctor Hernando Morales M. para obtener la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 18 y 19 del mencionado Decreto, y enfrentándolo a otro, los encuentra contradictorios, y concluye así:

"Como existe una evidente contradicción entre lo afirmado en el primer párrafo, al negar la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º y lo afirmado al negar la exequibilidad del artículo 18, solicito de la H. Corte se sirva hacer la siguiente aclaración: Si conforme a los artículos 76 y 188 de la Constitución, sólo el Congreso puede regular el servicio público de Notariado y Registro, cómo se explica que cuando la Constitución es citada por el suscrito demandante ella opera, pero cuando es citada por el doctor Hernando Morales M., la Corte se pronuncia por la primacía de la Carta. En otras palabras, si debe aplicarse al caso no sólo el art. 76, sino también el 188 de la Carta Fundamental, las normas constitucionales deben operar tanto para declarar inexequible el artículo que creó el organismo para estorbar el funcionamiento del servicio público, como para declarar inexequible el artículo que se refirió a la retribución".

"c) "La H. Corte debe aclarar también, al pronunciarse sobre mi demanda presentada antes que la del doctor Morales M., al punto relativo a los efectos de la declaratoria de inexequibilidad en cuanto al pasado, pues iría contra la economía de los procesos judiciales el que hubiera necesidad de entablar nuevos litigios para hacer nuevas declaraciones".

La Corte considera:

1º—El verdadero motivo de duda supuesto por

el artículo 482 del C. J. para que el juez pueda aclarar una sentencia, ha de presentarse en la parte resolutiva o en la motiva, cuando ésta incida en la comprensión de aquélla.

La solicitud de aclaración no se refiere a ninguno de los puntos de la parte resolutiva de la sentencia, lo que indica que el peticionario no tiene verdadero motivo de duda respecto de ellos.

El párrafo de la parte expositiva que ha servido para construir peticiones que rebasan la aclaración de una sentencia, dice así: "Aparece de la referencia anterior que el presente fallo no puede resolver sobre inconstitucionalidad del artículo 18 citado, por haber sido ya objeto de la referida sentencia de esta fecha". No ofrece duda alguna, ni en su redacción, ni en su contenido el aparte copiado, porque, por haberse ya resuelto la inconstitucionalidad del artículo 18, no podían dictarse dos sentencias sobre la misma materia. Por eso, en el numeral segundo se dijo: "En cuanto se refiere al artículo 18, estése al pronunciamiento de esta misma fecha".

2º—No existe la contradicción que el peticionario ve entre la declaración de exequibilidad de los artículos 1º y 2º y la inconstitucionalidad del artículo 18, como puede deducirse de las razones expuestas tanto en el fallo relativo a los dos primeros artículos del Decreto 3.340, como en el de la misma fecha que resolvió la inconstitucionalidad de los artículos 18 y 19 del mencionado decreto.

3º—Con relación a la solicitud de que la Corte diga si la sentencia cuya declaración se solicita tiene efectos sólo para el futuro o también para el pasado, tal petición excede la posibilidad de lo que es la aclaración de una sentencia y, además, conviene recordar que, la Corte no es entidad consultiva.

En los términos anteriores queda resuelta la solicitud de aclaración de la sentencia de 17 de marzo formulada por el doctor Isaza Moreno.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Carlos Peláez Trujillo. — Ramiro Araújo Grau. — Humberto Barrera Domínguez. — Luis Alberto Bravo. — Enrique Coral Velasco. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Simón Montero Torres. — Efrén Osejo Peña. — Luis Fernando Paredes. — Arturo C. Posada. — Gustavo Rendón Gaviria. — José Joaquín Rodríguez. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez Abad. — Primitivo Vergara Crespo. — Luis Carlos Zambrano. — Roberto De Zubiría C. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA

SE DECIDE SOBRE LA DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD CONTRA LAS NORMAS LEGALES QUE SEÑALAN EL NUMERO DE SENADORES Y REPRESENTANTES PARA EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, ESPECIALMENTE EL ARTICULO 15 DE LA LEY 9ª DE 1951 Y LOS DECRETOS 26 DE 1958 Y 473 DE 1960

Son exequibles el artículo 15 de la Ley 9ª de 1951 y el Decreto 26 de 1958, en lo que respecta al señalamiento que hacen del mínimo de Parlamentarios que corresponde a la Circunscripción Electoral de Bolívar, en atención a la acogida que a tales disposiciones dio el Acto Legislativo número 4 de 1959. Igual fundamento existe para encontrar exequible el artículo 1º del Decreto-ley 473, de 25 de febrero de 1960, en cuanto señala el mínimo de ocho (8) Representantes para la Circunscripción Electoral de Bolívar, disposición que se ciñe a la mencionada reforma constitucional de 1959.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PLENA — Bogotá, marzo veinticuatro de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez.

El ciudadano doctor César Castro Perdomo, obrando en su propio nombre y en el de los doctores José Santos Cabrera y Wilfrido Castro Acosta, mediante la acción pública consagrada en el artículo 214 de la Constitución, demandó, el 31 de enero último, la inexequibilidad de las siguientes normas:

a)—Artículo 15 de la Ley 9ª de 1951; artículo 1º del Decreto Legislativo número 26 de 1958, y artículo 1º del Decreto número 473 de 1960, "en la parte en que tales normas...", dice el demandante... "autorizaron la disminución y en efecto disminuyeron el número de 6 senadores y 12 representantes al Congreso Nacional que corresponde elegir constitucionalmente al Departamento de Bolívar".

b)—Los artículos iniciales de cada una de las leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y 79 de 1960, "en cuanto tales normas incorporaron a la legislación colombiana el artículo 1º del Decreto Legislativo número 26 de 1958 (febrero 19) hasta el 31 de diciembre de 1961, o sirvan para que aquel precepto demandado continúe prorrogado transitoria o definitivamente".

Las disposiciones acusadas dicen lo siguiente:

1º—Ley 9ª de 1951. Artículo 15.—"El Gobierno Nacional en desarrollo de los artículos 93, 99 y 186 de la Constitución Nacional y previo concepto del Consejo de Estado, señalará el número de Senadores, de Representantes y de Diputados que le corresponde a cada uno de los Departamentos de Bolívar y Córdoba, sin que el número de ellos en los dos Departamentos exceda del que actualmente elige el Departamento de Bolívar, salvo en cuanto él se modifique por la base de población. En consecuencia, ninguno de los dos podrá elegir menos de tres (3) Senadores y tres (3) Representantes".

2º—**Decreto Legislativo número 26 de 1958** (febrero 19).

"La Junta Militar de Gobierno de la República de Colombia, en uso de las facultades de que trata el artículo 121 de la Constitución Nacional, y,

"CONSIDERANDO:

"..... .....

"Que la Ley 9ª de 1951 creó el Departamento de Córdoba, y que ésta y el artículo 8º del Decreto 1.392 de 1952 determinaron el número de Senadores que a este Departamento y al de Bolívar les corresponde elegir,

"DECRETA:

"Art. 1º—"...las Circunscripciones Electorales en que actualmente se divide el territorio de la República, elegirán el número de Senadores que a continuación se indica:

"...Circunscripción Electoral de Bolívar, capital Cartagena, compuesta por el Departamento de Bolívar y la Intendencia de San Andrés y Providencia... 4".

3º—Decreto número 473 de 1958 (febrero 25).

"El Presidente de la República de Colombia en uso de sus atribuciones legales, y

"CONSIDERANDO:

"...Que la Ley 9ª de 1951 creó el Departamento de Córdoba, y que dicha Ley y el artículo 8º del Decreto número 1.392 de 1952 determinaron el número de Representantes que a este Departamento y al de Bolívar les corresponde elegir,

"DECRETA:

"Artículo 1º—Las Circunscripciones Electorales en que actualmente se divide el territorio de la República elegirán el número de Representantes que a continuación se indica:

"...Circunscripción Electoral de Bolívar, capital Cartagena, compuesta por el Departamento de Bolívar y la Intendencia de San Andrés y Providencia... 8".

4º—Ley 2ª de 1958 (agosto 16).

"El Congreso de Colombia, DECRETA: 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".

5º—Ley 165 de 1958 (diciembre 14).

"El Congreso de Colombia, DECRETA: Artículo 1º—Prorrógase la vigencia de la Ley 2ª de 1958 hasta el 31 de diciembre de 1960".

6º—Ley 78 de 1960 (diciembre 26).

"El Congreso de Colombia, DECRETA: Artículo 1º—Prorrógase la vigencia de las Leyes 2ª y 91 de 1958, y 165 de 1959 hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos sesenta y uno (1961)".

"..... ....

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

Estima el demandante que las disposiciones transcritas violan los artículos 93 y 99 de la Carta, que en su segundo inciso disponen, respectivamente, lo que pasa a transcribirse:

Artículo 93 (inciso segundo): "En ningún caso habrá Departamento que elija menos de tres Senadores, ni menos de los que hoy elige...".

Artículo 99 (inciso segundo): "En ningún caso habrá Departamento que elija menos de tres Representantes, ni un número menor de los que hoy elige...".

Fundamenta el demandante el cargo en las siguientes consideraciones:

a) Que "conviene tener en cuenta que el inciso 2º del artículo 93 citado viene rigiendo en Colombia desde la vigencia de la reforma constitucional de 1945, y que el inciso 2º del artículo 99 anotado ha venido rigiendo desde la reforma constitucional de 1940, y que con posterioridad a 1945 tales principios han sido ratificados por los constituyentes y no han sufrido la más mínima variación. El inciso 2º del artículo 20 del Acto Legislativo número 1 de 1945 dispuso: 'En ningún caso habrá Departamento que elija menos de tres Representantes, ni un número menor de los que hoy elige'. Por su parte el inciso 2º del artículo único del Acto Legislativo número 2 de 1940, dispuso: 'En ningún caso los Departamentos elegirán un número menor de Representantes de los que hoy eligen'".

b)—Que "el privilegio constitucional que tiene el Departamento de Bolívar para que el número de los Senadores no sea disminuído de 5 se consolidó al entrar a regir la reforma constitucional de 1945, por la vigencia en ese momento del Decreto número 320 de 1943 (febrero 15) —Diario Oficial número 25.184—, que dispuso... En vista del nuevo censo de población aprobado por la Ley 24 de 1938, y de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Nacional, las Asambleas Departamentales que se enumeran a continuación elegirán el siguiente número de Senadores: ...Bolívar... 5'. En 1951 Bolívar tenía derecho a elegir 5 Senadores y dicho número eligió, por ejemplo, en las elecciones de 1947... De 1945 a 1951 ninguna reforma constitucional le disminuyó ese número de 5 Senadores: y de 1951 a 1960 ninguna reforma constitucional le disminuyó ese número, por el contrario, al ser ratificado el inciso 2º del artículo 93 de la Carta por el Acto Legislativo número 4 de 1959, aquel Departamento conservó intacto su derecho a seguir eligiendo un mínimo de 5 Senadores, aunque por virtud del

Plebiscito ese número impar se elevó a 6 Senadores".

Anota, asimismo, el doctor Castro Perdomo que "el privilegio constitucional para que sus Representantes no sea disminuído (sic) de 11 se consolidó una vez entró a regir la reforma constitucional de 1945 por la vigencia del Decreto Nº 325 de 1941 (febrero 18) —Diario Oficial Nº 24.594—, que dispuso: '...Las Circunscripciones electorales en que actualmente se divide el territorio de la República para la elección de Representantes, según el decreto 713 de 1931 y 150 de 1937, elegirán el número de Representantes que a continuación se indica...: ...Circunscripción electoral de Cartagena... 11'.

"El primer decreto dictado por el Gobierno en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 15 de la Ley 9ª de 1951... fue el decreto 1.392 de 1952 (junio 10) —Diario Oficial número 27.695, por el cual se fijaron los Senadores y Representantes del nuevo Departamento de Córdoba... y dice el artículo 8º: 'Conforme a los artículos 93 y 99 de la Constitución Nacional y de acuerdo con el concepto rendido por el Honorable Consejo de Estado, el Departamento de Córdoba elegirá tres (3) Senadores y cuatro (4) Representantes al Congreso Nacional'. Tácitamente en ese momento el Gobierno estaba admitiendo que Bolívar quedaba con 3 Senadores y 7 Representantes. Fue posteriormente cuando el Gobierno, por medio de los actos acusados, señaló con posterioridad al Plebiscito 4 Senadores y 8 Representantes para el Departamento de Bolívar".

c) —Que "Bolívar como cualquier departamento colombiano tiene derecho a elegir un número mínimo de Senadores y Representantes, consistente tal derecho en que en ningún caso, bajo ningún protexto, puede ser disminuído el número de parlamentarios que ha elegido. Sin embargo el artículo 15 de la Ley 9ª de 1951 autorizó al Gobierno para disminuír el número de Senadores y Representantes que estaba eligiendo Bolívar, puesto que al facultarlo para distribuír el total de Senadores y Representantes que en 1951 tenía derecho a elegir Bolívar, entre este Departamento y el nuevo de Córdoba, era lógico que esa distribución implicaba una disminución de los 5 Senadores y los 11 Representantes que venía eligiendo el Departamento de Bolívar.

".....Y como desde 1951 hasta 1958 no hubo elecciones de Senadores y Representantes en Colombia... ahora que se han restablecido las instituciones se hace indispensable que la representación política de Bolívar en el Congreso tenga el número de parlamentarios prevenido en la Carta Fundamental...", pues... "la división territorial de Bolívar entre este Departamento y el nuevo de Córdoba, no le ha quitado a Bolívar su carácter de entidad de derecho público constitucionalmente establecida, con todos los derechos y privilegios consagrados en la misma Carta, entre los cuales merece destacarse el de que en ningún caso sea disminuído el número de los Senadores y Representantes que tiene derecho a elegir, porque el caso de aquella desmembración territorial es precisamente un caso, y según los artículos 93 y 99 de la Constitución, ningún caso es admisible para que sean disminuídos sus parlamentarios. En otras palabras: los incisos segundos de los artículos 93 y 99 mencionados, fijaron un número mínimo de Senadores y Representantes para cualquier Departamento, y dicho número es 3 (hoy día 4 por paridad para ciertos Departamentos) y para los demás el número que han venido eligiendo".

d)—Que "cuando el constituyente de 1945 dispuso que 'en ningún caso los Departamentos elegirán menos de 3 Senadores o 3 Representantes, ni un número menor de los que hoy eligen', quiso ese mismo constituyente que nunca en el futuro, a pesar de cualquier evento, o acontecimiento, o suceso podría ser disminuído el número de parlamentarios que en esa época estaban eligiendo los departamentos. Quedó demostrado que por estar vigentes en el momento de la reforma mencionada los decretos 320 de 1943 sobre Senadores (Diario Oficial número 25.184) que fijó 5 para Bolívar, y vigente igualmente el Decreto 325 de 1941 sobre Representantes (Diario Oficial número 24.594) que fijó once representantes para Bolívar, este Departamento adquirió un derecho a su número mínimo de Senadores y Representantes al Congreso Nacional. La expresión 'ningún caso' no admite ni uno solo, ya sea de orden legal o reglamentario.... En la presente oportunidad se tiene lo siguiente: Que con motivo de la creación del nuevo Departamento de Córdoba, y por desmembración y merma de habitantes, se le disminuyeron los Senadores y Representantes al Departamento de Bolívar. Pero resulta que este Departamento tiene un privilegio constitucional consistente en conservar el número que estaba eligiendo en 1945, como mínimo... El caso de desmembración ocurrido con motivo de la Ley 9ª de 1951 es precisamente un caso y resulta que conforme a los incisos 2º y 2º de los artículos 93 y

99 de la Carta, ninguno es admisible para que sea disminuído ese número mínimo consultado que tenía Bolívar...".

"Parece clara la inexequibilidad del artículo 15 de la Ley 9ª de 1951, en cuanto el uso de tal facultad implica la disminución de parlamentarios que constitucionalmente corresponde elegir a Bolívar...".

e)—Que "conviene tener en cuenta también que el caso de Bolívar sobre desmembración territorial y disminución de habitantes es idéntico a los de Antioquia, Magdalena y Cundinamarca. Efectivamente, Antioquia formaba con el Chocó una Circunscripción Electoral antes de 1947. Para fines electorales el territorio y los habitantes del Chocó se le agregaban a los de Antioquia. Vino la reforma constitucional que le dio independencia al Chocó y entonces se le quitó para fines electorales ese territorio y aquellos habitantes a Antioquia, y sin embargo en aquella oportunidad se respetó la Constitución porque a Antioquia no se le disminuyeron sus Senadores, ni sus Representantes.

"Como se recordará, Magdalena y Guajira, para fines electorales, formaban una sola Circunscripción. Posteriormente se le quitó territorio a Magdalena para dárselo a la Guajira e independizarla del Magdalena. Sin embargo a pesar de la desmembración territorial y disminución de habitantes, se respetó el privilegio constitucional del Magdalena y no se disminuyeron ni sus Senadores, ni sus Representantes.

"Y recientemente Cundinamarca y El Meta formaban una sola circunscripción electoral. Se independizó El Meta y se le quitó territorio y habitantes a Cundinamarca, y sin embargo se le respetó el privilegio constitucional a Cundinamarca, porque no se le disminuyeron sus habitantes" (sic).

f)—Que, "en conclusión...", dice el demandante.... "tanto el artículo 15 de la Ley 9ª de 1951 como los decretos mencionados y acusados parcialmente son inexequibles, porque autorizaron la disminución y en efecto disminuyeron el número de Senadores y Representantes que como mínimo corresponde elegir al Departamento de Bolívar... ....".

"El artículo 15 de la Ley 9ª de 1951 está vigente y por consiguiente la H. Corte Suprema de Justicia puede resolver sobre su inexequibilidad. Tan vigente está, que el Gobierno ha seguido haciendo uso de aquella facultad como se deduce de los considerandos de los decretos 26 de 1958 y 473 de 1960.

"Además, el mencionado artículo 15 de la Ley 9ª de 1951 es inexequible porque la facultad ejercida por el Congreso en aquella ocasión no se ejerció en la forma prevenida en la Carta, y el artículo 2º de la Constitución dispone que cada Rama del Poder Público debe ejercer sus atribuciones en la forma prevista en la Constitución. En este caso, el Congreso no revistió para tiempos al Presidente de una facultad extraordinaria, y esa anomalía quebranta el citado artículo 2º".

"..... ....

"El decreto legislativo número 26 de 1958 que fijó cuatro (4) Senadores a Bolívar se funda no sólo en el 121 de la Constitución, sino que en sus considerandos se expresa para el caso de la fijación de Senadores de Bolívar que se apoya, también, en la Ley 9ª de 1951, y en el artículo 15 se le concedió al Gobierno una facultad extraordinaria indefinida y mal concedida. El decreto extraordinario 473 de 1960, en cuanto a la fijación de Representantes para Bolívar, se apoya en la facultad de la Ley 9ª de 1951, pues así consta en los considerandos del decreto, y ya se vio que en esa Ley el Congreso concedió al Gobierno una facultad extraordinaria.

"En consecuencia las normas acusadas se refieren a una misma cosa, a saber: al señalamiento del número de Senadores y de Representantes para el Departamento de Bolívar. Ese señalamiento viola los artículos 93 y 99 de la Carta (incisos segundos) porque se hizo disminuyendo el número constitucional de Senadores y Representantes por aquel Departamento. El objeto de las diferentes normas demandadas tiene estrecha vinculación jurídica y son inseparables en cuanto a su finalidad".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Al contestar la demanda, dice el señor Procurador General de la Nación lo siguiente:

"Las disposiciones acusadas por el demandante se refieren al señalamiento del número de Senadores y Representantes a elegir por la Circunscripción Electoral de Bolívar, integrada por el Departamento del mismo nombre y por la Intendencia de San Andrés y Providencia; pero observo que tales normas no están vigentes, por haber sido derogadas por el artículo 5º de la Ley 146 de 1960 y sustituídas por las previsiones que

para la determinación del número de Senadores y de Representantes, no sólo de la Circunscripción Electoral citada sino de todas las de la República, contiene la referida ley.

"En efecto, ésta, en su artículo 1º, dice así: 'Para determinar el número de Senadores y Representantes, la población de la República y la de cada una de las Circunscripciones Electorales, serán las calculadas por el Departamento Nacional de Estadística a 5 de junio de 1961, mientras no se publiquen oficialmente los resultados de un nuevo censo de habitantes'.

"Y el artículo 2º...", continúa el señor Procurador... "ordena al Gobierno señalar, en el mes de enero de 1962 a más tardar, 'el número de Senadores y Representantes que corresponda elegir a cada Circunscripción Electoral, ateniéndose a las normas constitucionales y a los mandatos de la presente Ley'.

"En consecuencia, la fijación hecha por el Gobierno Nacional —para la Circunscripción Electoral de Bolívar— por medio de los Decretos 26 de 1958 y 473 de 1960 en desarrollo de las autorizaciones que le confirió la Ley 9ª de 1951 en su artículo 15, habrá de ser sustituída, para las próximas elecciones de Senadores y Representantes, por el señalamiento que haga el mismo Gobierno a más tardar en el mes de enero de 1962, de conformidad con lo ordenado por el artículo 2º de la Ley 146 de 1960, 'ateniéndose a las normas constitucionales y a los mandatos' de la misma Ley.

"Estando, como están, derogadas por el artículo 5º de la mencionada Ley 146 de 1960 las normas acusadas por el doctor Castro Perdomo, y debiendo ser sustituídas por las nuevas que adopte el Gobierno Nacional en obedecimiento al artículo 2º de ella, estimo que, por sustracción de materia, carece la H. Corte de base para pronunciarse en relación con la demanda a que este concepto se refiere.

"Por tanto, respetuosamente, pido a esa elevada Corporación que declare que no hay lugar a tomar decisión alguna en relación con las solicitudes que ha formulado el demandante".

LA CORTE CONSIDERA:

Habida cuenta del concepto del señor Procurador General de la Nación, corresponde examinar si las normas acusadas por el demandante han sido derogadas por la Ley 146 de 1960, ya que, en caso afirmativo, habría lugar a declarar que no hay lugar a decisión alguna con respecto a las solicitudes que ha formulado el doctor César Castro Perdomo.

Sustracción de materia

En el Acto Legislativo número 1º de 1940, que es la disposición constitucional más antigua entre las a que se refiere el acusador, se dijo que "la Cámara de Representantes se compondrá de tantos miembros cuantos correspondan a la población de la República, a razón de uno por cada setenta mil (70.000) habitantes, y uno más por cada fracción no menor de la mitad de dicha cifra.

"En ningún caso los Departamentos elegirán un número menor de Representantes de los que hoy eligen.

"Por cada Representante se elegirán dos suplentes.

"Parágrafo. Cada Departamento constituirá una Circunscripción para la elección de Representantes" (subraya la Sala).

Dispuso, después, el Acto Legislativo número 1º de 1945 lo siguiente:

"Artículo 17.—El Senado se compondrá de tantos miembros cuantos correspondan a la población de la República, a razón de uno por cada ciento noventa mil habitantes, y uno más por toda fracción no menor de noventa y cinco mil habitantes. Cada vez que se apruebe un nuevo censo general de la República y el aumento de la población exceda de quinientos mil habitantes, automáticamente se elevará en cuarenta mil la base de población para la elección de cada Senador.

"En ningún caso habrá Departamento que elija menos de tres Senadores, **ni menos de los que hoy elige.**

"Las faltas absolutas o temporales de los Senadores serán llenadas por los suplentes, siguiendo el orden de colocación de sus nombres en la respectiva lista electoral. El número de suplentes será igual al de los Senadores principales". (Subraya la Sala).

"Artículo 20.—La Cámara de Representantes se compondrá de tantos miembros cuantos correspondan a la población de la República, a razón de uno por cada noventa mil habitantes, y uno más por cada fracción no menor de cuarenta y cinco mil habitantes. Cada vez que se apruebe un nuevo censo general de la República y el aumento de la población exceda de quinientos mil habitantes, automáticamente se elevará en veinte

mil habitantes la base de población para la elección de cada Representante.

"En ningún caso habrá Departamento que elija menos de tres Representantes, ni un número menor de los que hoy elige.

"Las faltas absolutas o temporales de los Representantes serán llenadas por los suplentes, siguiendo el orden de colocación de sus nombres en la respectiva lista electoral. El número de suplentes será igual al de los Representantes principales" (Subraya la Sala).

Luego, la reforma plebiscitaria de 1º de diciembre de 1957 preceptuó lo siguiente:

"Artículo 2º—En las elecciones populares que se efectúen para elegir corporaciones públicas hasta el año de 1968 inclusive, los puestos correspondientes a cada circunscripción electoral se adjudicarán por mitad a los partidos tradicionales, el conservador y el liberal. Si hubiere dos o más listas de un mismo partido, y los puestos que a éste correspondieren fuesen más de dos, se aplicará para adjudicarlos el sistema del cuociente electoral, pero teniendo en cuenta únicamente los votos emitidos por las listas de tal partido. En las elecciones que se hagan durante el período a que se refiere este artículo, en todas las circunscripciones electorales, se elegirá un número par de miembros de las corporaciones públicas. Para obtener ese resultado, se observarán las normas constitucionales que fijan el número de miembros de tales entidades, pero aumentando un puesto cuando quiera que él sea impar. Ningún Departamento con más de un millón de habitantes podrá tener menos de seis Senadores, ni menos de doce Representantes".

Por último, el Acto Legislativo número 4, de 24 de diciembre de 1959, modificó los artículos 93 y 99 de la Carta, así:

"Artículo 93.—El Senado se compondrá de tantos miembros cuantos correspondan a la población de la República, a razón de uno por cada ciento noventa mil habitantes, y uno más por toda fracción no menor de noventa y cinco mil habitantes.

"En ningún caso habrá Departamento que elija menos de tres Senadores, ni menos de los que hoy elige. Las faltas absolutas o temporales de los Senadores serán llenadas por los suplentes, siguiendo el orden de colocación de sus nombres en la respectiva lista electoral. El número de suplentes será igual al de los Senadores principales". (Subraya la Sala).

"Artículo 2º. El artículo 99 de la Constitución quedará así:

"Artículo 99.—La Cámara de Representantes se compondrá de tantos miembros cuantos correspondan a la población de la República, a razón de uno por cada noventa mil habitantes, y uno más por toda fracción no menor de cuarenta y cinco mil habitantes.

"En ningún caso habrá Departamento que elija menos de tres Representantes, ni un número menor de los que hoy elige. Las faltas absolutas o temporales de los Representantes serán llenadas por los suplentes siguiendo el orden de colocación de sus nombres en la respectiva lista electoral. El número de suplentes será igual al de los Representantes principales". (Subraya la Corte).

"Artículo 3º—Lo dispuesto en los artículos anteriores no afecta la paridad establecida por la reforma plebiscitaria.

"Artículo 4º—Este Acto Legislativo regirá desde su sanción".

Ahora bien:

La Ley 146 de 1960, por la cual se desarrolla el Acto Legislativo número 4 de 1959, sancionada el 20 de diciembre de aquel año, dispone:

"Artículo 1º—Para determinar el número de Senadores y Representantes, la población de la República y la de cada una de las Circunscripciones Electorales, serán las calculadas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística a 5 de julio de 1961, mientras no se publiquen oficialmente los resultados de un nuevo censo de habitantes.

"Artículo 2º—En enero de 1962, a más tardar, el Gobierno señalará el número de Senadores y Representantes que corresponde elegir a cada Circunscripción Electoral, ateniéndose a las normas constitucionales y a los mandatos de la presente Ley.

"Artículo 3º—El Decreto que señale el número de Senadores y Representantes, en obedecimiento al artículo 2º, no será consultado con ninguna entidad o corporación.

"Artículo 4º—Publicados los resultados de un próximo censo de población, éstos serán los que rijan para todos los efectos constitucionales y legales, mientras no se publiquen los datos de un nuevo empadronamiento.

"Artículo 5º—Deróganse todas las disposiciones contrarias a la presente Ley.

"Artículo 6º—Esta Ley regirá desde su sanción".

Se pregunta: ¿Son contrarias a la Ley 146 de 1960, para tenerse como derogadas, las disposi-

ciones legales que acusa el demandante, y, en consecuencia, por haber dejado de regir, hay sustración de materia en las peticiones formuladas por el doctor Castro Perdomo?

Para resolver esta cuestión, se tiene lo que sigue:

El artículo 15 de la Ley 9ª de 1951 facultó al Gobierno Nacional para señalar, previo concepto del Consejo de Estado, el número de Senadores, de Representantes y de Diputados que le corresponda a cada uno de los Departamentos de Bolívar y Córdoba, "sin que el número de ellos en los Departamentos exceda del que actualmente elige el Departamento de Bolívar, salvo en cuanto él se modifique por la base de población...".

Dos materias señala el artículo citado, a saber:

a)—La facultad conferida al Gobierno Nacional para señalar el número de Parlamentarios y de Diputados que les corresponde elegir a cada uno de los Departamentos de Córdoba y Bolívar.

b)—Distribución entre las dos Circunscripciones Electorales del número de Parlamentarios que, antes de ser creado el Departamento de Córdoba por la misma Ley 9ª de 1951, elegía el Departamento de Bolívar, si era que se señalaba el máximo previsto en el artículo 15 mencionado.

Pues bien:

El ejercicio de la facultad dada al Gobierno Nacional fue agotado con la expedición de los decretos 1.392 de 10 de junio de 1952; 26, de 19 de febrero de 1958, y 473, de 25 de febrero de 1960, en cuanto por el primero se indicó el número de Parlamentarios que elige el Departamento de Córdoba, y por los otros dos se señaló el total de Senadores y Representantes que elige la actual Circunscripción Electoral de Bolívar.

Y es evidente que esa facultad, asimismo, resulta derogada por el artículo 5º de la Ley 146 de 1960, dándose, por tanto, una sustracción de materia en las disposiciones acusadas, respecto de la referida facultad.

En cambio, es incuestionable que están vigentes las normas demandadas, en lo que respecta a la fijación del número de Parlamentarios que elige la Circunscripción Electoral de Bolívar, pues ningún otro señalamiento se ha hecho, ni de ello se ocupa la Ley 146 de 1960. Por tanto, no existe sustracción de materia en este punto.

Corresponde, pues, decidir en cuanto al cargo de inexequibilidad que contra tales disposiciones hace el demandante, en lo que se refiere al número de Parlamentarios que éstas señalan a la citada Circunscripción Electoral de Bolívar.

Miembros del Congreso que elige la Circunscripción Electoral de Bolívar

En ejercicio de la facultad dada al Gobierno Nacional por el artículo 15 de la Ley 9ª de 1951 fue expedido el Decreto 1.392, de 10 de junio de 1952, por el cual se dispuso que el Departamento de Córdoba elegirá tres (3) Senadores y cuatro (4) Representantes.

En consecuencia, se concretó el número máximo de Parlamentarios que podía, desde entonces, elegir la actual Circunscripción Electoral de Bolívar, atendido el mandato del citado artículo 15 de la Ley 9ª de 1951, o sea la diferencia entre los que antes elegía este Departamento y los que corresponde elegir al nuevo Departamento de Córdoba. Esto, por cuanto en ese artículo 15 se dice que el número de Parlamentarios que corresponde a los Departamentos de Bolívar y de Córdoba no puede exceder del que actualmente (en el año de 1951) elige el Departamento de Bolívar, es decir, de cinco (5) Senadores y once (11) Representantes, para ambas Circunscripciones Electorales.

En efecto: a)—**Senadores:**

Elegía la Circunscripción Electoral de Bolívar antes de 1951	5
Menos el número de Senadores que fueron señalados para el nuevo Departamento de Córdoba	3
Diferencia para Bolívar	2
Más uno (1) para completar el mínimo de tres (3) señalado en la Carta	1
Total de Senadores para Bolívar	3

b)—**Representantes:**

Elegía la Circunscripción Electoral de Bolívar antes de 1951	11
Menos el número de Representantes que elige el nuevo Departamento de Córdoba	4
Representantes para el Departamento de Bolívar	7

Posteriormente resulta que la distribución del número de Parlamentarios que elegía la antigua Circunscripción Electoral de Bolívar, vino a efectuarse entre ésta y la de Córdoba en virtud de las disposiciones pertinentes de los Decretos Legislativos números 26 y 27 de 1958, que fueron proferidos no sólo con invocación del artículo 121 de la Constitución, sino en el punto de que se trata, con fundamento en las facultades conferidas al Gobierno Nacional por el artículo 15 de la Ley 9ª de 1951.

El artículo primero de cada uno de los decretos números 26 y 27, ambos de 19 de febrero de 1958, últimamente citados, dice, respectivamente, lo siguiente:

a)—Decreto 26 de 1958:

"...Artículo 1º—En vista del nuevo censo de población efectuado el día 9 de mayo de 1951, aprobado por el Decreto legislativo número 1.905, de 19 de junio de 1951, y de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Nacional y el artículo 2º de la reforma plebiscitaria del día 1º de diciembre de 1957, las Circunscripciones Electorales en que actualmente se divide el territorio de la República, elegirán el número de Senadores que a continuación se indica:

"....Circunscripción Electoral de Bolívar, capital Cartagena, compuesta por el Departamento de Bolívar y la Intendencia de San Andrés y Providencia..... 4".

b)—Decreto 27 de 1958:

"...Artículo 1º—En vista del nuevo censo de población efectuado el día 9 de mayo de 1951, aprobado por el Decreto legislativo número 1.905, de 19 de junio de 1951, y de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Nacional, y el artículo 2º de la reforma plebiscitaria del día 1º de diciembre de 1957, las Circunscripciones en que actualmente se divide el territorio de la República elegirán el número de Representantes que a continuación se indica:

"...Circunscripción Electoral de Bolívar, capital Cartagena, compuesta por el Departamento de Bolívar y la Intendencia de San Andrés y Providencia..... 8".

En estos decretos el Gobierno Nacional, consecuente con la fijación del número de Parlamentarios que, en el máximo, podía elegir la Circunscripción Electoral de Bolívar hecha por la Ley 9ª de 1951 (art. 15) y atendida la reforma constitucional plebiscitaria de 1º de diciembre de 1957 (art. 2º), señaló en cuatro (4) Senadores y en ocho (8) Representantes el total de miembros del Congreso que le corresponden a la Circunscripción Electoral de Bolívar, en lugar de cinco Senadores (seis por paridad) y once Representantes (doce por paridad) que le correspondía designar con anterioridad a la creación del Departamento de Córdoba.

Encontrándose, pues, vigentes estos Decretos legislativos, fue proferido el Acto Legislativo número 4, de 24 de diciembre de 1959, en el cual, como se ha visto, se dispone que en ningún caso habrá Departamento que elija menos de tres (3) Senadores y tres (3) Representantes, "ni un número menor de los que hoy elige".

Posteriormente, en 1960 (25 de febrero), fue expedido el Decreto-ley 473, en el cual, con invocación del Acto Legislativo número 4 de 1959, del artículo 2º de la reforma constitucional plebiscitaria de 1º de diciembre de 1957, y, entre otras leyes, de la 9ª de 1951, se dispuso (artículo 1º) que "las Circunscripciones Electorales en que actualmente se divide el territorio de la República elegirán el número de Representantes que a continuación se indica.... Circunscripción Electoral de Bolívar, capital Cartagena, compuesta por el Departamento de Bolívar y la Intendencia de San Andrés y Providencia.....8".

Exequibilidad de las disposiciones acusadas

Es obvio que el Constituyente de 1959, con conocimiento del número de Parlamentarios que elegía cada Circunscripción Electoral de la República (y, naturalmente, con conocimiento de los que fueron señalados para la Circunscripción Electoral de Bolívar en las disposiciones acusadas y en el Decreto 27 de 1958), dispuso que ningún Departamento elegirá un número menor de Senadores y de Representantes de los que hoy elige (esto es, en diciembre 24 de 1959). Por tanto, a ese mínimo de Parlamentarios que elegía la Circunscripción Electoral de Bolívar, señalado en los Decretos 26 y 27 de 1958, quiso referirse y se refirió el constituyente al indicar que ese número, esto es, el no "**menor de los que hoy elige**", no puede ser disminuído.

Son, pues, exequibles el artículo 15 de la Ley 9ª de 1951 y el Decreto 26 de 1958, en lo que respecta al señalamiento que hacen del mínimo de Parlamentarios que corresponden a la Circunscripción Electoral de Bolívar, en atención a la acogida que a esas normas les hizo el Acto Legislativo número 4 de 1959.

Igual fundamento existe para encontrar exequible el artículo 1º del Decreto-ley 473, de 25 de febrero de 1960, en cuanto señala el mínimo de ocho (8) Representantes para la Circunscripción Electoral de Bolívar, ceñido a la mencionada reforma constitucional de 1959 (Acto Legislativo número 4).

RESOLUCION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de

Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional consagrada en el artículo 214 de la Carta y oído el señor Procurador General de la Nación,

DECLARA:

Primero.—Son exequibles: a) el artículo 15 de la Ley 9ª de 1951, en cuanto dispone que el número de Senadores y de Representantes de los Departamentos de Bolívar y Córdoba no puede exceder del que actualmente (en 1951) elige el Departamento de Bolívar; b) el artículo 1º de las Leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y 79 de 1960, que dieron fuerza legal, entre otros, al Decreto legislativo número 26 de 1958 (febrero 19), proferido con invocación del artículo 121 de la Constitución, en cuanto en el artículo primero de este decreto se señala en cuatro (4) el número de Senadores que elige la Circunscripción Electoral de Bolívar, y c) el artículo 1º del Decreto ley 473 de 1960 (febrero 25), en cuanto señala para la misma Circunscripción Electoral de Bolívar el número de ocho (8) Representantes

Segundo.—Por sustracción de materia, no hay lugar a proveer respecto de la acusación contra el artículo 15 de la Ley 9ª de 1951, en cuanto dio al Gobierno Nacional la facultad de señalar el número de Parlamentarios que les corresponde elegir a cada uno de los Departamentos de Córdoba y Bolívar.

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

Carlos Peláez Trujillo. — Ramón Araújo Grau.—Humberto Barrera Domínguez. — Luis Alberto Bravo. — Enrique Coral Velasco. — Roberto De Zubiría C.—Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Simón Montero Torres. — Efrén Osejo Peña.—Luis Fernando Paredes A.— Arturo C. Posada. — Gustavo Rendón Gaviria.— José Joaquín Rodríguez. — Julio Roncallo Acosta.—Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo. — Luis Carlos Zambrano. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º Y 2º DEL DECRETO NUMERO 3.346 DE 1959 SOBRE NOTARIADO Y REGISTRO, ASI COMO TAMBIEN DEL LITERAL C) DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS, DEL MISMO DECRETO

1.—Según el criterio de la Corte, expuesto en sentencia anterior, la Ley 19 de 1958 no autorizó al Ejecutivo Nacional para proveer a la reorganización del servicio público de Notariado y Registro, atribución que, por lo demás, reserva expresamente el artículo 188 de la Constitución Nacional a la ley. Ahora bien, el artículo 1º del Decreto 3.346 de 1959 pretende reformar los preceptos legales que establecían las condiciones para poder desempeñar los cargos de Notarios y Registradores, a saber, el artículo 3º de la Ley 40 de 1932 y el 5º de la Ley 188 de 1943. Así, pues, el artículo 1º del Decreto citado debe ser declarado inexequible. En consecuencia, las disposiciones legales que pretendieron reformarse, y que ya se citaron, continúan vigentes.

2.—Habiendo resuelto la Corte en anterior oportunidad que el Ejecutivo no recibió autorización expresa, de la Ley 19 de 1958, para disponer sobre los rendimientos de las Notarías y Oficinas de Registro; como tampoco la obtuvo para derogar el aporte y distribución establecidos en el Decreto número 1048 de 1957, en favor del Fondo Notarial Judicial, y proveniente aquél de las Oficinas de Registro, lógico es concluir que el artículo 23 del Decreto 3.346 de 1959 que se respalda en aquella Ley para suprimir dicho aporte, contraría el numeral 12 del artículo 76 de la Carta y, consecuencialmente, debe ser declarado inexequible. Igual suerte debe seguir el artículo C. del mismo decreto en vista de su estrecha vinculación con el 23 que se acaba de examinar, ya que modifica la destinación original del referido aporte. Por lo mismo, siguen vigentes los artículos 7º y 8º del Decreto número 0048 de 1957.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PLENA — Bogotá, D. E., marzo veinticuatro de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.)

El doctor Luis Galvis Madero, mayor y de este vecindario, poseedor de la cédula de ciudadanía número 1.110.222 expedida en Bogotá, en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional solicita se declare la inexequibilidad de los artículos 1º y 2º y parágrafo correspondiente, 15, 18 y parágrafo correspondiente, 20, 23 de las disposiciones generales, y letras B, C y D de las disposiciones transitorias del Decreto número 3.346 de 28 de diciembre de 1959, dictado por el Gobierno Nacional, "por ser violatorios de los artículos 43, 55, 76, 120, ordinal 8º, 188, 206, 207, 210, 218 de la Constitución Nacional, del artículo 13º del Decreto Legislativo número 247 de 1957 e inciso 4º del artículo 12º del texto indivisible de que trata el Decreto Legislativo número 251 de 9 de octubre de 1957".

Corrido el traslado de rigor al señor Procurador General de la Nación, éste emitió concepto solicitando no se accediera a la declaración de inexequibilidad impetrada por el demandante.

Considera la Corte:

Los artículos 1º y 2º del Decreto número 3.346 de 1959 ya han sido objeto de acusación ante esta Corporación y acerca de ellos ha recaído decisión de exequibilidad que ahora se reitera. Las razo-

nos para tal pronunciamiento se transcribirán más adelante.

En relación con los artículos 18 y 20 del Decreto acusado cabe decir lo mismo que se ha expresado sobre los preceptos anteriormente mencionados, esto es, que han sido materia de acusación y que la Corte se ha pronunciado ya sobre su exequibilidad. Al respecto manifestó la Corporación:

"Antes que todo conviene anotar que la Ley 19 de 1958 no contiene ninguna mención expresa sobre el servicio de Notariado y Registro. Alude sí en forma genérica a los servicios públicos para estos efectos: a) para pretender su ordenamiento racional (artículos 1º y 18); b) para autorizar que se reglamente la celebración de contratos con los Departamentos a fin de descentralizar algunos de esos servicios (artículo 20); c) para señalar, en desarrollo del artículo 198 de la Carta, los servicios públicos que deben quedar a cargo de los Municipios. Hace también referencia a "los servicios públicos nacionales" para autorizar la reforma del C. Político y Municipal con el objeto de organizar en ellos las jefaturas de personal y determinar los funcionarios que han de ser incluidos dentro del Servicio Civil y la Carrera Administrativa (artículos 7º y 11).

"El artículo 1º de la Ley 19 prescribe que la reorganización de la Administración Pública que el mismo estatuto regula, tiene varias finalidades, entre ellas la del "ordenamiento racional de los servicios públicos y la descentralización de aquellos que puedan funcionar más eficazmente bajo la dirección de las autoridades locales". El capítulo tercero de la misma Ley se refiere a ese ordenamiento racional de los servicios públicos y comprende los artículos 18 y 19, de los cuales atrás se transcribió el primero, que es el pertinente".

"Entendido, como debe serlo, en esta forma armónica el artículo 18 de la Ley 19 y teniendo en cuenta que al Congreso corresponde regular el servicio público, crear los empleos que éste demanda y fijar sus remuneraciones, según los artículos 76 y 132 de la Constitución, fácil es deducir que el Gobierno, con base en las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 26 de la Ley citada, podía crear y reglamentar, como lo hizo por el Decreto número 3.246 de 1959, la Superintendencia Nacional de Notariado y Registro como sección u organismo independiente del Ministerio de Justicia encargado de la función específica de vigilar la marcha del servicio público que prestan los Notarios y Registradores. Esto no se remite a duda. Los artículos 10 de la Ley 40 de 1932 y 2º del Decreto número 3.694 de 1954 (Leyes 2ª de 1958 y 105 de 1959) le asignan al Ministerio de Justicia la atribución administrativa de controlar y vigilar a los Notarios y Registradores, y es obvio que, al reorganizar ese Ministerio en desarrollo del artículo 18 de la Ley 19, le era posible al Gobierno crear la Superintendencia nombrada como dependencia señalada para desempeñar aquella función de vigilancia".

"...Como el artículo 18 no menciona de manera expresa y concreta el servicio de Notariado y Registro y como tal servicio no puede considerarse incluído, por su naturaleza especial, dentro de aquellos otros servicios públicos a que se refiere la misma disposición, concluyese que por este aspecto la reorganización autorizada por esa norma no podía extenderse al referido servicio de Notariado y Registro".

"...Este estatuto legal (Ley 19 de 1959) no menciona de manera expresa y concreta el servicio público de Notariado y Registro para ningún efecto relacionado con su reorganización o su reforma, ni él se halla comprendido dentro de aquellos otros servicios públicos de carácter administrativo a que se refiere el artículo 18 de la misma Ley. Los artículos 7º y 11 hablan en general de los "servicios públicos nacionales" para efectos concernientes a la Carrera Administrativa y el Servicio Civil, pero esta referencia genérica a todos esos servicios no permite concluir con certeza que dentro de ellos esté incluido el de Notariado y Registro, o por lo menos siembra una duda acerca de esta inclusión.

"Estos razonamientos conducen a la conclusión final de que las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la Ley 19 de 1958, no comprenden la de introducir reformas en el ordenamiento del servicio público de Notariado y Registro. Y aún en el supuesto de que esta conclusión ofreciera alguna duda relativa a la imprecisión de aquellas facultades, por causa de las referencias que en la misma Ley 19 se hacen a los servicios públicos nacionales, tal duda habría que resolverla en el sentido de tener por inexequibles los preceptos acusados.

"9)—El artículo 13 del Decreto número 3.246, de 28 de diciembre de 1959, dispone distribuir los rendimientos líquidos de las Notarías y Oficinas de Registro entre la Superintendencia Nacional y los Notarios y Registradores. Mediante esto dis-

tribución se deduce de los rendimientos dichos un porcentaje determinado que corresponde a la Superintendencia. Esta deducción, como es obvio, introduce una modificación en la remuneración que por ley corresponde a los expresados Notarios y Registradores. Como, según lo expuesto, no resulta claro que el Gobierno recibiera autorizaciones para reorganizar o reformar el funcionamiento del servicio de Notariado y Registro, síguese que el citado artículo 18 viola, en cuanto modifica la retribución de los Notarios y Registradores, los artículos 76 y 188 de la Constitución Nacional, que confieren al Congreso la atribución de organizar y reglamentar el servicio expresado, fijando por lo mismo la remuneración mencionada. Esta circunstancia es suficiente a demostrar que dicho precepto es inexequible".

"...El artículo 20 del Decreto en mención dispone que las sumas deducidas de los productos líquidos de las Notarías y Oficinas de Registro, serán manejadas dentro del Presupuesto Nacional con destino a sostener y desarrollar los fines generales contemplados en el mismo Decreto. Esta disposición crea en realidad una fuente de ingresos al Presupuesto Nacional y establece una inversión específica de los dineros respectivos, y ello sin estar consagrados por leyes anteriores ni encontrarse claramente comprendidas dentro de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1958. En consecuencia, dicho artículo 20 es asimismo inexequible por quebrantar los artículos 76, 207 y 210 de la Carta Constitucional, que atribuye al Congreso la facultad de establecer las rentas y fijar los gastos de la administración pública nacional". (Sentencia de 17 de marzo de 1961, en las demandas de inexequibilidad de los doctores Hernando Morales y Alfonso Isaza Moreno).

Artículo 15

Dice:

"Los Notarios y Registradores en las capitales de Departamento, cabeceras de Distrito Judicial y ciudades mayores de cincuenta mil habitantes, deberán ser abogados titulados, o haber ejercido el cargo por un período completo.

"Las calidades a que se refiere el inciso anterior deberán acreditarse ante el Tribunal del respectivo Distrito Judicial para efectos de la confirmación del nombramiento".

Sostiene el demandante que la disposición trascrita viene a reformar los artículos 5º de la Ley 168 de 1948 y 3º de la Ley 40 de 1932, infringiendo también el artículo 76 de la Carta, en su numeral 1º. En apoyo de sus puntos de vista transcribe los artículos de las mencionadas leyes que dicen:

"En lo sucesivo, los Notarios en las capitales de Departamento, cabeceras de Distrito Judicial y ciudades mayores de cincuenta mil (50.000) habitantes, deberán ser abogados titulados o haber ejercido el cargo por un período completo". (Artículo 5º de la Ley 168/48).

"Para ser Registrador se requieren las mismas condiciones que para ejercer la profesión de abogado, o haber desempeñado aquel cargo durante diez años en la cabecera de un Distrito Judicial". (Artículo 3º de la Ley 40/32).

Y arguye el demandante:

"Bien claro se ve que por medio del artículo 15 se refundieron las dos disposiciones, que contienen condiciones distintas para los Notarios de las señaladas para los Registradores procedimiento que reforma las disposiciones dichas, ya por adición ora por supresión, excediendo el poder dado por la Ley 19 tomada como base para la reforma, toda vez que las facultades extraordinarias por ella delegadas son precisas en la materia y en el tiempo. Por esa ley no se le otorgó al Ejecutivo la facultad de derogar ni reformar las leyes precitadas, ni al legislador podía hacerlo, porque es una de sus atribuciones privativas e indelegables".

Considera la Corte:

Como es fácil apreciar, las disposiciones que con anterioridad al Decreto 3.346 de 1959 establecían las condiciones para poder desempeñar los cargos de Notario y Registradores, se hallaban consagradas en las Leyes 40 de 1932 y 168 de 1948, es decir, normas expedidas por el Congreso Nacional. Y se ha visto que se ha pretendido reformar tales preceptos legales por medio del artículo 15 acusado. En primer lugar, incluyendo los dos artículos de dichas leyes en uno solo; y en segundo término, variando las condiciones necesarias para ser Registrador, ya que el artículo 3º de la Ley primeramente citada estatuye como una de ellas el "haber desempeñado aquel cargo durante diez años en la cabecera de un Distrito Judicial", y el artículo acusado modifica este ordenamiento disponiendo, en cambio, esto: "haber ejercido el cargo por un período completo". Salta a la vista, pues, lo sustancial de la reforma.

De otra parte, según el criterio de la Corte, antes expuesto, la Ley 19 de 1958 no autorizó al Ejecutivo Nacional para proveer a la reorganización del servicio público de Notariado y Registro. Por lo demás, tal atribución la reserva expresamente el artículo 188 de la Constitución Nacional a la Ley.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, el artículo 15 en examen debe ser declarado inexequible, ya que infringe textos de la Carta Fundamental citados por el demandante. En consecuencia, continúan vigentes los artículos 3º de la Ley 40 de 1932 y 5º de la Ley 168 de 1948.

Artículo 23 y Disposiciones transitorias

Ataca también el demandante el artículo 23 del Decreto 3.346 de 1959, que dice:

"Derógase los artículos 7º y 8º del Decreto 0048 de 1957, y demás disposiciones contrarias al presente Decreto".

Y, por último, se refiere la acusación a las letras B, C y D de las disposiciones transitorias, del mismo Decreto, que dicen:

"Artículo B. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 8º del Decreto número 0048 de 1957, destínase el cincuenta por ciento (50%) de lo que tenga recaudado y no comprometido el Fondo Rotatorio Judicial, por concepto del veinte por por ciento (20%) de las entradas brutas de las Oficinas de Registro, para la instalación y primeros gastos de la Superintendencia de Notariado y Registro".

"Artículo C. Mientras se inicia el recaudo de los porcentajes que se establecen en este Decreto, las Oficinas de Registro enviarán a la Superintendencia el 20% que venían consignando en el Fondo Rotatorio Judicial".

"Artículo D. El actual Departamento de Notariado y Registro del Ministerio de Justicia continuará funcionando hasta la iniciación de las labores de la Superintendencia".

Se sustenta la acusación en esta forma:

"El poder ejecutivo no tiene facultad por medio de la Ley 19 de 1958, para derogar ni revisar los decretos legislativos del gobierno dictados con abuso de facultades extraordinarias y aplicación del artículo 120 (sic) de la Constitución. Estos decretos debe revisarlos el congreso en virtud de su poder legislativo indelegable, tarea que ha venido adelantando en estas legislaturas.

Por ninguna parte de la Ley 19 de 1958 aparece de manera precisa delegado este poder, ni ello puede hacerse, pues la teoría que tal defienda y preconice va contra la constitución, que en ninguno de sus artículos autoriza la **delegación de las propias atribuciones legislativas** del congreso. (Subraya el acusador)".

En lo relativo a las disposiciones transitorias acusadas, dice el demandante:

"Para derogar disposiciones legislativas y disponer de las entradas al Fondo Rotatorio Judicial, no recibió autorizaciones el poder ejecutivo, porque entre otras razones allí no quedaron determinadas y esas facultades deben ser **precisas, claras y pro tempore.** La Ley 19 de 1958 precisó con claridad lo que se delegaba al ejecutivo. Allí no se hallan facultades para revisar ni derogar decretos legislativos. Falta la autorización para disponer de los dineros del Fondo Rotario Judicial. Con un decreto reglamentario no puede modificarse uno legislativo. Los artículos anteriores quebrantan la Constitución, pues infringen sus artículos 76 y 207, el último de los cuales dispone que no podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el congreso, ni transferirse ningún crédito a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto".

Considera la Corte:

Para la adecuada solución de estos nuevos aspectos de la demanda en examen, es conveniente dar a conocer el contenido de los artículos derogados por el 23 del Decreto número 3.346 de 1959. Ellos son del siguiente tenor:

"Artículo 7º—Las entradas brutas que mensualmente obtengan las Oficinas de Registro se distribuirán así: 80% para sueldos y sostenimiento de la respectiva oficina y 20% para aportar al 'FONDO ROTATORIO JUDICIAL' con destino a los fines del mismo, previstos en el Decreto 1.709 de 1954.

"Facúltase al Ministerio de Justicia para exonerar del aporte a que se refiere el inciso anterior a aquellas oficinas cuyas entradas brutas mensuales, según los datos del Departamento de Notariato y Registro sean inferiores a $ 600.00 mensuales.

"Artículo 8º—El aporte de que trata el artículo anterior se destinará, preferencialmente, a adquirir los elementos y contratar los servicios que el Ministerio de Justicia considere necesarios para facilitar la ulterior nacionalización de las Oficinas de Registro". (Decreto 0048 de marzo 16 de 1957, en uso de las facultades del artículo 121 de la Carta).

Se observa, pues, que el Decreto acusado deroga expresamente los artículos 7º y 8º del Decreto número 0048 de 1957, que establecen normas sobre aporte de las Oficinas de Registro al Fondo Rotatorio Judicial, exoneración del mismo y su destinación especial. Es decir, elimina el 20% que venía recibiendo el mencionado Fondo como participación de las entradas mensuales de las Oficinas de Registro.

En lo concerniente a los artículos B. y D. transcritos, puede decirse que constituyen por su denominación y contenido preceptos de carácter transitorio pues su simple lectura así claramente lo demuestran. De manera que, al haber agotado ellos toda su eficacia en el tiempo, no resta materia jurídica para pronunciamiento de fondo.

En relación con el artículo C., se aprecia que es una disposición íntimamente ligada con el artículo 23 acusado por razón de que éste deroga los artículos 7º y 8º a que antes se hizo alusión, que son los que crean el aporte del 20% para el Fondo Rotatorio Judicial.

De modo, pues, que habiendo resuelto ya la Corte que el Ejecutivo no recibió autorización expresa, de la Ley 19 de 1958, para disponer sobre los rendimientos de las Notarías y Oficinas de Registro; como tampoco la obtuvo para derogar el aporte y distribución establecidos en el Decreto número 0048 de 1957, en favor del Fondo Rotatorio Judicial, y proveniente aquél de las Oficinas de Registro, lógico es concluír que la disposición que se respalda en aquella Ley para suprimir dicho aporte contraría el numeral 12 del artículo 76 de la Carta y, consecuencialmente, debe ser declarada inexequible. Igual suerte debe seguir el artículo C. acusado en vista de su estrecha vinculación con el 23 que se acaba de examinar, ya que modifica la destinación original del referido aporte. Por lo mismo, siguen vigentes los artículos 7º y 8º del Decreto número 0048 de 1957.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

1º—En cuanto se refiere a los artículos 1º, 2º, 18 y 20 del Decreto número 3.346 de 1959, estése a las decisiones de 17 de marzo de 1961 a que se alude en la parte motiva de esta providencia.

2º—Son inexequibles los artículos 15, 23 y C. del Decreto acusado.

3º—En lo relativo a los artículos B. y D., de las Disposiciones Transitorias del Decreto acusado, no hay lugar a pronunciamiento de fondo, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta sentencia.

4º—Comuníquese esta decisión al señor Ministro de Justicia para los efectos a que haya lugar.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Carlos Peláez Trujillo. — Ramiro Araújo Granados. — Humberto Barrera Domínguez. — Roberto De Zubiría C. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Simón Montero Torres.— Salvo mi voto, Efrén Osejo Peña. — Luis Fernando Paredes A. — Arturo C. Posada. — Luis Alberto Bravo. — José Joaquín Rodríguez. — Gustavo Rendón Gaviria. — Enrique Coral Velasco.— Julio Roncallo Acosta.—Ángel Martín Vásquez A. — Primitivo Vergara Crespo. — Luis Carlos Zambrano. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR EFRÉN OSEJO PEÑA

Como en los salvamentos redactados con ocasión de las sentencias de fecha 17 de marzo del año en curso, expuse los motivos o razones de mi voto disidente, en cuanto a las materias ya juzgadas, me remito a lo ya dicho o expuesto en ellos.

Sobre la declaración de inexequibilidad del ar-

ticulo 15 del Decreto, no comparto la opinión de que el Gobierno, en ejercicio de las facultades dadas conforme al numeral 12 del artículo 76 de la Constitución, no pueda reformar, modificar o derogar las leyes preexistentes, en armonía con las precisas autorizaciones recibidas; porque estos decretos-leyes, a diferencia de los legislativos dictados con fundamento en el artículo 121, tienen la calidad de permanentes, como también la virtud de derogar y modificar las leyes, mientras que éstos solamente pueden suspenderlas y dejan de regir en cuanto se levanta el estado de sitio.

Respecto de que la Ley 19 de 1958 no haya dado facultad al Gobierno para reorganizar el servicio de notariado y registro, según lo expresé en los otros salvamentos, no comprendo cómo si tuvo competencia para reorganizar la antigua Sección de Notariato y Registro del Ministerio de Justicia, a fin de sustituirla con la Superintendencia de Notariado y Registro, no la tenga en relación con los notarios y registradores que hacen parte de ésta, o quizás mejor, constituyen la materia, el objeto mismo de la reorganización o la sustancia legislada, porque sin notarios y registradores, sobra la Superintendencia que sustituye a la antigua Sección del Ministerio citado.

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña.

NO HAY LUGAR, POR SUSTRACCION DE MATERIA, A PRONUNCIAMIENTO ALGUNO CONTRA EL DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 2.458 DE 20 DE AGOSTO DE 1954, POR EL CUAL SE DECLARARON DE UTILIDAD PUBLICA ALGUNOS INMUEBLES DEL MUNICIPIO DE GIRARDOT

Demandada la inexequibilidad de la Ley 2ª de 1958, la Corte declaró su constitucionalidad por sentencia de fecha 11 de agosto de 1958 y estimó, en ese fallo, que los Decretos a que se refiere el artículo 1º de la citada Ley, dejaron de existir como tales y su contenido quedó incorporado por referencia en el texto de la ley, de modo que actualmente rigen como leyes y derivan de ella su fuerza obligatoria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PLENA — Bogotá, D. E., marzo veinticuatro de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

El doctor Eustorgio Sarria, ciudadano identificado con la cédula de ciudadanía número 4301366, expedida en Bogotá, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, pide se declare inexequible el Decreto Legislativo número 2.458 de 20 de agosto de 1954, dictado por el Gobierno Nacional con invocación del artículo 121 de la Carta.

El Decreto acusado, "por el cual se declaran de utilidad pública algunos inmuebles y se confieren autorizaciones al Municipio de Girardot para solucionar un problema social", establece lo siguiente:

"Artículo 1º—Declárase de utilidad pública los terrenos y mejoras de los barrios Jorge Eliécer Gaitán, Santander, San Antonio, Alto del Rosario, Buenos Aires y Santa Helena de Girardot, comprendidos dentro de los siguientes linderos..." (Aquí los que aparecen en el texto del artículo).

"Artículo 2º—Autorízase al Municipio de Girardot, para expropiar dichos terrenos y mejoras si no fuere posible llegar a un arreglo amigable con sus dueños, quedando asimismo autorizado para hacer con entidades bancarias las operaciones de crédito del caso".

"Artículo 3º—Autorízase al Municipio de Girardot, para vender y adjudicar a particulares, de preferencia a los actuales ocupantes, lotes y casas dentro de los terrenos señalados en el artículo 1º, con la obligación de destinar el producido de tales ventas y adjudicaciones a la amortización de las deudas que con base en el presente Decreto se contraigan".

"Artículo 4º—Es entendido que mientras el Municipio adelanta las negociaciones y acciones a que diere lugar el presente Decreto, se suspenderá toda acción contra los actuales ocupantes de los terrenos que el presente Decreto declara de utilidad pública, por razón de su ocupación o posesión".

"Artículo 5º—El presente Decreto rige desde la fecha de su expedición".

Estima el acusador que el Gobierno al expedir el referido Decreto, lo hizo fuera del marco constitucional, con evidente menoscabo del régimen de la propiedad privada y de la autonomía del Municipio colombiano. Que el acto acusado en nada ha contribuído, ni podía contribuir, al restablecimiento del orden público, alterado por causas políticas, por lo que la Rama Ejecutiva del Poder Público, asumió de modo arbitrario, la función de la Rama Legislativa, "con lo cual incurrió en usurpación de poder" y, "en todo caso, sin equívocos, violó el artículo 121 de la Constitución Política". También señala como infringidos los artículos 5, 16, 30, 33, 55, 76, 183, 196 y 197 de la Carta y, al efecto, hace un detenido análisis so-

bre los diversos aspectos de su violación.

El Procurador General de la Nación, al dar su concepto, se remite a lo expresado por él con ocasión de la demanda de inexequibilidad de los Decretos 3.114 de 1954 y 1.272 de 1955, en cuya oportunidad expuso que "a partir de la fecha en que fue sancionada la Ley 2ª de 1958, todos los Decretos expedidos invocando el artículo 121 de la Constitución, dejaron de existir como tales y, en su lugar, vinieron a regir los mandatos que aquéllos contenían en su condición de leyes", por lo que opina que la demanda de inexequibilidad que se estudia ha debido promoverse contra la citada Ley 2ª de 1958 en cuanto incorporó en su contenido el Decreto acusado. Que en el presente caso opera lo que la jurisprudencia ha denominado "sustracción de materia", y concluye solicitando que la Corte "se abstenga de pronunciarse sobre los preceptos acusados en el sentido en que lo pide el demandante".

La Corte considera:

La Ley 2ª de 1958, en su artículo 1º dispuso: "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 expedición de la presente ley". Luego, la Ley 105 de 1959 prorrogó sus efectos hasta el 31 de diciembre de 1960 y, posteriormente, la Ley 79 de 1960 amplió su fuerza legal hasta el 31 de diciembre de 1961.

Demandada la inexequibilidad de la Ley 2ª de 1958, la Corte declaró su constitucionalidad por sentencia de fecha 11 de agosto de 1959 y estimó, en ese fallo, que los Decretos a que se refiere el artículo 1º de la ley acusada dejaron de existir como tales y su contenido quedó incorporado por referencia en el texto de la ley, de modo que actualmente rigen como leyes y derivan de ella su fuerza obligatoria. Como las disposiciones acusadas del Decreto número 2.458 de 20 de agosto de 1954 fueron dictadas por el Gobierno Nacional con invocación del artículo 121 de la Constitución y estaban vigentes al tiempo de la expedición de la citada Ley 2ª de 1958, es preciso concluir que la Corte no puede hacer pronunciamiento jurisdiccional de mérito por haber desaparecido la materia de la acción instaurada, por su incorporación en el estatuto de la Ley 2ª de 1958 y porque las disposiciones demandadas no lo han sido como parte integrante de esta Ley.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y en ejercicio de la jurisdicción que le confiere el artículo 214 de la Constitución, declara que no hay lugar a pronunciamiento alguno sobre las disposiciones acusadas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Gobierno e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Carlos Peláez Trujillo. — Ramiro Araújo Grau. — Humberto Barrera Domínguez. — Luis Alberto Bravo. — Enrique Coral Velasco. — Roberto De Zubiría C. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Simón Montero Torres. — Efrén Osejo Peña. — Luis Fernando Paredes A. — Arturo C. Posada. — Gustavo Rendón Gaviria. — José Joaquín Rodríguez. — Julio Roncallo Acosta.—Angel María Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo. — Luis Carlos Zambrano. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

SE DECLARA EXEQUIBLE EN PARTE Y EN PARTE INEXEQUIBLE EL PROYECTO DE LEY POR EL CUAL SE DICTAN NORMAS EN RELACION CON LA ESTAMPILLA DENOMINADA "BODAS DE ORO DEL ATLANTICO"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PLENA — Bogotá, D. E., marzo veinticinco de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.)

La Presidencia de la República ha enviado a la Corte, para los fines constitucionales correspondientes, el proyecto de ley "por la cual se dictan normas en relación con la estampilla denominada 'Bodas de Oro del Atlántico' ", en vista de que el Congreso Nacional declaró infundadas las objeciones que a dicho proyecto le formuló el señor Presidente.

El texto del mencionado proyecto es el siguiente:

"El Congreso de Colombia, DECRETA:

"Artículo 1º—La estampilla denominada 'Bodas de Oro del Atlántico', creada por la Ley 27 de 1949, podrá seguir siendo cobrada en todo el territorio del Departamento del Atlántico hasta el 31 de diciembre de 1977.

"Artículo 2º—La emisión de la estampilla se hará hasta por la suma de quince millones de pesos ($ 15.000.000.00) por parte del Gobierno Nacional, en series de un centavo, cinco centavos, diez centavos, un peso, tres pesos, cinco pesos, diez pesos y veinte pesos. Esta emisión se entregará al Departamento del Atlántico y su uso y aplicación se limitarán sólo a este Departamento.

"Artículo 3º—Autorízase a la Asamblea Departamental del Atlántico para que determine el empleo, tarifa discriminatoria y demás asuntos inherentes al uso obligatorio de la estampilla 'Bodas de Oro del Atlántico' en todas las operaciones que se lleven a cabo en aquel Departamento y sobre las cuales tenga jurisdicción la referida corporación.

"Artículo 4º—Autorízase a los Concejos Municipales del Atlántico, para hacer obligatorio el uso de la estampilla en los actos municipales.

"Artículo 5º—La junta especial de que trata el artículo 10 de la Ley 27 de 1949, de la cual formará parte también el Alcalde de Barranquilla, seguirá con la obligación del recaudo respectivo, conforme a las normas que dicten la Asamblea del Atlántico y los Cabildos Municipales del Departamento.

"Artículo 6º—La totalidad del producto representado por la estampilla 'Bodas de Oro del Atlántico', la aplicará la Junta de que trata el artículo 6º de esta Ley, así:

"a)—Veinte por ciento (20%) para la dotación del Palacio Municipal y construcción del Palacio Departamental en el Centro Cívico de Barranquilla;

"b)—Quince por ciento (15%) para la dotación y sostenimiento del nuevo Hospital General de Barranquilla;

"c)—Diez por ciento (10%) para el sostenimiento del Hospital Infantil San Francisco de Paula de Barranquilla;

"d)—Cinco por ciento (5%) para el sostenimiento del Hospital del Niño Jesús de Barranquilla;

"e)—Quince por ciento (15%) para el sostenimiento y dotación de nuevos puestos de Salud y Servicios de Maternidad, en municipios del Atlántico distintos de Barranquilla, según distribución que hará la Secretaría de Salud Pública de dicho Departamento;

"f)—Diez por ciento (10%) para la construcción de la Catedral de Barranquilla;

"g)—Cinco por ciento (5%) para la construc-

ción de la Casa de los Sindicatos de Barranquilla, que deberá disponer de servicios escolares para los obreros sindicalizados y para sus hijos;

"h)—Cinco por ciento (5%) para la construcción del Teatro Municipal que adelanta la Sociedad de Mejoras Públicas de Barranquilla;

"i)—Diez por ciento (10%) para el sostenimiento de escuelas de educación primaria en municipios del Departamento del Atlántico distintos de Barranquilla, de acuerdo con distribución que hará la Secretaría de Educación Pública en dicho Departamento, y

"j)—Cinco por ciento (5%) para la construcción de un Hospital regional en Santo Tomás.

"**Artículo 7º**—Con el exclusivo fin de atender a la construcción del Hospital de Barranquilla, el Gobernador del Departamento del Atlántico seguirá autorizado para establecer las siguientes sobretasas: 10% (DIEZ POR CIENTO) sobre el valor de las boletas de loterías de otros departamentos que se vendan en el territorio del Departamento del Atántico.

"10 centavos por cada botella de vinos nacionales que se consuman en el Departamento del Atlántico.

"20 centavos por cada botella de licores producidos en otros departamentos que se consuman en el Departamento del Atántico.

"40 centavos por cada botella de licores extranjeros que se consuman en el Departamento del Atlántico.

"**Parágrafo.**—Igualmente seguirá autorizado el Alcalde de Barranquilla para establecer una sobretasa del 10% sobre el valor de las entradas en espectáculos públicos y el producto de esta sobretasa se destinará íntegramente al incremento de la educación primaria de dicha ciudad.

"**Artículo 8º**—Las autorizaciones a que se refiere el artículo anterior sólo tendrán vigencia hasta que se recaude por dichos conceptos la suma de VEINTE MILLONES de pesos ($ 20.000.000.00).

"**Artículo 9º**— Quedan derogados los Decretos Extraordinarios 1.118 de 1954, 1.678 de 1954, 0051 de 1957 y las demás disposiciones que sean contrarias a la presente Ley.

"**Artículo 10º**—Esta Ley regirá desde su sanción".

LAS OBJECIONES

El señor Presidente de la República objeta el proyecto de ley en los términos que se transcriben a continuación:

"Honorables Senadores y Representantes:

"Las necesidades que se pretenden satisfacer con la ley aprobada por el Congreso, 'por la cual se dictan normas en relación con la estampilla denominada 'Bodas de Oro del Atlántico', no dejan lugar a dudas sobre la intención patriótica, compartida por el Gobierno, de que los poderes públicos nacionales se vinculen efectivamente a la celebración del cincuentenario del Departamento del Atlántico, que por su cultura, su progreso, su espíritu cívico, es digno de la mayor admiración. A tal finalidad atendió oportunamente el Congreso al expedir la Ley 162 del año pasado, que destina varias partidas para obras de beneficio en esa región y autoriza la garantía del Estado para algunos empréstitos que contraigan el Departamento y el Municipio de Barranquilla.

"Sin embargo, el Gobierno observa que conforme al artículo 204 de la Constitución Nacional ninguna contribución indirecta ni aumento de impuesto de esa clase puede comenzar a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que lo establece o lo aumenta. En el proyecto aprobado, la cuantía de la emisión para la estampilla 'Bodas de Oro del Atlántico' se aumenta a la suma de **quince millones de pesos** ($ 15.000.00.00) y se dispone además que la ley regirá desde su sanción, lo cual significa que omite el cumplimiento de la norma constitucional citada.

"En el artículo 7º se autoriza al Gobernador del Atlántico y al Alcalde de Barranquilla para establecer las sobretasas que en él se relacionan como contribución indirecta que sería recaudada por la 'Junta Pro-Bodas de Oro del Departamento del Atlántico' hasta completar la cantidad de **veinte millones de pesos** ($ 20.000.000.00). Esa autorización contraría el texto del artículo 43 de la Carta, según el cual, en tiempo de paz, solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales pueden imponer contribuciones.

"Ha sido preocupación del Gobierno someter la administración a las normas de la técnica presupuestal como medio adecuado y conveniente de aplicar la inversión de los recaudos públicos. Esa conducta se quebrantaría si, como ocurre en la mencionada ley, se les dá destinación especial, lo cual es sin duda, altamente inconveniente.

"Estas razones hacen que el Gobierno, con todo respeto, objete en su conjunto, por inconstitucionalidad, el proyecto de ley a que se ha hecho referencia.—(Firmado) ALBERTO LLERAS. -(Firmado) El Ministro de Hacienda, Hernando Agudelo Villa".

LA INSISTENCIA DE LAS CAMARAS

Tanto el Senado como la Cámara de Representantes en sus sesiones del 7 de diciembre y del 2 de noviembre de 1960, en sus respectivas comisiones, declararon infundadas las objeciones del Gobierno.

Del informe de la Comisión de la Cámara que en el fondo coincide con el de la del Senado, se reproducen los siguientes apartes:

"Las objeciones se hacen recaer concretamente sobre los artículos 7º y 10º del proyecto aprobado, los cuales, para mayor claridad, entraremos a estudiar obedeciendo el orden en que aparecen expuestas:

"El Ejecutivo, al referirse al artículo 10º en cita, después de reconocer y compartir la intención patriótica del proyecto, dice: "Sin embargo, el Gobierno observa que conforme al artículo 204 de la Constitución Nacional ninguna contribución directa ni aumento de impuestos de esta clase puede comenzar a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que lo establece o lo aumenta. En el proyecto aprobado, la cuantía de la emisión para la estampilla 'Bodas de Oro del Atlántico' se aumenta a la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS ($ 15.000.000.00) y se dispone además que la ley regirá desde su sanción, lo cual significa que se omite el cumplimiento de la norma constitucional citada".

La Comisión, previo el análisis que ha hecho de la situación jurídica concreta concebida en el proyecto objetado, y en especial de los antecedentes e intenciones del mismo, considera que el razonamiento que hace el Ejecutivo, desprendido de la norma constitucional invocada, no es aplicable a lo que se estudia, por las siguientes razones:

"Si bien es cierto que el aludido proyecto aspira a convertirse en ley independiente, contentiva de una ordenación impersonal, general y objetiva, no lo es menos que no sería por medio de ella que vendría a crearse la contribución indirecta a que se refiere. En efecto, el artículo 1º es claro en el sentido de referirse, como lo hace, a una autorización dirigida a otorgar facultades para que pueda seguir siendo cobrado en todo el territorio del Departamento del Atlántico y hasta el 31 de diciembre de 1977 la estampilla denominada 'Bodas de Oro del Atlántico', ya creada por la Ley 27 de 1949. Esto es, para ser más claros, la contribución o sobretasa no tiene origen en el proyecto aprobado, sino en una ley anterior, cuya vigencia éste aspira a prolongar, lo cual indica que el término consagrado en el artículo 204 de la Constitución Nacional ya rigió y se cumplió para los efectos relacionados con la vigencia de esta ley. De consiguiente, creemos que no se puede exigir, en una sana interpretación de la norma, que dicho término rija igualmente para el proyecto, siendo que éste, como se ha visto, es en un todo dependiente de la ley que estableció la sobretasa. De no ser así se estaría en presencia de un extraño fenómeno de orden constitucional consistente en suspender una ley, cuya vigencia se quiere prolongar por otra, mientras ésta no cumpla el lapso de su promulgación. En otras palabras, se crearía una aberrante solución de continuidad.

"En lo atinente a la inconstitucionalidad del artículo 7º del proyecto, dice el Ejecutivo que este artículo autoriza al Gobernador del Departamento del Atlántico y al Alcalde de Barranquilla para establecer las sobretasas que en él se relacionan, como contribución indirecta que sería recaudada por la Junta Pro-Bodas de Oro del Departamento del Atlántico, y que esta autorización contraría el texto del artículo 43 de la Carta, según el cual, en tiempo de paz, solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales pueden imponer contribuciones.

"Es evidente que dicha norma constitucional —artículo 43 - impone esa rigurosa limitación como medida de control para garantizar la fuente representativa y popular que entre nosotros deben tener los tributos, pero la Comisión es de concepto que el artículo 7º, en su estricto sentido, lo que hace es autorizar al Gobernador del Departamento del Atlántico y al Alcalde de Barranquilla para que la sobretasa existente (Ley 27 de 1949) recaiga en la cuantía y con la destinación allí prevista sobre determinados productos de consumo y negocios que operan en el territorio de dicho Departamento. Así, pues, aun cuando dicho artículo, después de expresar que los citados funcionarios "seguirán autorizados", emplea erradamente el vocablo "establecer", no son éstos en realidad los que establecen la sobretasa

en cuestión, sino el legislador, concretamente, el Congreso, que es quien aparece regulando mediante el proyecto aprobado todas las medidas relacionadas con el cobro y organización de la aludida sobretasa.

"Desde el punto de vista puramente administrativo el artículo 7º que se comenta no tiene otra finalidad que la de investir de facultades, que no implican en modo alguno una delegación de las funciones del Congreso, al Gobernador del Departamento del Atlántico y al Alcalde de Barranquilla, para que éstos, dentro del límite de tales facultades, puedan dictar las providencias denominadas por los autores "actos-condiciones", que, como se sabe, no crean la situación jurídica a que se refieran, toda vez que para su validez, para no ser considerados como inexistentes, la situación que contemplen debe estar con anterioridad autorizada, prevista y organizada por las leyes o reglamentos que tengan carácter de leyes.

"Y es esto, precisamente, lo que ocurre con la autorización contenida en el tantas veces mencionado artículo 7º, ya que en otros términos, los funcionarios mencionados, en virtud de ella, sólo pueden asumir las funciones de ejecutores del ordenamiento legal, y en ningún caso, como lo afirma el Gobierno, las de creadores de la sobretasa vigente, a la cual el proyecto le introduce modificaciones en cuanto a su cobro, destinación y objeto".

EL CONCEPTO DEL PROCURADOR

El señor Procurador de la Nación conceptúa que el proyecto de ley en referencia es contrario a los artículos 43 y 204 de la Constitución, y pide que se declaren fundadas las objeciones que, por inconstitucionalidad, hizo el Gobierno.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1º—El proyecto de ley que se examina ha sido objetado en su conjunto. Mas a juicio de la Sala él regula dos materias distintas e inconfundibles: a) La estampilla denominada Bodas de Oro del Atlántico (artículos 1º a 6º); y b) La sobretasa sobre loterías, vinos, licores y espectáculos públicos (7º y 8º). Esta distinción sirve para definir más adecuadamente la tacha de inconstitucionalidad que al proyecto se le atribuye.

2º—En lo relativo al primer punto, esto es, la estampilla Bodas de Oro del Atlántico, el proyecto envuelve una autorización a la Asamblea del Departamento del Atlántico y a los Cabildos de dicha sección, para que puedan seguir percibiendo el gravamen existente, según la Ley 27 de 1949, determinen el empleo de la estampilla, tarifa discriminatoria y asuntos en que deba ser usada, de manera que, cuando tales entidades hagan uso de las autorizaciones, deberán sujetarse a lo que previene el artículo 204 de la Constitución. Es el mismo procedimiento que se adoptó en la ley antes citada, en la cual, no obstante que habla en su artículo final de que "regirá desde su sanción", lo cierto es que la estampilla comenzó a regir muchos meses después de los seis meses que señala el artículo 204 de la Carta, como lo acreditan los informes que ha tenido a su disposición la Sala. Proceso por demás explicable, ya que en desarrollo de la ley que da la autorización, la Asamblea debe expedir la Ordenanza respectiva y los Cabildos de los diferentes Municipios los Acuerdos de rigor. A lo anterior debe agregarse el tiempo que demanda la emisión por el Gobierno de las estampillas en sus distintas series. Además, la autorización del proyecto no constituye un mandato imperativo sino apenas una facultad. Serán, pues, la Asamblea y los Cabildos, dentro de la autonomía que le es propia, los que resolverán en definitiva si ejercitan o no la autorización. De modo, pues, que por este primer aspecto para la Corte no resulta que los artículos 1º a 6º sean contrarios al 204 de la Carta. Como tampoco lo son, el 9º y el 10º.

3º—En cuanto al otro impuesto (la sobretasa), es de observar que de él no trata la Ley 27 de 1949. Fue el Decreto extraordinario número 656 de 1953 el que autorizó al Gobernador del Atlántico y al Alcalde de Barranquilla para su establecimiento, señalando los porcentajes de la contribución según la naturaleza de los actos que daban lugar a él, iguales a los que señala el artículo 7º del proyecto. Aunque el precepto dice que tales funcionarios seguirán autorizados para establecer el tributo, la verdad es que el propio ordenamiento lo instituye. Y no debe olvidarse que el Congreso no tiene facultad para establecer impuestos departamentales, pues a ello se oponen las normas constitucionales sobre descentralización administrativa. Sus poderes al respecto se limitan a autorizar a las Asambleas y Cabildos respectivos para su creación. Lo adecuado, pues, habría sido facultar a la Asamblea del Departamento y a los Cabildos para que mantuvieran el gravamen y dictaran los reglamentos del caso, en

forma análoga a la adoptada para la estampilla. Sobre este punto es fundada la objeción presidencial, ya que al tenor de lo prescrito por el artículo 43 de la Carta, en tiempo de paz, sólo el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales pueden imponer contribuciones, y como se trata de gravamen que debe regir en el territorio del Departamento del Atlántico lo conducente era haber procedido en la forma indicada, conforme a lo estatuído en los artículos 191 y 197 de la Ley Fundamental.

La Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Constitución, oído el concepto del Procurador General de la Nación,

RESUELVE:

1º—Son exequibles los artículos 1º a 6º, 9º y 10º del proyecto de ley "por la cual se dictan normas en relación con la estampilla denominada 'Bodas de Oro del Atlántico'";

2º—Son inexequibles los artículos 7º y 8º del referido proyecto.

Comuníquese, cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Carlos Peláez Trujillo. — Ramiro Araújo Grau. — Salvo mi voto, Humberto Barrera Domínguez. — Salvo mi voto, Luis Alberto Bravo. — Salvo mi voto, Enrique Coral Velasco. — Roberto De Zubiría C. — Gustavo Fajardo Pinzón. — Salvo mi voto, José J. Gómez R. — Salvo mi voto, José Hernández Arbeláez. — Salvo mi voto, Enrique López de la Pava. — Salvo mi voto, Simón Montero Torres. — Efrén Osejo Peña. — Luis Fernando Paredes A. — Arturo C. Posada. — Salvo mi voto, Gustavo Rendón Caviria. — José Joaquín Rodríguez. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A.—Primitivo Vergara Crespo. — Luis Carlos Zambrano. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE OCHO MAGISTRADOS, POR CONSIDERAR QUE EL PROYECTO DE LEY POR LA CUAL SE DICTAN NORMAS EN RELACION CON LA ESTAMPILLA DENOMINADA "BODAS DE ORO DEL ATLANTICO" VIOLA EL ARTICULO 204 DE LA CONSTITUCION

El proyecto de Ley "por la cual se dictan normas en relación con la estampilla denominada 'Bodas de Oro del Atlántico'", que el señor Presidente de la República objetó en su conjunto, por inconstitucionalidad, no se limita a prorrogar la vigencia de la estampilla, que creó la Ley 27 de 1949, sino que ordena un aumento de $ 10.000.000.00 con destino a su emisión en el nuevo período, que el mismo proyecto extiende hasta el 31 de diciembre de 1977. Ello sin duda implica el establecimiento de un gravamen superior en mucho al que había sido ordenado anteriormente, y como el proyecto dispone en su artículo 10 que la ley comience a regir desde su sanción, resulta fundada la objeción que se le hace por el Gobierno, en el sentido de que viola el artículo 204 de la Carta, según el cual "Ninguna contribución indirecta ni aumento de impuesto de esta clase empezará a cobrarse sino seis (6) meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento".

Por esta razon salvamos nuestro voto en el fallo que precede.

Bogotá, D. E., marzo de 1961.

Luis Alberto Bravo. — Enrique Coral Velasco.— José Hernández Arbeláez. — Simón Montero Torres. — Humberto Barrera Domínguez. — José J. Gómez R. — Gustavo Rendón Caviria. — Enrique López de la Pava. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

INSISTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, FRENTE AL CONSEJO DE ESTADO, EN QUE LE CORRESPONDE CONOCER DE UNA DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD PROMOVIDA CONTRA EL DECRETO 2.807 DE 1960, "POR EL CUAL SE CONVOCA AL CONGRESO NACIONAL A SESIONES EXTRAORDINARIAS"

1.—**Mediante el artículo 41 del Acto Legislativo número 1º de 1945 (artículo 216 de la Constitución Nacional), a la regla general de competencia de la Corte en materia de exequibilidad, se le introdujo una excepción, como quiera que adscribió a lo Contencioso Administrativo el conocimiento de algunos decretos dictados por el Gobierno; pero para diferenciar estos actos, no tomó como norma o criterio que se tratara de decretos administrativos o legislativos, sino la facultad invocada para dictarlos. Por tanto, corresponde conocer a la Corte de la acusación contra los decretos dictados con base o en ejercicio de las facultades o atribuciones conferidas al Gobierno por los ordinales 11 y 12 del artículo 76 y del artículo 121 de la Constitución, cualquiera que sea su naturaleza, porque no se puede establecer una limitación no prevista en la disposición comentada, cuya claridad y precisión no permite desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del C. Civil).**

2.—**El decreto por medio del cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o una parte de ella, no tiene la calidad de simple acto administrativo, ni casa con las atribuciones ordinarias adscritas al Presidente de la República en el artículo 120 de la Constitución Nacional.**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PLENA — Bogotá, marzo veinticinco de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano)

El Consejo de Estado, en providencia de fecha diez (10) del pasado mes, ha resuelto el incidente de colisión de competencia positiva provocada por la Corte, así:

"1º—Afirmar la competencia del Consejo de Estado para conocer de las demandas formuladas por los doctores Guillermo Hernández Rodríguez y César Castro Perdomo ante esta Corporación y ante la H. Corte Suprema de Justicia, contra los decretos números 2.807 y 2.880 de 10 y 17 de diciembre de 1960, expedidos por el Gobierno Nacional;

"2º—En consecuencia, niégase la declaratoria de inhibición y solicítase a la H. Corte Suprema de Justicia la manifestación de insistencia o desistimiento correspondiente".

Con el fin de dar cabal fundamento a la insistencia de la Corte, para conocer privativamente de las dos demandas, se procede a hacer las siguientes consideraciones, comenzando por transcribir las principales disposiciones constitucionales de ineludible aplicación en este incidente.

I.—Disposiciones constitucionales.

"Artículo 118.—Corresponde al Presidente de la República, en relación con el Congreso:

"8º—Dictar, en los casos y con las formalidades prescritas en el artículo 121, decretos que tengan fuerza legislativa, que dejarán de regir al restablecerse el orden público". (Artículo 27 A. L. número 1º de 1945).

"Artículo 121.—En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración,

el Gobierno tendrá además de las facultades legales, las que conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes rigen para la guerra entre naciones.

"Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

"El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.

"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.

"..... ....

"Artículo 1º A. L. número 1º de 1960.—El Presidente de la República no podrá ejercer las facultades de que trata el artículo 121 sino previa convocación del Congreso en el mismo decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, ya sea por causa de guerra exterior o de conmoción interna. Esta convocación se hará para dentro de los diez días siguientes a la expedición de tal decreto. Si el Presidente no lo convocare, el Congreso se reunirá por derecho propio. En todo caso permanecerá reunido mientras dure el estado de sitio.

"El Congreso por medio de proposición aprobada por mayoría absoluta de una y otra Cámara, podrá decidir que cualquiera de los decretos que dicte el Gobierno en ejercicicio de las facultades extraordinarias del estado de sitio, pase a la Corte Suprema de Justicia para que decida sobre su constitucionalidad. La Corte fallará dentro del término de seis días, y si así no lo hiciere, el decreto quedará suspendido. La demora de los Magistrados en pronunciar el fallo es causal de mala conducta.

"Artículo 122.—En los casos de que trata el artículo 28 de la Constitución y el 33 del Acto Legislativo número 3 de 1910 (artículo 121 de esta Codificación), el Gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado para dictar las providencias de que tratan los dichos artículos (artículo 7º del Acto Legislativo de 1914).

"Artículo 214.—A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confiere ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

"Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

"En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación (artículo 53 del Acto Legislativo número 1 de 1945).

"Artículo 216.—Corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de esta Constitución. (Artículo 41 del Acto Legislativo número 1 de 1945)".

II.—Las demandas.

El doctor César Castro Perdomo, con fundamento en el artículo 214 de la Constitución demandó ante la Corte la declaración de inexequibilidad de los artículos 1º y 2º del Decreto número 2.807 de 10 de diciembre de 1960, en cuanto calificó "de extraordinarias las sesiones del Congreso a partir del 17 de diciembre de este año (1960) en forma indeterminada y en cuanto restringe las funciones constitucionales del Parlamento por un lapso indefinido".

Considera el actor violados los artículos 2, 20, 80, 76, 90, 102, ordinal 8º del artículo 118, 121 de la C. N., además del artículo 1º del A. L. número 1º de 1960.

Al mismo tiempo, el doctor Guillermo Hernández Rodríguez ejercitó, ante el Consejo de Estado, "la acción de nulidad consagrada en el artículo 66 del Código de lo Contencioso Administrativo, en relación con el decreto ejecutivo nacional número 2.807 de 10 de diciembre de 1960, sobre convocatoria del Congreso a sesiones extraordinarias basadas en la reforma del artículo 121 de la Constitución y con el decreto de la misma naturaleza y origen número 2.880 de 17 de diciembre de 1960, por el cual se determinan los negocios de que debe ocuparse el Congreso Nacional en dichas sesiones extraordinarias.

"No me mueve al presentar esta demanda in-

terés distinto del de facilitar a la jurisdicción competente la posibilidad de dirimir las discrepancias que se han presentado acerca de las atribuciones del Congreso cuando se reúne por derecho propio en estado de sitio. Con elevado y ecuánime criterio el señor Presidente de la República, ha sugerido públicamente las conveniencias de un tal pronunciamiento jurisdiccional".

"Las solicitudes que formulo para que sean resueltas dentro del contencioso de nulidad y por los trámites ordinarios, son las siguientes:

"**Primera.**—Que es nulo, y por lo tanto no tiene fuerza jurídica el artículo 2º del Decreto número 2.807 de 10 de diciembre de 1960 por medio del cual el Gobierno Nacional convocó al Congreso a sesiones extraordinarias a partir del 17 de diciembre de 1960, artículo que es del siguiente tenor:

"Artículo 2º—Además de ejercer las facultades que le confiere el artículo 1º del Acto Legislativo número 1 de 1960, el Congreso se ocupará durante las sesiones a que se refiere el artículo anterior y de acuerdo con lo establecido en el último inciso del artículo 68 de la Constitución, exclusivamente en los negocios que el Gobierno someta a su consideración.

"**Segunda.**—Que es nulo y por lo tanto no tiene fuerza jurídica el parágrafo del artículo 2º del mismo Decreto que es del siguiente tenor:

"**Parágrafo.**—Una vez iniciada la legislatura extraordinaria, el Gobierno indicará los negocios en que deba ocuparse el Congreso y presentará los proyectos de ley a que se refiere este artículo.

"**Tercera.**—Que es nulo y por lo tanto no tiene fuerza jurídica el Decreto del Ejecutivo Nacional número 2.880 de 17 de diciembre de 1960, por el cual se determinaron los negocios de que debe ocuparse exclusivamente el Congreso Nacional en sus sesiones extraordinarias convocadas por Decreto número 2.807 de 1960".

Con el fin de obtener la declaración de nulidad demandada, citó los artículos 2º, 55, 56, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 79, 80, 118, 119, 120 y 121 de la C. Nal.

En cuanto al procedimiento o competencia, dijo:

"a) Desde el punto de vista de la competencia externa invoco el ordinal 3º del artículo 141 de la Constitución y el artículo 216 de la misma Carta. Desde el punto de vista de la competencia interna señalo el ordinal 10º del artículo 34 del Código de lo Contencioso Administrativo en función del artículo 11 del Decreto Extraordinario número 4.120 de 1949. La acción ejercitada toma su fuerza en los artículos 66 y 82 del Código citado.

"b) Desde el punto de vista de la tramitación de la demanda invoco el artículo 136 en función de los artículos 125 y 132 del Código de lo Contencioso Administrativo".

En resumen, las dos demandas presentadas, la una ante la Corte y ante el Consejo de Estado, la otra, persiguen la misma finalidad, porque ejercitan acciones para ellas, bajo las denominaciones de inexequibilidad y de nulidad, pero que en el fondo producen los mismos resultados prácticos; de ahí que se imponga, con el fin de evitar sentencias contradictorias, se resuelvan o decidan por un mismo juzgador y en una misma sentencia.

III.—Competencia de la Corte.

En la providencia de fecha 20 de enero de este año, mediante la cual provocó competencia positiva al Consejo de Estado, la Corte afirmó que le correspondía el conocimiento privativo de las dos demandas, con base en los artículos 214 y 216 de la C. N., en consideración a que el decreto principal acusado se dictó en ejercicio de las atribuciones contenidas en el artículo 121, y reformado por el artículo 1º del A. L. número 1º de 1960.

En la citada providencia, en lo sustancial, expuso la Corte:

"En primer término, el Acto Legislativo número 1º de 1960 necesariamente debe considerarse como una norma que integra o hace parte del artículo 121 de la Constitución, al cual modifica y adiciona en forma sustancial, una vez que "el Presidente de la República no podrá ejercer las facultades de que trata el artículo 121, sin la previa convocatoria del Congreso en el mismo decreto en que declare turbado el orden público..."; de manera, pues, que todas las facultades del Presidente de la República conferidas por el mencionado artículo 121, quedaron condicionadas, para su válido ejercicio al decreto por el cual se convoque a sesiones al Congreso, con el fin de que pueda ejercer la facultad que le confiere el segundo inciso del artículo 1º del Acto Legislativo número 1 de 1960; en consecuencia, fluye la necesaria conclusión de que tal acto del Presidente, la convocatoria del Congreso a sesiones, tiene su fundamento en el artículo 121, porque la declaración de que se halla turbado el orden público conlleva la del estado de sitio, a la vez que la convocación del Congreso a sesiones, se deriva de tales declaraciones, en fuerza del artículo 1º

del Acto Legislativo número 1 de 1960, que impone este nuevo y esencial requisito para el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el mencionado artículo 121".

Así, pues, la Corte, sin definir el contenido de los decretos acusados, consideró de su conocimiento privativo las dos demandas; porque, en forma incuestionable, tienen asidero en las mencionadas disposiciones constitucionales; por tanto, como los artículos 214 y 216 no establecen ninguna limitación o condición, ni hacen distinción alguna respecto de la naturaleza de los actos acusados, dedujo lógicamente que la competencia le está atribuída privativamente, frente al Consejo de Estado.

IV.—Posición del Consejo de Estado.

Por el contrario, el Consejo de Estado, sin poner en tela de juicio que los decretos acusados se dictaron "en ejercicio de las atribuciones" de que trata el artículo 121 en armonía con el artículo 1º del A. L. número 1º de 1960, considera que la Corte solamente podrá decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los decretos dictados por el Gobierno cuando tengan la calidad de "legislativos"; pero como este atributo no puede predicarse del que declara "turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella", deduce que se trata de un simple decreto administrativo, según las normas consagradas en el artículo 120, numeral 6 y 7 de la C. N.; en consecuencia, dice que le compete conocer de las demandas de nulidad conforme al numeral 1º del artículo 84 de la Ley 167 de 1941; porque —agrega—: "Disponer de la fuerza pública, conservar y restablecer el orden, proveer a la seguridad interior y exterior de la Nación y declarar el estado de sitio para efectos de garantizar la estabilidad de las instituciones y la tutela de los intereses colectivos, constituyen funciones privativas y excluyentes del Presidente de la República que ejercita en virtud de las facultades ordinarias que le confiere el estatuto fundamental. Los decretos que expida para poner en movimiento esas potestades normales y corrientes, no pueden tener el carácter jurídico de ordenamientos extraordinarios. Ciertamente que tienen calidad de excepcional desde el punto de vista de su gran trascendencia para toda la Nación, pero precisamente por esa circunstancia se le confía al Presidente de la República la facultad de dictarlos. La valoración de los fenómenos y de los conceptos jurídicos debe hacerse en razón del contenido específico que les dan la Constitución y las Leyes, y no en función de apreciaciones simplistas que puedan tener especial significación en el lenguaje común, pero que carecen de trascendencia jurídica. Un decreto no es extraordinario en razón de la gravedad del suceso que lo ocasiona, sino en razón de la facultad que se ejercita y de su contenido de derecho".

En síntesis, pues, para el Consejo de Estado, el decreto por el cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, tiene la misma significación, el mismo contenido jurídico y la misma naturaleza de cualquier otro decreto administrativo, como el nombramiento de un empleado, un gobernador, por ejemplo, etc., etc., a la vez que pretende conciliar términos antagónicos, como "potestades normales y corrientes", pero "que tienen calidad de excepcional", mas "no pueden tener el carácter jurídico de ordenamientos extraordinarios".

Refiriéndose a la tesis de la Corte, en cuanto al fundamento de los decretos acusados, como a la interpretación de los artículos 214 y 216, dice:

"Es posible que las apreciaciones anteriores estén ceñidas a la letra de los artículos 214 y 216, pero no se ajustan exactamente a la estructura de nuestro sistema institucional, al espíritu de las reformas constitucionales de 1945 y 1960, ni al contenido jurídico del texto 121 de la Carta Política. Se parte del supuesto básico de que esta norma regula materias y facultades absolutamente homogéneas, idénticas en sus orígenes, naturaleza y objetivos, y se extraen las consecuencias lógicas que surgen en tales premisas. Pero si se analiza esta regla constitucional, se observa que en ella se contemplan hipótesis distintas, se establecen categorías jurídicas diferenciadas, y tipos heterogéneos de decisiones gubernativas, cuya índole incide directamente de la interpretación de las reglas de competencia.

"Los artículos 214 y 216 de la Carta señalan las respectivas esferas de competencia de la Corte Suprema de Justicia y de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las acciones de inconstitucionalidad. En esa delimitación de potestades se utilizaron los dos sistemas ordinariamente aplicados en la técnica legislativa: el de la cláusula general, y el de la enumeración de materias. En la primera de esas normas se sentó el principio de que corresponde a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la Constitución, pero se limitó el alcance de esa regla general a los casos taxativamente relacionados: proyectos de ley

objetados, leyes acusadas, y decretos-leyes (úsase este nombre en forma genérica e indiscriminada) autorizados por los artículos 76 —numerales 11 y 12— y 121. Con idéntico criterio, en la segunda norma se consagró la cláusula general de que la jurisdicción contencioso administrativa decidiría de las acusaciones de inconstitucionalidad dirigidas contra todos los decretos dictados por el Gobierno, con exclusión de aquellos cuyo conocimiento se había asignado a la Corte".

Después de estudiar la estructura del acto legislativo, la formación de las leyes según los artículos 76, 77, 79 de la C. N., de referirse a la definición de ley contenida en el artículo 4º del C. C., de mencionar la facultad concedida al Congreso en los numerales 11 y 12 del artículo 76 de la C. N. y de estudiar la modificación del artículo 41 del A. L. número 3º de 1910, expone estos conceptos:

"De acuerdo con ese propósito inicial, se distribuyó la competencia sobre las siguientes bases: a) la ley, los proyectos de ley y todos aquellos actos que sólo excepcionalmente expide el ejecutivo pero que en realidad corresponden a funcionarios normales del Congreso, es decir, todos los decretos que en una u otra forma participen de la naturaleza jurídica de la ley, se sometieron al control jurisdiccional de la Corte Suprema; y b) todos los decretos que en razón de sus facultades privativas dicte el Gobierno y en los cuales no asuma funciones propias del Congreso, se adscribieron al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Las dos disposiciones constitucionales, en todos los elementos que las integran, apuntan hacia ese objetivo concreto. De esta manera, la línea divisoria de la competencia se desenvuelve en torno a la noción de acto legislativo".

El Consejo de Estado, después de aludir al artículo 122 de la C. N., según el cual, el Gobierno debe oírlo previamente para hacer las declaraciones autorizadas por el artículo 121 ibidem, reitera y recalca su tesis así:

"Si a la Corte Suprema de Justicia sólo se le ha otorgado competencia para conocer sobre la exequibilidad de los proyectos de ley, de las leyes y de los decretos-leyes, y si la decisión que declara turbado el orden público y que convoca al Congreso a sesiones no pertenece a ninguna de esas categorías jurídicas, sino que, por el contrario, formal y materialmente, cae en la órbita constitucional de los poderes administrativos del Presidente de la República, es forzoso aceptar que aquella alta corporación jurisdiccional no está investida de las potestades necesarias para juzgar la exequibilidad de tal acto. Es este el sentido del artículo 214".

Expuesto el pensamiento del Consejo de Estado en la forma más completa posible, se procede a exponer los argumentos con los cuales se demuestra la competencia exclusiva de la Corte, para conocer de las demandas contra los decretos acusados.

V.- Interpretación de los artículos 214 y 216 de la C. N

1º El inciso 2º del artículo 149 de la codificación anterior, disponía: "Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación" (artículo 41 A. L. número 3º de 1910).

Como esta disposición no establecía limitación alguna respecto de los decretos, administrativos o legislativos, la Corte declaró inexequible el artículo 62 del C. C. A., en su primer inciso, en cuanto podían ser acusados ante lo contencioso administrativo por motivos de inconstitucionalidad de manera que la naturaleza de dichos actos no tenía influencia en la determinación de la competencia, pues bastaba que se los acusara como violatorios de la Constitución, para que el conocimiento le correspondiera privativamente a la Corte.

Mediante el artículo 41 del A. L. número 1º de 1945 (artículo 218), a la regla general de competencia de la Corte, se le introdujo una excepción, como quiera que adscribió a lo Contencioso Administrativo el conocimiento de algunos decretos dictados por el Gobierno; pero para diferenciar estos actos, no tomó como norma o criterio que se tratara de decretos administrativos o legislativos, sino la facultad invocada para dictarlos; por tanto, corresponde conocer a la Corte de la acusación contra los decretos dictados con base o en ejercicio de las facultades o atribuciones conferidas al Gobierno por los ordinales 11 y 12 del artículo 76 y del artículo 121 de la Constitución, cualquiera que sea su naturaleza, porque no se puede establecer una limitación no prevista en la disposición comentada, cuya claridad y precisión no permite desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 C. C.).

Por consiguiente, no puede introducirse limita-

ción ni especificación alguna a lo dispuesto en los artículos 214 y 216 de la C. N., porque, como bien lo anota el Consejo de Estado en su providencia, "nuestro derecho es de tipo legislado y no pretoriano, y la doctrina y la jurisprudencia tienen que acatar necesariamente el precepto escrito".

Ahora, como el decreto 2.607 se dictó en ejercicio de las facultades conferidas al Gobierno en el artículo 121 de la C., en armonía con la reforma introducida por el artículo 1º del A. L. número 1º de 1960, síguese en sana lógica que la competencia para conocer de las dos demandas le corresponde a la Corte, de acuerdo con los citados artículos 214 y 216.

2º—Además, no obstante su importancia institucional, le está vedada por la Carta al Consejo de Estado cualquiera ingerencia en la esfera regida por el artículo 121, si no es en cuanto al deber del Gobierno de oírle previamente a la declaración del estado de sitio (122); sin que, por lo demás, su dictamen posea en tal caso carácter obligatorio de ningún género (2º, 1º, 144).

Es, en efecto, por voluntad clara y terminante del Constituyente como a la Corte Suprema de Justicia está confiada la guarda de la integridad de la Constitución, por competencia privativa, general y subordinante: no a prevención ni por vía excepcional y subordinada (214). Y si a la jurisdicción de lo contencioso administrativo corresponde conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno "cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del art. 76 y el artículo 121 de la Constitución", esta circunscrita y excepcional competencia del Consejo de Estado, le prohibe, por lo evidente de sus términos, inmiscuirse en la órbita del artículo 121. Mucho menos hoy, ante el A. L. número 1 de 1960, cuya modificación aditiva del artículo 121 corrobora por modo clarísimo la privativa competencia de la Corte Suprema de Justicia, sin referirse para nada al Consejo de Estado, en la jurisdicción constitucional sobre la materia.

3º—Se interpretan las normas cuando por oscuridad o vacíos del texto, como se dijo antes, es necesario determinar su verdadera significación y alcance. Nunca —en el estado de derecho— cuando el imperativo es claro y terminante.

Y así como no sería de recibo que la Corte abdicara de la jurisdicción constitucional que le incumbe no por prerrogativa sino por deber indeclinable, tampoco puede admitir como valedera ninguna interpretación por respetable que ella sea, conducente a privarla en todo o en parte, por vía directa o indirecta, de aquella misma jurisdicción constitucional, evidente y expresa, para atribuirla a otro cuerpo, de alto rango sin duda, pero no contemplado a ese fin por el Constituyente, cuando confió a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución, como cabeza de una de las tres ramas iguales del Poder Público en la realización de los fines del Estado. (55).

4º—No considera la Corte que en modo alguno el Consejo de Estado haya pretendido ejercer jurisdicción sin tenerla legalmente. Pero estima que incumpliría la Corte al mismo tiempo con el más alto y el más elemental de sus deberes si no insistiera, como insiste en definitiva, al reafirmar su competencia para el conocimiento de la demanda propuesta ante el Consejo por el ciudadano doctor Guillermo Hernández Rodríguez.

VI.—Naturaleza del decreto que declara turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella.

Según lo expuesto por el Consejo de Estado, el decreto por medio del cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, tiene la calidad o naturaleza de un simple acto administrativo, que está dentro de las ordinarias y corrientes facultades del ejecutivo según el artículo 120; sin embargo, no comparte la Corte este criterio por las siguientes razones:

a) En la parte comentada, el artículo establece un juicio de relación, porque, supuesta la realización de un hecho, establece o reconoce una norma o "status", una vez que el acto del Gobierno según el artículo 121, no se reduce a reconocer turbado el orden público, sino que a la par declara "en estado de sitio toda la República o parte de ella", lo cual implica consecuencias jurídicas de trascendencia, objetivas e impersonales, como que inviste al Gobierno, ipso jure, de facultades legislativas en cuanto sean necesarias para el restablecimiento del orden público: de tal manera que esta declaración, a modo de acto condición, le confiere potestad legislativa de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 118 de la C. N.

Atribuir a la declaración de estado de sitio la condición de un simple decreto administrativo, no se compadece con los preceptos de la lógica, según los cuales el efecto no puede ser superior a

la causa; y así ocurriría con la tesis del Consejo de Estado que reconoce, en el Gobierno, la facultad de dictar decretos legislativos con posterioridad a la declaración de estado de sitio en toda la República o parte de ella, y sin embargo a este acto sólo le concede o reconoce una validez puramente administrativa, como si la facultad de legislar, conferida por el hecho de tal declaración, fuese una atribución ordinaria del ejecutivo comprendida dentro de la enumeración del artículo 120 de la C. N.

b) La declaración de estado de sitio en toda la República o en parte de ella, no solamente inviste al Gobierno de facultades legislativas, como acto condición, sino que toca numerosas disposiciones constitucionales, las cuales por lo menos en potencia, resultan afectadas, para pasar al acto en el momento mismo en que el Gobierno resuelva ejercer las facultades de que se halla investido como necesaria consecuencia del decreto expedido según el artículo 121. Con ello no se quiere significar —como lo ha dicho la Corte— "que los preceptos de la Carta puedan ser suspendidos, como las leyes, por el Presidente de la República, sino que aquellos que no son de obligatorio imperio en época de anormalidad, ceden automáticamente frente al cumplimiento de las disposiciones concretas que el Gobierno adopta, dentro de las facultades del artículo 121, para la guarda o el restablecimiento del orden". (T. LXXXIII, pág. 37).

Además, como consecuencia del decreto sobre declaración del estado de sitio, el Gobierno adquiere facultades, atribuciones o poderes, que ni el mismo Congreso tiene en circunstancias normales, como sucede con lo dispuesto en los artículos 204, 205, 206 sobe atribuciones, que el Gobierno puede modificar sin las limitaciones previstas en los dichos artículos para el Congreso.

Por tanto, el decreto sobre declaración de estado de sitio que confiere tales facultades y tiene tales consecuencias, no puede reputarse como un simple acto administrativo o de mera administración.

En la sentencia de fecha 19 de abril de 1955 de la Sala Plena de la Corte, se lee:

"Las facultades extraordinarias en estado de sitio pueden llegar a afectar los derechos individuales y sociales en forma más sensible que si lo hiciera el Congreso. Hay sin embargo preceptos constitucionales de obligatorio imperio en todo tiempo, a cuyo cumplimiento no puede sustraerse el Presidente cuando expide decretos de carácter legislativo.....". (G. J. Tomo LXXX, pág. 4).

c) Las especiales formalidades y requisitos que exige el artículo 121, para la expedición del respectivo decreto, como la de oír el concepto del Consejo de Estado en pleno, demuestra en forma por demás elocuente que no se trata de un simple decreto administrativo cuyo conocimiento estuviera atribuído al Consejo de Estado en el artículo 216 de la C. N., sino de un acto excepcional o extraordinario, porque entre estos dos conceptos no existe una diferencia específica, sino que ambos tienen el común denominador de "apartarse de la regla común", según las siguientes definiciones del diccionario:

"**Excepcional.** Que forma excepción de la regla común; que se aparta de lo ordinario o que ocurre rara vez.

"**Excepción.** Acción y efecto de exceptuar. Cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie.

"**Extraordinario.** Fuera del orden o regla natural o común".

VII.—Materias extrañas a la actual colisión de competencia.

Como las dos demandas fueron propuestas en ejercicio de la acción popular o pública, por dos ciudadanos, resulta del todo inoportuno anticipar concepto sobre la facultad del Congreso para acusar el decreto, con fundamento en el Acto Legislativo número 1 de 1960, fuera de que esta materia nada tiene qué ver con la colisión de competencia que aquí se resuelve.

Expresa el Consejo de Estado, en otra parte de la providencia comentada: "....en vista de esas circunstancias especiales, la doctrina y la jurisprudencia colombiana se han orientado en el sentido de que la declaración de estado de sitio, en cuanto se refiere a la oportunidad de formularla, vale decir, a la apreciación de si realmente se han presentado los hechos constitutivos de guerra exterior o de conmoción interna, está excluída de la censura jurisdiccional...".

Esta materia como la que atañe a "los aspectos formales de esa declaración", tampoco puede ser objeto de actual pronunciamiento, porque se relaciona con una cuestión de fondo, como la viabilidad y procedencia de la acción, que no puede decidirse sino en la sentencia definitiva.

El hecho de que en el decreto acusado, además del artículo 121 y del A. L. número 1º de 1960, se hubiese invocado el artículo 68 de la C. N., no

permite llegar a la conclusión de que se ha modificado la competencia de la Corte, porque si así fuera, sería tanto como dejarla a merced del Gobierno con el simple recurso de citar como concurrente cualquiera norma de la Constitución; y definir o resolver si las dos normas, vale decir, el artículo 121 con la reforma del A. L. de 1960 y el citado artículo 68 son compatibles, constituye la materia de fondo en la acusación, sobre la cual no puede emitirse concepto ahora, porque implicaría un prejuzgamiento, como tampoco puede anticiparse nada respecto de si el decreto permite un desdoblamiento de su contenido, para atribuir el conocimiento a distintas jurisdicciones, cuando quiera que sea acusado como violatorio de las normas constitucionales invocadas en el mismo.

En resumen, estima la Corte, primero, que los artículos 214 y 216 de la C. N. no exigen la calidad de decretos legislativos para que le competa conocer de las respectivas demandas, sino que basta se hayan dictado en ejercicio de las atribuciones conferidas en los ordinales 11 y 12 del artículo 76 o en el artículo 121; y segundo, el decreto por medio del cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o una parte de ella, no tiene la calidad de simple acto administrativo, ni casa con las atribuciones ordinarias adscritas al Presidente en el artículo 120 de la C. N.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el artículo 38 del C. Judicial, insiste en que le corresponde conocer de la demanda promovida por el doctor Guillermo Hernández Rodríguez, contra el Decreto número 2.807; y en consecuencia, ordena la remisión del respectivo expediente, previa citación de las partes.

Notifíquese.

Ramiro Araújo Gran. — Humberto Barrera Domínguez. — Luis Alberto Bravo. — Enrique Coral Velasco. — Roberto De Zubiría C.—Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Simón Montero Torres. — Enrique López de la Pava. — Efrén Osejo Peña.— Luis Fernando Paredes. — Carlos Peláez Trujillo. — Arturo C. Posada. — Gustavo Rendón Gaviria. — José Joaquín Rodríguez. — Julio Roncallo Acosta.—Angel Martín Vásquez A. — Primitivo Vergara Crespo. — Luis Carlos Zambrano.— Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

ACUSACION INFUNDADA, CON INVOCACION DE LAS CAUSALES SEGUNDA Y PRIMERA DE CASACION, CONTRA UNA SENTENCIA QUE DECLARO LA SIMULACION DE UNOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE Y ORDENO LA RESTITUCION DEL MISMO

1.—Interpretar la demanda es función del fallador de instancia, quien, como en la apreciación de pruebas, goza de autonomía; y esa interpretación prevalece, mientras contra ella no se demuestre un error de hecho evidente, o error de derecho.

2.—El exceso o defecto de los límites de la autonomía del Tribunal que, en términos generales, origina la incongruencia, debe encontrarse en la parte resolutiva, porque allí se concentra el imperio de la sentencia.

3.—Si fue el causante quien, por medio de la simulación, menoscabó la legítima, el heredero asume calidad de tercero frente a su causante y frente a quien con él celebró el contrato con estigma de simulación; condición de tercero que le abre las puertas para probar sin restricciones, como podría hacerlo cualquier acreedor actual, en cuyo perjuicio el deudor su insolventara por medio de contratos simulados.

4.—Cuando el Tribunal, como consecuencia de la declaración de simulación de los contratos que había celebrado el causante para enajenar el inmueble de que se trata, ordenó la restitución del mismo a la sucesión, no incurrió en inaplicación de los artículos 946, 950 y 1.325 del C. Civil, por carecer el actor de título, según lo afirma el impugnante de la sentencia, porque el título de quien reclama su legítima, es la ley que ese derecho reconoce a quien tal calidad demuestra.

5.—No es vulnerable el criterio del Tribunal cuando ve en la cadena de ventas hechas entre padre e hijo, primero, y después entre hermanos, prueba indicadora de la simulación. La jurisprudencia ha visto siempre con gran desconfianza las sucesivas ventas entre familiares de tan estrecha vinculo, intriga de familia que la doctrina denomina domestica fraus.

6.—Para la Corte de Casación Civil, a quien corresponde la guarda e interpretación doctrinaria de las leyes que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado civil de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles, la acción de simulación es prescriptible. "Si la cuestión es controvertible del punto de vista doctrinario, en derecho colombiano es indudable que la acción de simulación absoluta o relativa puede extinguirse por el transcurso del tiempo". (G. J. LXXXIX, 525).

7.—El término dentro del cual se consuma la prescripción extintiva de simulación es el ordinario de veinte años, establecido en el artículo 2.536 del C. Civil. Pero tal término —como lo tiene establecido la Corte— no debe comenzar a contarse a partir de la fecha en que se celebró el acto o contrato simulado, sino desde el momento en que aparece el interés jurídico del actor, ya que mientras él no existe la acción de simulación no es viable. En el caso de autos, tal interés jurídico surgió en el momento en

que el titular del inmueble lo ofreció en venta, es decir, trató de obrar como dueño. (Artículo 2.535, inciso 2º del C. Civil).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, marzo seis de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco)

ANTECEDENTES

Alvaro González Bernal, en su nombre y en representación de las sucesiones ilíquidas de sus finados padres Abelardo L. González y Primitiva Bernal v. de González y de la sociedad conyugal formada por éstos, llamó a responder en juicio ordinario a Guillermo, Sady, Abelardo, Luis y Paulina González Bernal, para que frente a éstos, en sentencia de mérito, se declare que son absolutamente simulados los contratos a que se refieren las siguientes escrituras públicas:

a) — La número 2.675 de 18 de noviembre de 1925, otorgada ante el Notario Segundo de Bogotá, por la cual Abelardo L. González dijo vender a Guillermo González Bernal, el inmueble referido en esa escritura y en la petición primera de la demanda:

b) — La número 972 de 20 de mayo de 1927, otorgada ante el Notario Cuarto de Bogotá, por la cual Guillermo González Bernal dijo vender ese inmueble a Sady González Bernal; y

c) — La número 5.009 de 6 de septiembre de 1943, de la Notaría Primera de Bogotá, por la cual Sady González Bernal dijo vender el mismo bien a Abelardo González Bernal.

Se afirma la simulación absoluta, "por cuanto en los vendedores no hubo intención de transferir el dominio ni en los compradores de adquirirlo: que no hubo precio ni entrega de la cosa; que el verdadero dueño lo fue hasta su muerte el señor Abelardo L. González y actualmente lo son las sucesiones y sociedad conyugal ilíquidas de los causantes, señores Abelardo L. González y María Primitiva Bernal viuda de González, de cuyo patrimonio no ha salido el bien, y las cuales se hallan representadas por mi poderdante y por los demás herederos que aceptaren la herencia en dichas sucesiones, los cuales herederos son los siguientes: Sady, Luis, Guillermo, Abelardo y Paulina González Bernal".

Se pide condenar al demandado Abelardo González Bernal "a restituir a las sucesiones y a la sociedad conyugal ilíquidas de los causantes González-Bernal, representadas por mi mandante y por sus demás herederos nombrados arriba, la finca denominada 'Niza', ubicada en el Municipio de Junín (Cundinamarca), comprendida por los linderos que se transcriben en la primera de las peticiones de esta demanda". Igualmente, se solicita ordenar a los Notarios Segundo, Primero, Cuarto de Bogotá y Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Gachetá, la cancelación de los títulos y registros correspondientes, y, también, la condenación en costas.

Por fin, en subsidio de la simulación, se impetra, "se declaren nulos, de nulidad absoluta, o inexistentes, por carecer también de requisitos esenciales para su validez jurídica, los contratos consignados en las escrituras que se mencionan en las peticiones primera, segunda y tercera de esta demanda".

Los veinticinco hechos del libelo, relatados en síntesis, son los siguientes:

Por motivos enteramente personales Abelardo L. González hizo venta simulada del inmueble "Niza" a su hijo Guillermo, quien posteriormente, por reconocer que la venta era ficticia y por orden de Abelardo, su padre, hizo venta en iguales condiciones a su hermano Sady, con el objeto de que éste, dadas su profesión, relaciones y posición, obtuviera un préstamo en el Banco Agrícola Hipotecario, lo que se logró según aparece de la escritura pública número 921 de 13 de marzo de 1929; pero, antes, el 2 de noviembre de 1928, Abelardo L. González, murió: entonces, Sady, de acuerdo con María Primitiva Bernal v. de González, su madre, y sus hermanos, hizo venta del inmueble a Abelardo, para que continuara en la administración de la hacienda, atendiera a los gastos de la familia y terminara de cancelar la obligación hipotecaria.

Se relata en los hechos que Abelardo L. González, adquirió el inmueble según escritura número 1.333 de 1º de agosto de 1925, con dinero de él y de su consorte, y que, algunas dudas "sobre el título inicial de dicha finca" lo llevaron a celebrar la primera escritura simulada y "talvez por temor a un futuro juicio". Igualmente se dice que en ninguno de los contratos de venta hubo entrega del inmueble, ni pago de precio y que si Abelardo L. González, no pudo arreglar la situación antes de morir fue porque permaneció recluído por largo tiempo en una clínica, víctima de grave enfermedad y que tampoco lo hizo María Pri-

mitiva Bernal v. de González fallecida el 19 de agosto de 1944, pues su última voluntad fue "que sus hijos permanecieran unidos dentro de la mayor hermandad y comprensión como lo habían venido siendo entre sí y para con su padre hasta su muerte".

En derecho se fundó la demanda en los artículos 1.494, 1.501, 1.502, 1.524, 1.618, 1.740, 1.741, 1.746, 1.781, 1.820 y demás pertinentes del C. Civil; 1º y 2º de la Ley 36 de 1905; 7.344 y siguientes del C. de P. Civil y demás disposiciones aplicables al caso.

Los demandados al contestar la demanda asumieron las siguientes actitudes:

1º—Guillermo González Bernal se opuso a la declaratoria de simulación del contrato contenido en la escritura número 2.875 de 19 de noviembre de 1925, Notaría Segunda de Bogotá, y propuso la excepción perentoria de prescripción de la acción. Se opuso, asimismo, a la declaración sobre simulación del contrato contenido en la escritura número 973 de 20 de mayo de 1927, porque la venta que allí consta es real y verdadera. Niega la existencia de nulidades absolutas, como todos los otros hechos.

2º—Abelardo González Bernal contestó la demanda fuera de tiempo, con la expresa manifestación de oponerse a todas y cada una de las declaraciones solicitadas en el libelo. Negó, como el anterior, la existencia de nulidades y los demás hechos.

3º— Paulina González Bernal, con un retundo "NO ME OPONGO" a que por el Juzgado se hagan las declaraciones solicitadas en el libelo de demanda, a excepción de la súplica de condenación en costas, en lo que a mi mandante se refiere, la dejó contradicha.

4º—Sady González Bernal dice no oponerse a que se hagan las declaraciones, acepta los hechos y los explica.

5º—Luis González Bernal no contestó la demanda.

La sentencia de primera instancia fue adversa a las pretensiones del actor. No así la de segunda, que, al revocar la anterior, declaró las simulaciones pedidas y ordenó la restitución (sentencia de 29 de noviembre de 1958), por lo cual el recurso de casación fue instaurado por el apoderado de Abelardo y Guillermo González Bernal, demandados.

LA SENTENCIA ACUSADA

a)—El Tribunal estudia la diferencia entre la acción de simulación y la de nulidad y, después de hacer el planteamiento teórico del problema, sigue la doctrina de la Corte, expuesta en sentencias que el Tribunal varias reproduce.

b)—Analiza en el caso de autos si el heredero demandante actúa en ejercicio de la acción que su causante hubiese podido proponer —acción heredada— o si lo hace en calidad de tercero —acción propia— en busca de reintegrar el patrimonio herencial y evitar el menoscabo de su legítima, para concluir por el segundo supuesto y, en consecuencia, por la libertad probatoria del actor para demostrar la acción.

c)—Encuentra el Tribunal, como móviles de la simulación, deducidos de la demanda y de las contestaciones de Sady y Paulina, de las posiciones absueltas por aquél y Luis González Bernal, como del memorando de los negocios de la familia hecho por Sady, los siguientes: "1º— Facilitar la administración del inmueble familiar colocando el dominio del mismo en cabeza de uno de los hijos mayores, quien debía responder del respectivo encargo fiduciario, en principio ante el padre y, posteriormente a la muerte de él a la madre y a los demás hermanos; 2º—Facilitar la consecución de un empréstito bancario con garantía hipotecaria del mismo inmueble, esto cuando el dominio estuvo aparentemente radicado en Sady, dadas las relaciones comerciales, políticas y profesionales de este último, y 3º—Que el padre, primer adquirente, éste sí real del inmueble, pensaba así solucionar dos lunares que se encontraban en su título de propiedad y que están consignados en su escritura de adquisición ya mencionada número 1.353, y los que son: a) Un derecho que se reservó el vendedor concebido en los siguientes términos: 'Que el otorgante se reserva el derecho de extraer los bosques del terreno vendido (sic) las maderas que necesite para el consumo de su finca, colindante mientras ésta no pase a terceros; y asimismo, se reserva el derecho al producto líquido en caso de explotación, deducidos gastos, de la tercera parte de los minerales que pudieran encontrarse en el terreno vendido', y b) En relación con un fideicomiso sobre el inmueble del que se expresa así la misma escritura: 'Que el terreno objeto de este contrato (sic) reconoció un fideicomiso a favor de Luis Carlos, Cecilia, Inés y Amelia Ruiz, hijos de los señores Marco Antonio Ruiz y Eufemia Rozo

de Ruiz, para el pago de mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente, los cuales fueron restituídos a sus dueños y el gravamen quedó totalmente extinguido, resuelto el contrato y cancelada la escritura en que se hizo figurar, según aparece del instrumento número 195 de 11 de febrero último expedido en esta Notaría".

ch)—Hace el estudio de la prueba demostrativa de la simulación acogiéndose al orden cronológico de las escrituras de compraventa del inmueble "Niza", de la siguiente manera:

"I.—Venta de Abelardo L. González a su hijo legítimo Guillermo de fecha 9 de noviembre de 1925. Puede tenerse como plenamente establecido en autos con las pruebas que se van a enunciar y a analizar detenidamente los siguientes puntos: 1º A la fecha del contrato, Guillermo, se repite hijo legítimo de Abelardo L., tenía la edad de 23 años (partida de folio 13 del cuaderno 1º); 2º En la época del contrato Guillermo vivía a expensas de su padre y carecía de patrimonio propio. Ello se deduce en forma plena de lo dicho por Sady al absolver las posiciones que le fueron solicitadas en la primera instancia (fls. 21 y siguientes, cuaderno 2º) y de lo afirmado por los testigos Excelino Rozo (fl. 25, cuaderno 2º), Félix Bernal y Luis Jiménez Beltrán (fl. 27 vto., cuaderno 2º). Excelino Rozo dice al respecto: 'Me consta que Guillermo González Bernal, carecía de patrimonio por los años de 1924 y 1925, porque no tenía profesión ni negocio ninguno. El vivía en la casa de los padres. Además, Abelardo González padre, me contó o me dijo por ese tiempo que él quería hacerle una escritura a Guillermo...'. Félix Bernal, afirma: 'Es verdad que por el año de 1925, el señor Guillermo González Bernal carecía de patrimonio y de dinero, pues él apenas cumplía la mayor edad, había estado estudiando y vivía a expensas de los padres, y lógicamente él no tenía plata con qué adquirir la finca...' y más adelante: '.....Guillermo no tenía con qué comprar la finca y la escritura que le hizo Abelardo L. González fue de confianza; pues en este tiempo para levantar tres mil pesos, era como levantar hoy cien mil. La escritura fue la número 2.875 de 19 de noviembre de 1925, corrida aquí en Bogotá, pero no recuerdo en cuál Notaría. Pero como digo su contenido es simulado, pues Guillermo no tenía dinero con qué pagar el precio de la finca'. 3º En las mismas pruebas enunciadas existe la constancia de que en ningún momento se desprendió el aparente vendedor de la posesión de la finca en cuestión, ni que ella hubiera sido adquirida por el aparente comprador, pues siempre siguió figurando ante propios y extraños como de propiedad del padre del comprador Guillermo. 4º En un principio, también ello aparece comprobado en debida forma, la intención del padre fue la de que el contrato aparente se efectuara con el hijo mayor Sady, pero tal cosa no se efectuó porque Sady iba a viajar hacia al exterior de la República, y 5º Es también importante constatar en esta sentencia que la totalidad del patrimonio que en ese entonces tenía la sociedad conyugal existente entre los cónyuges González Bernal y el patrimonio propio de cada uno de ellos fue reducido mediante diversas enajenaciones a la adquisición del inmueble objeto del litigio.

"De este cúmulo de indicios y pruebas puede deducirse que no fue serio el contrato de compraventa en cuestión y que sólo tiene la apariencia de una venta.

"II.—Venta de Guillermo a Sady en 1927.—Esta venta efectuada por un hermano legítimo al otro hermano legítimo durante la vida del padre común, está también afectada de simulación absoluta, como se hijo del contrato anterior, y ello aparece comprobado, tanto con elementos probatorios que se pusieron de presente al analizar el contrato contemplado en el aparte anterior, con lo dicho por el contratante Sady cuando absolvió las posiciones en la primera instancia y con la contestación que dio al libelo. El principal fin que se tuvo en mientes, tanto por el padre, quien seguía siendo el titular real del dominio como por los hijos, aparentes contratantes, era el facilitar una operación crediticia que se iba a gestionar con una entidad bancaria de esta ciudad.

"III.—Venta de Sady a Abelardo González Bernal en 1943.—Aun cuando ya había muerto el padre de ambos, cosa que tuvo lugar el 3 de noviembre de 1926 (partida de folio 10, cuaderno 1º), las relaciones familiares continuaban en el mismo pie de igualdad bajo el respeto de la madre sobreviviente y en forma fraternal, motivo por el cual para los componentes del grupo familiar aparecía como conveniente la no división del haber sucesoral y de la sociedad conyugal y sí la administración en una sola persona que ante terceros figurara como única dueña del patrimonio común; por tal motivo se efectuó esta segunda venta que también fue absolutamente simulada, como se desprende del dicho, producido en las oportunidades procesales propias de la primera instancia, del contratante Sady y además con las pruebas también relacionadas en los dos apartes

anteriores. Sobre este punto viene a corroborar la no capacidad económica del contratante Abelardo González Bernal para la fecha del contrato, lo observado en la diligencia de inspección ocular llevada a cabo el 20 de octubre de 1955 por el Juzgado de primera instancia en la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, en cuya diligencia se lee: 'Preguntado el señor Jefe del Archivo por qué razón no habían sido halladas los datos relacionados con la declaración de renta del señor Abelardo González Bernal, manifestó que tal obedecía a que no hubiera denunciado renta gravable, es decir, no tuviera bienes o renta que (sic) gravable. El personal de la diligencia hace constar que no obstante el informe del señor Jefe del Archivo le fueron solicitados otros libros con el fin de constatar el hecho antes establecido, es decir, que en los años de 1941, 1942, 1943 y 1944, el señor Abelardo González Bernal no tuvo renta gravable y puestos a sus órdenes otros libros auxiliares y correspondientes a los Municipios de Gachetá y Junín —de este Departamento— correspondientes a esos años, nada se halló al respecto' (fls. 117 y 118, cuaderno 2º)".

d)—Por último, la sentencia desestima la excepción de prescripción extintiva de la acción, propuesta por dos de los demandados.

LA ACUSACION

Se estudian los cargos en el orden en que los propone la demanda de casación.

"RECURSO.—La sentencia que tales fundamentos y decisión contiene no es congruente con la demanda, y, además, viola las leyes sustantivas, tanto de modo directo como por errónea apreciación de pruebas y otras piezas del proceso. Alego, pues, contra ella, las causales de casación determinadas en los numerales 2º y 1º del artículo 520 del C. J. y paso a formular los cargos correspondientes, comenzando, por razón de método, por la causal 2ª, para luego entrar en el estudio de la causal 1ª.

"CAUSAL SEGUNDA.—Como acaba de verse, el Tribunal estimó que la acción se dirige a impedir el menoscabo de la legítima que al actor corresponde en la sucesión del contratante que, según él, obró simuladamente, colocándose así en situación de promovida con un tercero en la compraventa cuestionada, para darle entrada a todos los medios probatorios establecidos por la ley.

"No fundó el sentenciador este concepto; lo expuso dogmáticamente, no obstante la reprimenda que le hace el inferior al anotarle que había considerado, 'en forma simplista' que, por demandar para la sucesión ilíquida, el actor ocupa el lugar de su causante, pues al pronunciarse de esta manera, estaba en el deber de aplicar lo que el simplificado simplificó, para poder de manifiesto el error que le atribuye y glosa".

Agrega el recurrente que en la demanda no se menciona siquiera la legítima herencia del actor y que, por lo mismo, no se invoca la lesión o perjuicio que los contratos hubiesen causado al demandante. "Y se tiene también, por otra parte, que en el mismo libelo se sostiene y se suplica, se declare que el predio en litis pertenece a las sucesiones y sociedad conyugal ilíquidas, varias veces nombradas y que, como finalidad práctica y efectiva del litigio, se pide que se condene al demandado Abelardo González Bernal a restituír a esas entidades tal inmueble. Luego hay que concluír que el Tribunal, al atribuirle oficiosamente como causa petendi a la acción el menoscabo de la legítima, examinó y falló una acción distinta de la incoada, y, desde luego, que dejó de decidir lo que la demanda planteó...".

Se considera:

a)—Interpretar la demanda es función del fallador de instancia, quien, como en la apreciación de pruebas, goza de autonomía; y, prevalece esa interpretación, mientras contra ella no se demuestre un error de hecho evidente, o error de derecho.

Si el Tribunal, con fundamento en los hechos y peticiones de la demanda, la interpretó en el sentido de considerar que la acción se propuso con el fin de reintegrar el patrimonio hereditario para obtener la legítima afectada por los contratos tachados de simulados, y no en la forma pretendida por el recurrente, la censura del fallo no puede hacerse a través de la causal 2ª del artículo 520 del C. Judicial, sino por la causal 1ª de la misma disposición.

b)—El exceso o defecto de los límites de la autonomía del Tribunal que, en términos generales, origina la incongruencia, debe encontrarse en la parte resolutiva, porque allí se concentra el imperio de la sentencia.

La providencia que resolvió este litigio se acomoda en su parte resolutiva a las pretensiones deducidas en la demanda. Se pidió en ésta la declaración de simulación absoluta de unos contra-

tos de compraventa de un inmueble y, sobre eso, muy concretamente, proveyó el fallador. Dos de los demandados pretendieron defenderse al amparo de la excepción de prescripción extintiva de la acción y el fallador al negar el medio defensivo resolvió sobre él. No podría tenerse por incongruencia no haber hecho especial referencia en la parte resolutiva a Paulina González Bernal, quien "se manifestó como opositora o demandada, ya que contestó la demanda aceptando el derecho y los hechos" porque al resolver la simulación de contratos que Paulina no celebró, no era preciso referirse a ésta.

"CAUSAL PRIMERA".—Bajo el epígrafe anterior se hacinan varios cargos que para su tratamiento, se ordenan de la siguiente manera:

a)—Error evidente de hecho en la apreciación de la demanda.

Se funda en que el Tribunal tuvo al actor como tercero y desconoció que en el libelo se pide la declaración de prevalencia "para las sucesiones y sociedad conyugal ilíquidas de los esposos González-Bernal, con el fin de obtener que el demandado Abelardo González Bernal restituya a esas entidades el fundo llamado "Niza", y que, sin embargo de esto, el sentenciador consideró y juzgó la litis como enderezada a impedir que se le desmejore la legítima que le corresponde al actor en aquella sucesión".

Como consecuencia de esta violación y de las disposiciones 471 y 593 del C. Judicial, el sentenciador quebrantó los artículos 1.008, 1.158 y 1.325 del C. Civil, por aplicación indebida; "...tales artículos autorizan al heredero para ejercitar las acciones de su causante; y como según lo tengo establecido, eso es lo que el demandante ha hecho en el presente juicio, porque demanda para la sucesión y sociedad conyugal, resulta claro que al considerar la intención del actor, como encaminada a defender derechos propios, de él, situándolo así en condición de tercero en los contratos sub-judice, y los aplicó indebidamente el mencionado Tribunal.

"Hay más: como lo hice notar el fin práctico y efectivo del juicio, es obtener la restitución del inmueble Niza para la sucesión y sociedad conyugal González-Bernal. Se ejercita, pues, una acción reivindicatoria...".

"Así lo estimó el Tribunal en su sentencia y por eso ordenó la restitución del inmueble a la sucesión; pero no cayó en la cuenta de que él mismo colocó al demandante en condición de tercero, y por consiguiente, demandante por sí. Así, pues, para no ser ilógico, como lo fue debió ordenar esa restitución a favor de ese demandante, pues que es, quien constituye la parte actora, de acuerdo con el criterio del Tribunal.

"Si éste hubiera sido consecuente, se habría visto en el caso de entrar a examinar si los elementos de la reivindicación se cumplían en relación con el demandante Alvaro González Bernal, y entonces, se habría encontrado con que este señor carecía de título que lo acreditara dueño del bien en referencia, y forzosamente, habría tenido que desechar la acción restitutoria. Y como no lo hizo así, quebrantó los artículos 946, 950 y 1.325 del Código Civil que debió haber aplicado y no aplicó".

b)—"Error de hecho evidente en el juicio...".

Después de reproducir la parte de la sentencia que estudia los móviles determinantes de las simulaciones y luego de destacar la actitud asumida por Paulina González Bernal en el proceso, encuentra el recurrente que el asentimiento dado por aquella a la demanda, tiene el mismo valor que las afirmaciones del actor "y como no es posible dar por cierto y verdadero la afirmación del actor en pro en su tesis sustentada en la demanda con igual razón debió el Tribunal desechar como prueba el consentimiento de Paulina, porque revestía a lo menos una declaración y asentimiento que le favorecía y no le perjudicaba, puesto que al volver la finca al poder y dominio del causante Abelardo L. González, ella se aprovechaba de esa situación como heredera legítima tanto de su padre como de su madre".

El argumento anterior se esgrime igualmente en lo que respecta a la aceptación de la demanda y a la absolución de posiciones de Sady González Bernal.

La apreciación de indicio vehemente que el sentenciador hace de la absolución de posiciones de Luis González Bernal, se impugna también, porque se afirma, que éste es "extraño al juicio".

"De los hechos expuestos y cuya constancia obra en el expediente se deduce sin lugar a duda que el Tribunal al aceptar esas declaraciones como prueba infringió los artículos 610 con el artículo 597 del Código Judicial, pues le dio valor probatorio a hechos confesados por partes interesadas en el proceso, a quien no le perjudicaban, sino que al contrario le aprovechaban y siendo éste un error de hecho evidente en el juicio, le vino a desconocer eficacia al contenido del artículo 1.602 del Código Civil, que violó el Tribu-

nal al no haberle dado aplicación para sustentar la eficacia legal de los contratos objeto de la simulación, pues si hubiera tenido en cuenta el Tribunal que la parte demandante demandaba la simulación y la restitución de la finca para las sucesiones de los esposos González-Bernal, habría tenido que aplicar el artículo 703 del C. J. que enseña que en materia civil lo dispuesto sobre prescripción (sic) de la prueba testimonial, es aplicable tanto para establecer la existencia de promesas u obligaciones como para extinguirlas. Y si la parte demandante desconocía la eficacia de los contratos objeto del juicio, para destruirlos debía emplear una prueba semejante a la que acreditaba su existencia, y esas pruebas no podían ser otras que el documento privado o público de la simulación o la confesión de la parte a quien podía perjudicar la destrucción del contrato, pues al violar directamente el artículo 702 del C. J., violaba también de modo directo el artículo 1.602 del Código Civil".

c)—"Error de hecho evidente en la apreciación de la prueba que lo llevó a considerar ineficaz (sic) los contratos de venta...".

En esta parte de la demanda se hace la crítica de la apreciación del Tribunal respecto a las declaraciones de Evelino Rozo, Félix Bernal Méndez y Luis Jiménez Beltrán, para concluir en la configuración del cargo, así: "....puesto que no expresando los testigos la razón de su dicho, cometió el Tribunal un error de hecho evidente en la apreciación de la prueba que lo llevó a considerar ineficaz (sic) los contratos de venta, ocasionándose con esta apreciación la violación de los artículos 1.602 sobre la eficacia legal de los contratos entre los contratantes, y la de no poder ser invalidados sino por el consentimiento o por causas legales; igualmente el Tribunal violó el artículo 1.765 del C. C. en cuanto que el instrumento público hace fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tengan relación directa con lo dispositivo del acto o contrato, pues si el Tribunal hubiera valorado la prueba tal como lo ordena la ley, habría tenido que aceptar como inválidas las pruebas, y habría tenido que darle aplicación a los artículos enunciados".

ch)—Error de hecho y de derecho.

Porque Sady González Bernal cuando figuró como dueño del inmueble "Niza", celebró un contrato de arrendamiento y, luego, cuando dijo vender a Abelardo González Bernal estaba gravado con hipoteca a favor del Banco Agrícola Hipotecario, gravamen de que se hizo cargo el comprador y que pagó al Banco acreedor, como parte de precio de la compraventa, previa aceptación por parte del acreedor hipotecario del nuevo deudor y consiguiente liberación del antiguo, cuyas pruebas obran en el expediente, infiere el recurrente el error enunciado, en estos términos:

"Todo esto fue pasado por alto en la sentencia recurrida. El Tribunal no la tuvo en cuenta para nada; lo consideró inoperante y sin juego alguno en la controversia. Y como tales hechos desvirtúan totalmente los indicios y conjeturas en que la sentencia se basa para declarar la simulación, pues es claro, de un lado, que si Sady no era dueño, no tenía por qué hacer firmar contratos de arrendamiento, y, de otro, que si la compra de mi poderdante no era real y efectiva sino simulada, no tenía por qué ni para qué echarse encima la carga de la hipoteca, no había razón alguna para que se obligara a extinguirla, luego es preciso concluir que el Tribunal, al dejar de apreciar estos elementos del proceso, cuya fuerza probatoria no puede desconocerse, incurrió en error de hecho y de derecho, quebrantó por ello las disposiciones legales que dejo citadas, y consecuencialmente, violó por este aspecto los artículos 740, 1.503 y 602, y 1.849 del C. C. que dan a la compraventa la firmeza y validez que el sentenciador les denegó".

d)—"Interpretación errónea y falta de aplicación".

Frente a la negativa del Tribunal de declarar probada la excepción de prescripción extintiva de la acción, el recurrente formula el cargo de este modo:

"Con la tesis del Tribunal se desconocen los hechos jurídicos y las normas establecidas en los artículos 37 de la Constitución Nacional, 2.512, 2.517, 2.535 y 2.536 del C. C. y el primero de la Ley 50 de 1936, y los quebranta por interpretación errónea y falta de aplicación, surge otro motivo de casación que la Corte debe tener en cuenta".

CONSIDERACIONES:

a)—Todos los cargos por error de hecho con que se ataca la sentencia del Tribunal, tienen como premisa la pretendida equivocación del sentenciador en la apreciación de la demanda y de allí se deducen violaciones de distinto orden de la ley sustancial. Ya al proponer la causal de incongruencia, antes considerada, el recurrente afir-

mó la errónea interpretación de la demanda iniciatoria del juicio. La repetición del cargo a través de distinta causal obliga a insistir en que el error de hecho evidente o noción equivocada de que una cosa ha sucedido o no, provendría, en la interpretación de la demanda, de no estimar lo que con claridad hiriente aparece de los términos de esa pieza fundamental del proceso o por admitir un hecho distinto o contrario a lo que evidentemente resulta de ella; igualmente se dijo que precisar el verdadero entendimiento de la demanda, es función del fallador de instancia, atributo de su juzgamiento, con tal poder de firmeza, que si el error no aparece ostensible, el criterio del Tribunal prevalece y la sentencia es intocable en casación.

b)—El argumento aquiles expuesto en la censura y underezado a demostrar el error craso, puede reducirse a la siguiente proposición:

Como el actor habla en nombre de la sociedad conyugal y de la sucesión ilíquida, y para ello pide la declaración de simulación, no promueve la acción como tercero, en cuyo caso tendría libertad probatoria, sino que ejercita la acción heredera y, en consecuencia, está limitado en cuanto a la prueba, a la aducción al juicio de la contraescritura, la confesión o el principio de prueba por escrito y, como el Tribunal, tuvo al actor como tercero y aceptó como prueba declaraciones e indicios, cometió error manifiesto al interpretar la demanda.

Sin olvidar que el demandante al iniciar el juicio dijo hacerlo "en su nombre y representación y en nombre y representación de las sucesiones de sus finados padres... y de la sociedad conyugal", bastaría pensar que al actuar para reintegrar el patrimonio herencial, afectado por el fraude que la simulación entraña, tiene por fin evitar el menoscabo de la legítima herencial instituída por la ley, entre otros, para los hijos legítimos, calidad esta demostrada en el proceso por quien lo promovió. Y si fue el causante quien menoscabó por medio de la simulación la legítima, el heredero asume calidad de tercero frente a su causante y frente a quien con él celebró el contrato con estigma de simulación, condición de tercero que le abre las puertas para probar sin restricciones, como podría hacerlo cualquier acreedor actual, en cuyo perjuicio el deudor se insolventara por medio de contratos simulados.

Es cierto que la demanda fija los límites de la competencia y determina la función concreta del fallador en cada caso. Pero eso no mengua su atribución de interpretarla cuando es oscura o dudosa y, si al hacerlo, no se cambian los postulados esenciales del libelo contenido en las peticiones y en los hechos integrantes de la causa para pedir, entonces, tal apreciación no determina un error de hecho evidente.

c)—Cuando el Tribunal, como consecuencia de la declaración de simulación de los contratos, ordenó la restitución del inmueble, no incurrió en inaplicación de los artículos 946, 950 y 1.325 del C. Civil, por carecer el actor de título, según lo afirma la censura, porque el título de quien reclama su legítima, es la ley que ese derecho reconoce a quien tal calidad demuestra.

Repugnaría dentro de un ordenamiento legal reconocer derechos al legitimario, y al mismo tiempo, negarle a esa ley la calidad de título, para concretarlos por medio de la acción respectiva.

ch)—Al analizar las declaraciones de Félix Bernal, Luis Jiménez Beltrán y Excelino Rozo, encuentra el Tribunal "cúmulo de indicios y pruebas" de donde "puede deducirse que no fue serio el contrato de compraventa en cuestión y que sólo tiene la apariencia de una venta".

Frente a la apreciación indiciaria realizada por el fallador, no le es posible a la Corte invalidar la sentencia sino cuando se demuestra manifiesto error en la apreciación del hecho indicador; y, de los cargos de la demanda, no aparece el error imputado.

Tampoco es vulnerable el criterio del Tribunal al ver en la cadena de ventas hechas entre padre e hijo, primero, y después entre hermanos, prueba indiciaria de la simulación. La jurisprudencia ha visto siempre con gran desconfianza las sucesivas ventas entre familiares de tan estrecho vínculo, y, a su vez, la doctrina, a esa intriga de familia, denomina la "domestica fraus".

d)—A la valoración de los indicios hecha por el fallador, se opone el argumento de que el comprador celebró contratos de arrendamientos y pagó una hipoteca.

El argumento prueba demasiado. "Pudiera comprobarse, en efecto dice Ferrara—, que el poseedor aparente ha obrado y se conduce del mismo modo que un propietario, que él sólo ha utilizado los frutos, sin que el adquirente recibiese el precio del arriendo o lograra una rebaja del capital adeudado; que aquél sufragó gastos para mejorar el fundo; que, además, ha continuado satisfaciendo las cargas, como son las contribuciones, omitiendo la oportuna declaración catas-

tral, etc. El hecho de pagar sin obligación es siempre un indicio vehementísimo en contra de la realidad de la enajenación y en pro de la continuidad jurídica precedente, según ya habían observado los antiguos escritores: 'quando venditor vel cedens, vel donator in publico retineter aestimo vel cadastro et communia sustinet onera, quasi nunquam vendidisset fundum'. (Francisco Ferrara. "La simulación de los negocios jurídicos", pág. 390, número 77-3);".

c)—Contradictoria es la posición del Tribunal en el estudio del fenómeno prescriptivo de la acción de simulación, pues al paso que con Ferrara, "quien más a fondo ha estudiado y escudriñado la materia de la simulación", afirma la imprescriptibilidad de ella, acepta, sin embargo, de acuerdo con la opinión de uno de los Magistrados de la Sala falladora (tratadista en la materia), que sí es posible esa prescripción, según aparece de la transcripción que hace el mismo Tribunal.

Para la Corte de Casación Civil, a quien corresponde la guarda e interpretación doctrinaria de las leyes que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado civil de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles, la acción de simulación es prescriptible.

"Si la cuestión es controvertible del punto de vista doctrinario, en derecho colombiano es indudable que la acción de simulación absoluta o relativa puede extinguirse por el transcurso del tiempo. Salvo los casos expresamente señalados en la ley, como respecto de ciertas acciones de estado civil (C. C., artículo 406), todas las acciones son susceptibles de prescripción extintiva. Efectivamente, la norma legal es de carácter general y no admite otras excepciones que las expresamente consagradas en la ley. 'La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos —dice el artículo 2.535 del C. C.— exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones'. 'Toda acción por la cual se reclama un derecho —estatuye el artículo 2.358 del C. C.— se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho'. El término dentro del cual se consuma la prescripción extintiva de simulación es el ordinario de veinte años, establecido en el inciso 2º del artículo 2.536 del mismo Código.

"¿Pero desde cuándo comienza a contarse el término de la prescripción extintiva? No puede aceptarse que debe comenzar a contarse desde la fecha en que se celebró el acto o contrato aparente. En este caso, no es aplicable la norma legal respecto de la acción pauliana, cuya prescripción de un año se cuenta desde la fecha del acto o contrato (C. C., artículo 2.491, ordinal 3º). La acción pauliana aunque guarda afinidades con la acción de simulación tiene fundamentales diferencias.

"La acción de simulación, cierto es, tiene naturaleza declarativa. Por medio de ella se pretende descubrir el verdadero pacto, oculto o secreto, para hacerlo prevalecer sobre el aparente u ostensible. Pero para el ejercicio de la acción de simulación es requisito indispensable la existencia de un interés jurídico en el actor. Es la aparición de tal interés lo que determina la acción de prevalencia. Mientras él no exista, la acción no es viable. De consiguiente, el término de la prescripción extintiva debe comenzar a contarse desde el momento en que aparece el interés jurídico del actor. Sólo entonces se hacen exigibles las obligaciones nacidas del acto o contrato oculto, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 2.535 del C. C." (G. J. número 2.150, págs. 525 y 525 vta.).

'El momento desde el cual corre la prescripción extintiva de que se trata, ha de constar, ante todo, en el acuerdo secreto, puesto que es natural que las partes provean en él la oportunidad para que sea cumplido o ejecutado. Pero, si no consta, no podría contarse desde la fecha del contrato aparente, porque pugna a la finalidad misma de la simulación que un traspaso fingido de bienes suponga el restablecimiento inmediato de las cosas, de la verdad contenida en la convención oculta. Ningún objetivo tendría la simulación.

"Ese momento, en ausencia de toda estipulación al respecto, no puede ser sino aquel en que el 'adquirente' contradiga el contrato secreto desconociendo el derecho del dueño, es decir, negándose a obrar según fue acordado por los contratantes en el convenio oculto". (T. LXXXIII, pág. 283). Véanse, además, los números 2.210, pág. 318 y 319 y 2.227, pág. 787.

Aparece en el expediente la carta de noviembre 21 de 1951, dirigida al Instituto de Parcelaciones, Colonización y Defensa Forestal, por Abelardo González Bernal, de cuyo contenido se infiere que éste ofreció en venta el inmueble "Niza" a ese Instituto.

Demuestra esta pieza de innegable autenticidad, por haber obrado en el juicio sin impugnación, que en 1951, el actual titular del fundo Niza

lo ofreció en venta, es decir, que trató de obrar como dueño. Surge entonces, de manera visible, el interés jurídico para iniciar la acción, lo que demuestra, dada la fecha de la carta, que dicha acción no ha prescrito.

No prosperan los cargos.

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 proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 29 de noviembre de 1958.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

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

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



IMPUGNACION, POR ERRORES DE HECHO, QUE NO SE ESTABLECIERON, CONTRA UNA SENTENCIA QUE DESPACHO DESFAVORABLEMENTE LA PETICION DE CONDENAR AL DIRECTOR DE UN PERIODICO AL PAGO DE PERJUICIOS CAUSADOS POR UNAS PUBLICACIONES

1.—Dada la naturaleza del recurso de casación, que no constituye un tercer grado de juicio, sino un medio extraordinario de control sobre la observancia de la ley por los tribunales (artículo 519 del C. J.), las cuestiones de hecho sobre las cuales ha sido elaborada la decisión de segunda instancia no son susceptibles de ser revisadas en el recurso mismo, salvo el caso excepcional de que en la estimación de las pruebas del proceso vinculadas a tales cuestiones el sentenciador haya incidido en yerro de valoración legal o en error evidente de hecho, determinativos de las conclusiones del fallo.

2.—No es acertado afirmar que para que el hecho culposo se tipifique como elemento de la acción de indemnización de perjuicios por culpa extracontractual se requiere que aparezca el animus o intención de dañar, pues basta que el hecho mismo sea imputable como culposo a su autor, sin necesidad de que haya obrado con animus nocendi.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL—Bogotá, D. E., seis de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 20 de febrero de 1959, en el juicio ordinario seguido por Leopoldo Guarín Salcedo frente a Eduardo Santos Montejo.

- I -

EL ASUNTO

1.—En su edición del día 6 de abril de 1955, el periódico de esta ciudad denominado "El Tiempo", de propiedad de su director, el doctor Eduardo Santos, hizo la siguiente publicación:

"**LA MUERTE DEL ABOGADO.** — Ninguno de los agresores ha sido detenido todavía.—Sólo está identificado un abogado que hacía parte del grupo.—Localizado el chofer del taxi y retenido el vehículo. — Designado instructor especial.—Incidentes violentos se habían producido ya.—Pleito de menor cuantía dio origen a las diferencias.—sionales el grave lance en que perdiera la vida el Gran sensación ha causado en los círculos profedoctor Antonio Torregroza y resultaran heridos de muerte su hijo Ricardo y lesionado su secretario y un conductor del Bar Pereira. Hasta la tarde de ayer, de los seis personas que irrumpieron dentro del establecimiento cuando se produjeron los tiros, sólo había sido mencionado el doctor Leopoldo Guarín Salcedo, sin haberse precisado su actuación. En cuanto a los cinco restantes nada se sabía a no ser de un señor Cancino o Ruiz Cancino. El taxi ocupado por los del grupo en mención fue localizado al medio día de ayer y quedó secuestrado. El chofer dice haber sido ajeno a los hechos y haber prestado el servicio bajo los efectos del temor. El gobierno designó como investigador especial a. juez 7I de

instrucción criminal. En cuanto a las diferencias se hablan en un pleito de menor cuantía en tramitación desde el año pasado y precisamente a fines de 1954 se produjo otro incidente durante el cual el secuestre Maya López resultó golpeado. ANTECEDENTES.—Toda esta tremenda tragedia que ha conmovido los centros judiciales y profesionales, parece estar montada sobre diferencias en torno a un pleito de menor cuantía que se tramita en uno de los juzgados municipales. Se trata de la querella que el doctor Torregroza entabló a nombre de Elías Peña contra Paulino Camacho, quien tiene un establecimiento dentro de la casa arrendada por aquél. La acción se desarrolla contra Camacho y contra su fiador. Y ya se habían producido unos embargos para el coarrendatario y ahora se procedía al lanzamiento judicial. — LA DILIGENCIA.—A la diligencia de lanzamiento que se produciá en la tarde del martes, se opuso la parte demandada y por consiguiente se suspendió para tramitar el incidente. La diligencia se realizó en un ambiente un tanto pesado. — AL 'PEREIRA'.— El secuestre, doctor Rogelio Maya López, se retiró cuando le dijeron que podía ser agredido, y en efecto, él había sufrido el año anterior unos cuantos golpes por diferencias surgidas en torno a este chico pleito judicial. El Dr. Antenio Torregroza se dirigió (sic) a su casa de habitación pero resolvió entrar al Bar Pereira en compañía de su hijo Ricardo y de su secretario Juan Jiménez Serpa. — LOS DEL GRUPO.—Estando allí irrumpieron en el establecimiento seis personas, y algunas de ellas dispararon sus armas de fuego. El doctor Torregroza quedó muerto, en forma casi instantánea, por dos proyectiles que lo perforaron; su hijo don Ricardo Torregroza, recibió un balazo en la cabeza que lo tiene al borde de la muerte. Juan Jimeno Serpa sufrió una lesión en un brazo y otro tanto aconteció a Pablo Arias, condueño del Bar Pereira. Es decir, un muerto, un herido grave y dos lesionados. — DESAPARECEN. — Los del grupo llegaron en un carro de servicio público y después de los disparos desaparecieron en el mismo vehículo. — ¿QUIENES SON? — ¿Quiénes eran los seis ciudadanos del grupo que irrumpió en el Bar Pereira? Hasta la tarde de ayer sólo se sabía de uno, el doctor Leopoldo Guarín Salcedo, a no ser que el declarante que de él habla, se halle equivocado. No se le acusa de la agresión, y por lo tanto su declaración se considera como de fundamental trascendencia para el esclarecimiento. De otro de los seis sólo se sabe que es Ruiz Cancino o Cancino. De los otros cuatro nada se ha podido establecer. Por lo de demás, ninguna captura se había podido realizar hasta anoche. — EL TAXI. — En cuanto al taxi que ocupaban los del grupo, se supo que era el Tax Colombia de placas 62165. Los agentes del Servicio de Inteligencia Colombiano lograron localizar dicho vehículo al medio día de ayer en la Avenida Caracas. El carro quedó secuestrado a órdenes del juez instructor. En cuanto a su conductor, de apellido izquierdo, manifestó que después de los tiros había prestado el servicio por temor a lo que le pudiera ocurrir y dio el lugar exacto donde dejó a los pasajeros. — EL JUEZ.—Por reparto el negocio correspondió al juez novéno de instrucción, doctor Gustavo Pachón Rosas; éste se declaró impedido por ser su secretario hijo del doctor Torregroza. En consecuencia las diligencias pasaron al juzgado décimo pero allí tampoco se pudieron recibir ya que no ha sido designado juez para ese despacho. Finalmente llegaron las diligencias al juzgado primero y el doctor Luis Carlos Daza dictó el auto de proceder. — ESPECIAL. Mientras tanto el ministerio de justicia designó como investigador especial al juez setenta y uno, doctor Angulo. Este funcionario visitó en la mañana de ayer al juez primero y por la tarde recogió las diligencias. — AUTOPSIA.—Los médicos forenses practicador (sic) ayer en la mañana la autopsia en el cadáver del doctor Antonio Torregroza y enviaron el resultado al juez de instrucción. En cuanto al entierro había sido fijado para la tarde de ayer aunque a última hora resolvieron aplazarlo. — LOS HERIDOS.—El señor Ricardo Torregroza, herido a bala en la cabeza, sigue recluído en el Hospital de la Hortúa, pues dado su estado no es aconsejable llevarlo a ninguna clínica. Su estado sigue siendo muy delicado aunque los médicos abrigan esperanza de salvarle la vida. Los otros dos heridos no son de mayor gravedad. — SENSACION.—En los círculos judiciales y profesionales, esta tragedia ha causado enorme consternación, máxime si en verdad se originó por rivalidades en torno a un pleito. Es muy posible que en el día de hoy la investigación logre un avance de mucha consideración si se logra la declaración del doctor Guarín Salcedo, abogado que puede dar muchas luces sobre los pormenores del lance, en el caso de ser verdad lo que dicq uno de los testigos, que él hacía parte del grupo de los seis ciudadanos que llegaron al Bar Pereira".

El mismo diario, en su edición del día siguiente,

publicó una segunda información en el particular, que dice así:

"LA MUERTE DEL ABOGADO. — El doctor Guarín Salcedo dice no conocer a los agresores. —Nos manifestó que ayer mismo se presentaría ante los jueces.—Lamenta la tragedia, y considera que fue por asuntos ajenos al pleito judicial.—Sus declaraciones.—Curso de la investigación.—El agresor.—Estado de los heridos.— El investigador especial para el proceso por la trágica muerte del doctor Torregroza entró ayer en funciones mientras que los muchachos del SIC. colaboran activamente. El doctor Leopoldo Guarín Salcedo se puso ayer en comunicación telefónica con nuestra redacción para anunciar que iba a comparecer ante el funcionario; que mal podía ser instigador del homicidio cuando lo ligaban viejos lazos de amistad social y profesional con el doctor Torregroza y que él sí pudo darse cuenta de la existencia de los cuatro agresivos desconocidos, dentro de los cuales estaba el homicida, pero que jamás antes los había visto. La salud del señor Torregroza ha seguido estacionaria dentro de la misma gravedad inicial. — EL ABOGADO.—Según lo puntualizamos en nuestra información de ayer, el doctor Leopoldo Guarín Salcedo talvez pudiera suministrar datos de mucha importancia para el esclarecimiento de estos trágicos hechos. En efecto, él asistía a la diligencia de lanzamiento como apoderado del lanzado y uno de los testigos los (sic) indicaba como una de las seis personas que hicieron aparición en el bar Pereira cuando se produjeron los disparos; inclusive afirmó que el doctor Guarín Salcedo había pronunciado varias palabras agresivas dirigidas al doctor Torregroza. — TELEFONO. Ante esta situación los agentes del SIC. se dieron a la localización del doctor Guarín Salcedo, por considerar que su testimonio podría ser de grande importancia. En la mañana de ayer recibimos en nuestra redacción una llamada telefónica del doctor Leopoldo Guarín Salcedo para anunciarnos que en las horas de la tarde comparecería ante el juez investigador y para referirse a la afirmación estampada por un colega de la tarde según la cual el abogado habría actuado como instigador del omicidio (sic). — LA AMISTAD. Manifiesta el doctor Guarín Salcedo que mal puede haber sido él instigador del homicidio en la persona del doctor Torregroza cuando a éste lo ligaba una amistad de más de quince años en el ejercicio de la profesión y siempre existió entre ellos un trato muy cordial y agradable. Agregó que el pleito del lanzamiento era insignificante y mínimo frente a otros en los cuales el doctor Torregroza y él actuaron juntos de una parte, como en el de la sucesión del doctor Marco Aurelio Sierra, pues ambos defendieron los intereses de la viuda. - LOS INCIDENTES. —En cuanto a los incidentes durante la diligencia de lanzamiento, afirma que él pudo darse cuenta de la existencia, dentro del bar, de cuatro personas para él totalmente desconocidas que tomaban trago y asumían actitudes agresivas. Afirma que hay numerosos testigos del trato cordial que medió en la diligencia entre el doctor Torregroza y él, y que precisamente pidió que no sirvieran más trago a esos cuatro ciudadanos desconocidos que eran ajenos a lo que allí se estaba realizando. Cita entre otros testigos a los Dres. José Manuel Hernández Alcázar y David A. Forero, y a los señores Manuel A. Deltrán y Luis Rodríguez. — EL HOMICIDA.— Afirma también el doctor Guarín Salcedo que uno de aquellos cuatro desconocidos fue el homicida del doctor Torregroza. — OTROS MOTIVOS.—Por lo demás, en sus declaraciones el doctor Guarín Salcedo nos dijo que los cuatro desconocidos decían no ten (sic) nada qué ver con él sino con el doctor Torregroza y que era por cuestiones ajenas al pleito del lanzamiento. Finalmente manifiesta que condena y repudia el atentado contra su colega y amigo y que horas más tarde se presentaría ante el juez para aclarar todos los detalles. — LOS HERIDOS.—La salud del señor Torregroza, herido de un tiro en la cabeza ha seguido estacionaria dentro de la misma gravedad inicial aunque los médicos abrigan muchas esperanzas de salvarle la vida a no ser que se presente cualquier complicación. Los otros dos heridos, como lo informamos oportunamente, fueron leves. — HABLA LA FAMILIA TORREGROZA. — En vista de las declaraciones que publicamos anteriormente y que fueron resumidas por nuestro colega 'El Espectador', ayer tarde don Jaime Torregroza, hijo del apreciable abogado muerto a tiros, se acercó a nuestra redacción para hacer las siguientes aclaraciones: 1ª Que en la tarde entabló denuncia por homicidio contra Leopoldo Guarín Salcedo y Paulino Camacho, en calidad de instigadores, y contra Ruiz Carcino y dos más, como autores materiales. — 2º Que durante la diligencia de lanzamiento el doctor Torregroza y los de su parte, fueron requisados mientras que con los demás no se procedió así y que el doctor Torregroza pidió, ante el ambiente desfavorable, que la diligencia se aplazara. — 3ª Que de

las amenazas de muerte del doctor Guarín Salcedo para el doctor Torregroza, si le ganaba el pleito hay varios testigos, entre éstos el doctor Maya López. — 4ª Que el doctor Torregroza nunca tuvo poderes con el doctor Guarín Salcedo y que, por el contrario, le ganó más de diez asuntos. — 5ª Que es falso que el doctor Torregroza hubiese estado tomando cerveza en el Bar Pereira, pues al llegar pidió un Alka-Seltzer debido a que se sentía enfermo".

Ocurridas estas publicaciones, el abogado Leopoldo Guarín Salcedo, mediante libelo presentado el día 10 de mayo de 1955, demandó en juicio ordinario al doctor Eduardo Santos Montejo, para que se le condene a pagar al primero las cantidades de doscientos mil pesos ($ 200.000.00), como valor de perjuicios materiales, y de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00), como valor de perjuicios morales, y en su defecto las que se acuerden por peritos legalmente nombrados, costas del juicio si hubiere oposición y honorarios de abogado.

Como HECHOS fundamentales de su pedimento, el actor alegó explayadamente los que se sintetizan y ordenan así:

Ser el mismo Guarín Salcedo un distinguido colombiano, con importantes vínculos de familia, casado, con cuatro hijos en su matrimonio, abogado que ejerce su profesión en Bogotá y en otros sectores del país y aún fuera de Colombia, con nutrida clientela nacional y extranjera, para cuya conservación es indispensable mantener el prestigio de un profesional pundonoroso;

que debido a cierta actitud política asumida por el demandante, el periódico "El Tiempo" aprovechó, hace dos o tres años, cualquier incidente judicial de acostumbrado suceder entre abogados, para desplegar informaciones calumniosas e injuriosas contra Guarín Salcedo, que después fueron desmentidas por los jueces y por el Tribunal Superior de Bogotá, pero que no por eso dejaron de causarle gran daño;

que, con ocasión de la trágica muerte del abogado Antonio Torregroza, el mismo periódico hizo en los días 6 y 7 de abril de 1955 las publicaciones arriba transcritas;

que estas publicaciones, con las que se difamó injustamente a Guarín Salcedo, tergiversándose por la segunda unas ingenuas declaraciones suyas, para hacerlo aparecer como confesando haber estado en el lugar del crimen y hacerle decir que él sabía quién era el responsable, de manera de ser clara la intención de implicarlo en el hecho de "mandar asesinar por insignificante pleito a un su colega", produjeron un tremendo daño espiritual en el demandante, como también causaron honda aflicción a su cónyuge, sus hijos, su anciana madre y otros parientes suyos, entre quienes se encuentran sacerdotes y religiosas;

que por causa de las mismas publicaciones, Guarín Salcedo, presionado por su abogado tuvo que ocultarse desde el miércoles santo, 6 de abril de 1955, ante el temor de ser detenido sin que se le recibiera su declaración, hasta el martes de pascua, y luego al salir en este día, para presentarse con su mismo abogado a la autoridad judicial, fue capturado e incomunicado hasta el viernes de la misma semana, en que el juez instructor les declaró que las imputaciones derivadas de las informaciones de "El Tiempo" habían sido totalmente desvanecidas;

que sin la información de "El Tiempo" del 6 de abril, el hijo mayor del abogado desaparecido no habría intentado el denuncio contra Guarín, y menos desplegado sus imputaciones periodísticas que entre otras cosas lo llevaron a los intransitables calabozos judiciales;

que numerosos clientes extranjeros y nacionales de Guarín Salcedo, con motivo de la difamación contenida en aquellas publicaciones, o le revocaron sus poderes y se abstuvieron de consultarlo, o nuevos negocios que debían normalmente encomendarle se los entregaron a otros profesionales; y

que el demandado es el director propietario del periódico "El Tiempo".

En DERECHO invocó el actor, como disposiciones sustanciales, los artículos 92 y 95 del Código Penal, y 1.613, 1.614, 1.615, 2.341, 2.342, 2.347 y 2.349 del Código Civil y demás disposiciones de uno y otro cuerpo legal respectivamente concordantes con las citadas.

3.—El demandado contestó, diciendo: no constarle unos hechos; no ser ciertos otros; ser "cierto que el doctor Eduardo Santos es el director propietario de "El Tiempo"; y en cuanto a las publicaciones hechas en este periódico en relación con el asesinato del abogado Antonio Torregroza manifestó lo siguiente:

"Que "El Tiempo" se limitó a publicar "todas las noticias e informaciones que sus cronistas judiciales lograron recoger, en una forma objetiva y escueta, sin que en ninguna de sus informaciones aparezcan conceptos u opiniones emitidas por el diario como propios, ni acusaciones o imputaciones de ninguna naturaleza".

Refiriéndose a la publicación del 6 de abril dice el contestante que "No hace, pues, el periódico imputación ninguna al señor Guarín Salcedo, ni sus informaciones contienen ofensa de ninguna naturaleza".

Con respecto a la relación del día 7 dice que "allí mismo corre publicada la rectificación o aclaración de Guarín"; que en el número de "El Tiempo" correspondiente al 10 de abril se informa que Guarín se presentará ante el juez y que sostiene no haber estado en el lugar de los hechos; que en la edición del 16 del mismo mes, se refiere que Guarín Salcedo quedó libre y sólo rendirá declaración juramentada y al propio tiempo se da cuenta de la providencia judicial que dejó en libertad al imputado y agrega: "Las acusaciones habían quedado eliminadas completamente"; y que en "El Tiempo" del 24 de abril se informa haberse dictado auto de detención contra Ruiz Cancino por la muerte del abogado Torregroza.

Por último, niega el derecho que pretende tener el demandante e impetra que se declare temeraria la acción y se le condene en costas.

4.—La primera instancia terminó con fallo absolutorio para el demandado y de condenación en costas al demandante. Por alzada de éste, surtióse la segunda instancia, a que puso fin la sentencia del Tribunal Superior de fecha 20 de febrero de 1959, mediante la cual se confirma el pronunciamiento del inferior y se imponen las costas al apelante. Interpuesto por éste el recurso de casación, ha llegado la oportunidad de que la Corte se pronuncie a fondo sobre el mismo.

- II -

LA SENTENCIA RECURRIDA

1. — Sobre la base de que esta controversia plantea un caso típico de culpa extracontractual o aquiliana, de cuyo régimen se ocupa nuestro Código Civil en el título 34 del libro 4º, se aplica el juzgador a averiguar si en el caso de autos aparecen, sí o no, debidamente acreditados los tres elementos estructurales de la responsabilidad de tal especie, a saber: a) Un hecho culposo, ya como acción, ya como omisión; b) el perjuicio causado a otro; y c) la relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio.

2.—En el estudio que del primer elemento hace el Tribunal, son de destacarse las siguientes razones: que si se examinan detenidamente las publicaciones hechas por "El Tiempo" en los días 6 y 7 de abril, no se advierte que ellas incriminen a Guarín Salcedo como responsable de la muerte del abogado Torregroza, cual se pretende en la demanda; que no es posible admitir que, por razón de tales publicaciones, se hubiera ordenado la detención del demandante, pues que, cuando la autoridad decreta tal medida contra alguna persona, no obra a virtud de simple información de la prensa, sino por tener en autos antecedentes que den fundamento a la misma medida; y que para que el hecho culposo se tipifique como elemento de la acción se requiere que sea concreto y real.

3.—En relación con el segundo elemento o sea el perjuicio, afirma el sentenciador que "su existencia debe ser establecida en forma concreta, porque sin daño fehacientemente comprobado, no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizarlo", y que, aunque se presentaron declaraciones de testigos que expusieron haberle retirado poderes a Guarín Salcedo o haberse abstenido de conferírselos, en vista de lo que la prensa decía acerca de la tragedia en que perdió la vida el abogado Torregroza, con todo nada se produjo en orden a establecer de qué clase y cuantía eran los mandatos que se le retiraban y los que se le dejaron de conferir, cuántos fueron, ni su magnitud e importancia, ni se acreditó pericialmente la cuantía de los perjuicios que alega el actor haber sufrido en el campo material y en el moral.

4.—Por lo que hace al tercer elemento concluyó el juzgador que, no constando ni el hecho culposo ni el perjuicio, "mal puede existir relación de causalidad entre aquél y éste".

5.—Y en cuanto a la carga de la prueba, dice que en el orden de la culpa extracontractual es al demandante de la indemnización a quien incumbe "la demostración plena de todos los factores necesarios para llevar a la conciencia del juzgador una convicción de tal naturaleza que determine lógicamente una condenación".

Es así cómo, fundado entre otros razonamientos en los que se dejan dichos, el Tribunal confirmó el fallo de primer grado, absolutorio del demandado.

- III -

LA IMPUGNACION

Contenida en dos escritos, de los cuales el segundo es simplemente correctivo y aclaratorio del primero, la demanda de casación formula contra

cargos dentro de la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, los que de la dilatada presentación bajo la cual se contienen resultan ser en sustancia los siguientes:

Primer cargo

Conforme a la enmienda que por el segundo de los escritos de demanda se hace "a la primera motivación", se acusa la sentencia de ser "violatoria de los artículos del Código Civil en ese motivo dichos por aplicación indebida a que fue conducido el Tribunal de Bogotá por error de hecho consistente en no haber apreciado las piezas probatorias en su exposición indicadas".

En relación con este reparo, los artículos del Código Civil citados en el primer escrito como infringidos, son los números 1.612, 1.613, 1.614, 1.615, 1.616, 2.341 y 2.347; y las piezas probatorias que en el mismo se indican como mal apreciadas son las declaraciones de los testigos Alfonso Upegui Echavarría, Antonio Castelli, Jorge Gutiérrez Avila, Luis Arbeláez, Manuel A. Barrios y Samuel Moreínis.

A intento de fundar el cargo, el acusante discurre así:

Que no es necesario hacer un resumen de tales testimonios para llegar a la conclusión de que las publicaciones de "El Tiempo" hicieron que varios clientes actuales y entonces posibles de Guarín Salcedo le retirasen la confianza y le revocaran los poderes; que sin embargo, la sentencia menospreció esa prueba, estimando que no acreditan los poderes, ni las cuantías, ni los daños, con lo que desconoció el artículo 2.142 del Código Civil, según el cual el mandato por él regulado no requiere escrito ni es necesariamente solemne, y también el artículo 693 del Código Judicial, determinativo de requisitos que han de llenar los testimonios para que puedan ser apreciados; que, no obstante que el actor pidió una condena por perjuicios en abstracto, el sentenciador ha exigido que los perjuicios sean concretos, para que la condena pueda producirse, olvidando lo dispuesto en el artículo 553 del C. J.; y que, en consecuencia, de todo ello, "la sentencia viola la ley sustantiva por la mala apreciación de esas pruebas, porque si las declaraciones de testigos hubieran sido apreciadas como deben serlo según la ley, ellas hubieran determinado un fallo a favor de mi representado en abstracto por perjuicios, morales y materiales, y por esa interpretación errónea se violaron los artículos 1.612, 1.613, 1.614, 1.615, 1.616, y especialmente el artículo que consagra y concreta la responsabilidad o sea el 2.342 del Código Civil... en consonancia con el artículo 2.347 de la misma obra...".

CARGO SEGUNDO

Dice el escrito de enmienda que "La sentencia es violatoria de los artículos de la ley sustantiva en ese capítulo señalados por aplicación indebida a que fue conducido el Tribunal de Bogotá por error de hecho consistente en no haber estimado o apreciado o tenido en cuenta las pruebas en ese capítulo dichas".

En el campo de esta tacha, se señalaron como quebrantados "los artículos 2.341 y 2.356 del C. C., además de los artículos de la misma obra 1.612, 1.613, 1.614"; y como pruebas erróneamente apreciadas, las publicaciones hechas por "El Tiempo", respecto de la muerte del doctor Torregroza y su investigación, en los días 5, 6, 7, 10, 16 y 24 de abril de 1955, y el certificado expedido por el Secretario del Juzgado Octavo Superior del Distrito Judicial de Bogotá, visible al folio 5 vuelto del cuaderno número 1.

A este respecto se alega por el recurrente:

Que el Tribunal "minimiza" las informaciones de "El Tiempo", de las que reproducidas textualmente en la primera parte del fallo, hace luego transcripciones "adulteradas por el sentenciador": que "los empleados del doctor Eduardo Santos en "El Tiempo" incurrieron en los delitos de calumnia e injuria públicas" al hacer las siguientes afirmaciones: 1ª Que la muerte de Torregroza había sido producida por seis agresores, de los cuales sólo estaba identificado un abogado que hacía parte del grupo; 2ª que las seis personas que irrumpieron dentro del establecimiento en donde encontró la muerte Torregroza, cuando se produjeron los tiros, sólo había sido mencionado el abogado Leopoldo Guarín Salcedo; 3ª que los del grupo que llegaron en un carro de servicio público y que hicieron los disparos en el bar y desaparecieron, no son conocidos por el cronista, y que hasta la víspera de la información sólo se sabía de uno, el abogado Guarín Salcedo, a no ser que el declarante que de él habla se halle equivocado: 4ª que es muy posible que ahora la investigación logre un avance de mucha consideración, si se logra la declaración de Guarín Salcedo, abogado que puede dar muchas luces sobre los pormenores del lance, en el caso de ser verdad lo que dice uno de los testigos, que él hacía parte del grupo de los seis ciudadanos que lle-

garon al Bar Pericia: 5º que el mismo Guarín Salcedo hizo declaraciones telefónicas absurdas que nunca ocurrieron; y 6º que al decir de la familia del occiso, el señor Jaime Torregroza entabló denuncia por homicidio contra Guarín Salcedo.

Y agrega que, dadas estas publicaciones calumniosas e injuriosas, los redactores de "El Tiempo" sólo pueden descargarse del delito probando que existió el testigo o declarante incriminatorio ante las autoridades, pero que tal prueba no ha sido presentada. Que en cambio existe el certificado del secretario del Juzgado Octavo Superior, de fecha 13 de mayo de 1955, en relación con la averiguación de los responsables de la muerte violenta del abogado Antonio Torregroza y de lesiones en otros, certificado que al efecto transcribe y cuyo punto segundo dice: "Examinado detenidamente el expediente en referencia, no aparece en él que el doctor Leopoldo Guarín Salcedo haya sido indagatoriado, ni se haya dictado auto de detención contra el mismo, quien apenas aparece declarando como testigo, bajo juramento, al folio 147".

Pasa luego a afirmar que las publicaciones posteriormente hechas por el periódico, en los días 10, 16 y 24 de abril de 1955 y que el fallo transcribe, son consideradas en éste como descargos, sin serlo, pues que no comportan rectificación alguna y que lo expresado en la sentencia, a la pág. 20 del cuaderno respectivo, de que "Si se examinan detenidamente las publicaciones dichas, no contienen tal incriminación, hecha por el periódico, ya que en ellas se dice que al doctor Guarín no se le acusa la agresión y por tanto su declaración se considera de gran importancia", es afirmación que no corresponde a la verdad, pues "en ninguna parte de los periódicos llevados por las partes al juicio se encuentra semejante cosa y, por el contrario, del resumen que se hizo y de las largas transcripciones de las afirmaciones de los periódicos, que tuve el cuidado, repito, de tomar de las inserciones de la sentencia, aparece esa expresión inexistente, que nos explica por qué la absurda sentencia". Termina argumentando que se está en presencia de un error de hecho, que consiste en dar como no probado un hecho existente, que sí ocurrió, alegado como básico, al que se dejó de aplicar la ley, y que en consecuencia, "Desconocida la calumnia y desconocida la injuria por la manera errónea de apreciar las pruebas", se violaron los artículos del Código Civil a que últimamente se hizo referencia.

Cargo tercero

Reza el escrito de enmienda que "La sentencia es violatoria de los artículos de la ley sustantiva en ese capítulo invocados y que regulan los perjuicios, por aplicación indebida a que fue conducido el Tribunal de Bogotá por error de hecho consistente en no haberle concedido o atribuído a las piezas probatorias en el capítulo señaladas el valor que a ellas les concede la ley". En éste, se indican como infringidos los artículos 1.612, 1.613, 1.615, 2.341 y 2.356 del Código Civil. Empieza diciendo que "La sentencia viola la ley sustantiva por desechar plenamente la prueba referente a la captura y detención del doctor Guarín Salcedo"; en seguida y refiriéndose una vez más al aparte de la misma transcrito en la formulación del cargo anterior, para motejar de falsa la forma de su presentación, entra a increpar el pasaje del fallo que dice: "Por otra parte, no es posible admitir que por razón de las publicaciones de los días 6 y 7 en que se funda la demanda, se haya ordenado por el Juez la detención del demandante...", y a tal fin argumenta: que, producida la muerte de Torregroza, nadie dijo cosa alguna sobre el abogado Guarín Salcedo; pero aparecieron las publicaciones de "El Tiempo", y entonces el Juez ordenó su captura, y como el periódico dijo que hay un testigo o declarante que afirma lo que se dice en las publicaciones, no obstante que el certificado de que atrás se habló es prueba fehaciente de que no hubo nada en el expediente contra Guarín, quiere todo ello decir que lo que a éste le sucedió es sin lugar a duda causado por El Tiempo, relación de causalidad que no encuentra la sentencia; y concluye que, pues la Sala desechó las pruebas derivadas de los periódicos y el certificado en referencia, incurrió en el error de dejar de aplicar a un hecho existente las dichas disposiciones del Código Civil que se citan como violadas.

Cargo cuarto

Se imputa a la sentencia el ser directamente violatoria de los artículos 1.612, 1.613, 1.614, 1.615, 2.341 y 2.356 del Código Civil, por haberlos dejado de aplicar en el caso del pleito; y se señalan también como desconocidos los artículos 95 del Código Penal y 15 y 24 del Código de Procedimiento en esta materia.

Su argumentación es como sigue: Que la ley penal estatuye que todo delito produce perjuicios, siendo en ello tan terminante que, en el artículo

85 del Código de la materia, llega a preceptuar que "Cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos": que los subalternos del demandado cometieron en varias ediciones de su periódico los delitos de calumnia e injuria públicas contra Guarín Salcedo, con el agravante de haber sido realizados en un órgano de monstruosa circulación, perjuicios que debe pagar el patrono de los responsables penales, sin necesidad de la previa acción criminal; y, en el último de los escritos de acusación, concluye así: "Cometidos esos delitos de ellos derivan por ministerio de la legislación penal y de procedimiento penal, perjuicios: al desconocer y negar esos perjuicios la Sala del H. Tribunal de Bogotá desconoció toda la legislación penal que es —ya lo dijo— de orden público, y por ese camino violó también la sentencia los artículos del Código Civil, sustantivísimos, que en el capítulo señalé".

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.—A través de la complejidad expositiva del libelo, aparece que el pedimento de indemnización de perjuicios se funda ciertamente en las publicaciones que, con motivo de la muerte del abogado Antonio Torregroza, hizo "El Tiempo" en sus ediciones de los días 6 y 7 de abril de 1955. Y así lo entendió el Tribunal, en uso correcto de la facultad de interpretar la demanda, cuando al iniciar el estudio de fondo, dijo lo siguiente: "Bases fundamentales de la demanda, como determinantes del daño del hecho culposo atribuido al demandado, son las dos publicaciones aparecidas en el diario 'El Tiempo', transcritas en la demanda, y visibles en los ejemplares de ese periódico a ella acompañados".

2.—Como el objetivo del petitum, esto es la indemnización de perjuicios por culpa extracontractual implicaría, para resultar triunfante, la integración de tres factores, sine quibus non: el hecho culposo, el perjuicio y la relación de causalidad entre éstos, siendo en el orden lógico primero la causa que el efecto, este orden impone el que se estudie ante todo el cargo contra el sustentáculo del fallo, consistente en la negativa del carácter de culposo al hecho propuesto como tal.

3.—En el examen de este elemento básico se expresa el sentenciador así: "Dice la demanda que las publicaciones de 'El Tiempo' de fechas 6 y 7 de abril señalan al actor como responsable de la muerte del doctor Torregroza, al punto que por razón de tales publicaciones se detuvo en la cárcel al doctor Guarín Salcedo. Si se examinan detenidamente las publicaciones dichas, no contiene tal incriminación, hecha por el periódico, ya que en ellas se dice 'que el doctor Guarín no se le acusa la agresión y por tanto su declaración se considera de gran importancia', como lo anota también el fallo apelado. Es más, en esas noticias, apenas se da cuenta de que, por el dicho de algún testigo, se supo que el doctor Guarín formaba parte del llamado 'grupo' que penetró al Bar Pereira, por lo cual agrega la nota del día 6 de abril: 'Es muy posible que en el día de hoy la investigación logre un avance de mucha consideración si se logra la declaración del doctor Guarín Salcedo, abogado que puede dar muchas luces sobre pormenores del lance, en el caso de ser verdad lo que dicen (sic) uno de los testigos, que él hacía parte del grupo de los seis ciudadanos que llegaron al Bar Pereira'....". Pasa luego a considerar "que en publicaciones posteriores a las que son fundamento de la demanda, el periódico narró con la mayor exactitud posible el desarrollo de los acontecimientos en relación con el doctor Guarín Salcedo, hasta dejar en claro su ninguna responsabilidad —según la prensa— en la tragedia..."; y finalmente, después de traer a cuento una doctrina de la Sala de Negocios Generales de la Corte acerca de la neutralización de la acción de responsabilidad civil por detrimento a la buena fama de otro, cuando mediante rectificación competente el daño "ha sido reparado oportunamente y en debida forma", agrega el mismo Tribunal: "Y si tratándose, efectivamente, de un cargo realmente lesivo de la reputación ajena, la jurisprudencia ha sentado la doctrina que acaba de transcribirse, con mayor razón cuando, como en este caso concreto, no existe cargo de tamaña entidad". (Se subraya).

4.—Quiere decir que, para el juzgador, las publicaciones de "El Tiempo" en sus ediciones del 6 y 7 de abril, no configuran imputación alguna que vulnere la honra del demandante Guarín Salcedo; al paso que, según la impugnación, esas publicaciones son constitutivas de injuria y calumnia para éste.

El recurrente contrapone así su personal apreciación de los hechos a la que de los mismos hizo el Tribunal; y para que semejante antagonismo

de criterios pudiera resolverse en pro del impugnador sería necesario que éste le hubiese demostrado a la Corte que el Tribunal cayó en error evidente de hecho en la apreciación de las aludidas publicaciones.

Porque, dada la naturaleza del recurso de casación, que no constituye un tercer grado del juicio, sino un medio extraordinario de control sobre la observancia de la ley por los tribunales "con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional" (artículo 519 C. J.), las cuestiones de hecho sobre las cuales ha sido elaborada la decisión de segunda instancia no son susceptibles de ser revisadas en el recurso mismo, salvo el caso excepcional de que en la estimación de las pruebas del proceso vinculadas a tales cuestiones el sentenciador haya incidido en yerro de valoración legal o en error evidente de hecho, determinativos de las conclusiones del fallo.

5.—Ante la imputación hecha al Tribunal de que violó la ley sustantiva, aplicándola indebidamente, "por error de hecho consistente en no haber estimado o apreciado o tenido en cuenta las pruebas en ese capítulo dichas", y puesto el cargo en relación con las publicaciones de "El Tiempo" de los días 6 y 7 de abril de 1955 sobre que se apoya la demanda, no encuentra la Corte que el Tribunal hubiese dejado de tener en cuenta esas publicaciones según fueron hechas.

Es verdad que si se confrontan ellas con la transcripción completa que de las mismas presenta el fallo, se advierte que en el traslado de la segunda ocurrió en dos pasajes el cambio de la palabra "instigador" por la de "investigador". Esos pasajes en la transcripción aparecen así: "El doctor Leopoldo Guarín Salcedo se puso ayer en comunicación telefónica con nuestra redacción para anunciar que iba a comparecer ante el funcionario; que mal podía ser **investigador** del homicidio cuando lo ligaban lazos de amistad social y profesional con el doctor Torregroza...", el uno; y "En la mañana de ayer recibimos en nuestra redacción una llamada telefónica del doctor Leopoldo Guarín Salcedo para anunciarnos que en las horas de la tarde comparecería ante el juez investigador y para referirse a la afirmación estampada por un colega de la tarde según la cual el abogado habría actuado como **investigador** del homicidio", el otro.

Brilla al ojo que yerros son éstos simplemente mecanográficos, no determinantes de torsión o desvío alguno del sentido original de frases no incriminatorias de ilícito al abogado Guarín Salcedo, y los cuales yerros en la misma transcripción, líneas adelante, quedaron rectificados en el paso que, bajo el epígrafe "LA AMISTAD", reza: "Manifiesta el doctor Guarín Salcedo que mal puede haber sido él **instigador** del homicidio en la persona del doctor Torregroza cuando a éste lo ligaba una amistad de más de quince años en el ejercicio de la profesión y siempre existió entre ellos un trato muy cordial y agradable". Vése, pues, que los susodichos lapsos no acusan en la mente del sentenciador error alguno de hecho, que por imperativo de razón supone "la disconformidad entre el entendimiento y el ser real de una cosa". Por lo mismo, se impone en este punto la conclusión de que el juzgador vio las publicaciones como ellas aparecieron en el periódico; pero, más aún, que en la hipótesis de que los errores dichos no hubieran sido simplemente de mecanografía, sino imputables a la lectura que el Tribunal hizo de las mismas, ellos no tuvieron la virtud de falsear su juicio, con lo que estarían así reducidos a la categoría de errores indiferentes.

6.—Es infundado el reparo de que "en ninguna parte de los periódicos llevados por las partes al juicio" se encuentra lo que afirma la sentencia que dice el periódico, a saber: "que el doctor Guarín no se le acusa la agresión y por tanto su declaración se considera de gran importancia". Porque este dicho sí aparece en la publicación del 6 de abril y está reproducido por la demanda del juicio, como se lee en los renglones 11 a 13 del anverso del folio 9 del cuaderno 1º y cuyos términos textuales son: "No se le acusa de la agresión y por lo tanto su declaración se considera como de fundamental trascendencia para el esclarecimiento".

7.—Vistas las publicaciones de "El Tiempo" en que se funda la demanda, la Corte no advierte que la apreciación del Tribunal de no ser ellas incriminatorias de la muerte del abogado Torregroza al demandante, ni lesivas de su reputación, esté en contradicción evidente con lo que dicen esas publicaciones. Por lo que respecta a la primera de ellas, cabe anotar lo siguiente: Que, luego de decir que, de las seis personas que irrumpieron en el establecimiento del suceso, sólo había sido mencionado el abogado Leopoldo Guarín Salcedo, agrega: "**sin haberse precisado su actuación**"; que, luego del interrogante de quiénes eran los seis individuos del grupo y de decir que hasta la víspera sólo se sabía de uno, el abogado Guarín Salcedo, agrega: "**a no ser que el declaran-**

te, que de él habla, se halle equivocada. No se lo acusa de la agresión y por lo tanto su declaración se considera como de fundamental trascendencia para el esclarecimiento"; y que finalmente, después de hablar de la posibilidad de que avance en ese día la investigación si se logra el testimonio de Guarín Salcedo, quien puede dar muchas luces sobre los pormenores del lance, explica la hipótesis así: "en el caso de ser verdad lo que dice uno de los testigos, que él hacía parte del grupo de los seis ciudadanos que llegaron al Bar Pereira".

Por lo que hace a la segunda de las mismas publicaciones se reseña: Que en el encabezamiento, entre otros datos, aparecen los siguientes: "El doctor Guarín Salcedo dice no conocer a los agresores... Lamenta la tragedia, y considera que fue por asuntos ajenos al pleito judicial"; y que, en el cuerpo de la información, luego de expresarse que Guarín Salcedo había anunciado por teléfono que iba a comparecer ante el funcionario, se agrega que dijo: "que mal podía ser instigador del homicidio cuando lo ligaban viejos lazos de amistad social y profesional con el doctor Torregroza...", afirmación ésta que después se repite en otra forma bajo el mote "LA AMISTAD"; que bajo el de "EL ABOGADO", refiriéndose a la información del día anterior, dice: "el doctor Leopoldo Guarín Salcedo tal vez pudiera suministrar datos de mucha importancia para el esclarecimiento de estos trágicos hechos"; que más adelante, bajo el intitulado "OTROS MOTIVOS", después de relatar que Guarín Salcedo había dicho que los cuatro desconocidos no tenían nada qué ver con él sino con Torregroza y por cuestiones ajenas al pleito del lanzamiento, se agrega: "Finalmente manifiesta que condena y repudia el atentado contra su colega y amigo y que horas más tarde se presentaría ante el juez para aclarar todos los detalles". Viene por último la información sobre lo dicho por el señor Jaime Torregroza al periódico, según se lee en el traslado que de toda la publicación se hace al principio.

8.—Ciertamente, los extractos apuntados esfuerzan la conclusión de que el sentenciador, al no hallar en las publicaciones de que se trata incriminación alguna calumniosa o lesiva de la honra del demandante, no se puso en contradicción con lo que resulta de tales publicaciones, tomadas cada una en su unidad o conjunto. Ponderadas ellas por el Tribunal según su presencia procesal en la causa, el concepto crítico que él formóse de las mismas y que le sirvió de razón para dar por no probado el hecho culposo, queda así confinado a su discrecional poder apreciativo acerca del aspecto fáctico de las probanzas y no puede ser tocado por la Corte, porque como ésta lo ha dicho, "Formada dentro de los poderes que legítimamente le competen como juzgador en la instancia, esa nítida convicción del Tribunal no es susceptible de reparo en el recurso extraordinario ante la Corte, porque ni contradice el valor legal de los medios debatidos, ni está en pugna con la evidencia del proceso. No es bastante para la prosperidad del recurso, que pueda ensayarse, como en la demanda, otro estudio sobre los elementos probatorios, puesto que si, conforme a reiterada e invariable doctrina, en casación no se desarrolla un tercer grado del pleito, en manera alguna puede quedar supeditada la valoración probatoria del Tribunal por otra diversa, ni aún con el pretexto de hallarla acaso más razonable". (LXXXVII, 2.194, págs. 417 a 423).

9.—Bajo el mismo cargo de error de hecho fustiga el recurrente, en el capítulo que se estudia, la inteligencia dada por el Tribunal a las publicaciones relativas al asunto de la muerte del abogado Torregroza hechas por "El Tiempo" en los días 10, 16 y 24 de abril de 1955. Aunque no es acertado afirmar, como lo hizo el Tribunal, que para que el hecho culposo se tipifique como elemento de la acción se requiere que "aparezca el animus o la intención de dañar", pues basta que el hecho nocivo sea imputable como culposo a su autor, sin necesidad de que haya obrado con animus nocendi, para que deba responder de él, con todo, si en el caso del pleito el Tribunal llegó a la conclusión de no constituir hecho de tal categoría las publicaciones de "El Tiempo" del 6 y 7 de abril, no lo hizo apoyándose forzosamente en las de los días 10, 16 y 24 del mismo mes, sino que apenas sacó de éstas un argumento a fortiori, pues como atrás se vio, al citar cierta doctrina sobre neutralización de responsabilidad por imputaciones lesivas de la buena fama de otro, cuando hay reparación oportuna del daño, agregó: "...con mayor razón cuando, como en este caso concreto, no existe cargo de tamaña entidad". De otro lado, las tres últimas publicaciones no fueron materia contemplada en la demanda, ya que ésta no se relacionó con ellas, ni en el orden de los hechos, ni por el aspecto del pedimento, todo lo cual excusaría a la Corte de entrar en el examen del cargo referente a las mismas, dada la conclusión de su estudio en relación con las dos primeras, que sí fueron fundamento de la acción.

Si entrase, empero, al terreno del cargo en su aspecto últimamente enunciado o sea el del error de hecho que se imputa al fallador en la apreciación de las publicaciones de los días 10, 16 y 24 de abril, respecto de las cuales dice la sentencia que "el periódico narró con la mayor exactitud posible el desarrollo de los acontecimientos en relación con el doctor Guarín Salcedo, hasta dejar en claro su ninguna responsabilidad —según la prensa— en la tragedia....", tendría la Corte que repudiar la tacha, pues en el concepto así transcrito nada hay que esté en contradicción con tales publicaciones, y asume entonces su imperio la autonomía del juzgador en la apreciación objetiva de las mismas.

Conviene observar que la publicación del día 5 de abril, que en nada se refiere al actor, tampoco entró en el ámbito de la demanda, ni de ella hizo mérito el Tribunal, ni respecto de la misma desenvolvió reparo alguno la impugnación.

10.—Debe desecharse igualmente el cargo en cuanto se refiere a la falta de apreciación por el Tribunal, del certificado expedido por el Secretario del Juzgado Octavo Superior. Porque éste se limita a decir que no aparece que Guarín Salcedo "haya sido indagatoriado, ni se haya dictado auto de detención contra el mismo, quien apenas aparece declarando, como testigo, bajo juramento"; y en ninguna de tales publicaciones se dice que el abogado Guarín Salcedo haya sido indagatoriado, ni dictádose auto de detención contra él, sino que comparecerá como testigo. Y si es cierto que en la del día 16 de abril se informa que el Juez expidió "una providencia por medio de la cual ordenó fuera dejado en libertad", la divergencia que sobre este último punto pudiera existir entre el certificado y la publicación, la dirime en consonancia con ésta el hecho noveno de la demanda en que se afirma que el actor fue detenido e incomunicado del martes 12 de abril hasta el viernes de la misma semana. Quiere, pues, decir que el juzgador no ignoró ni menospreció la susodicha certificación considerada en sí misma y en relación con los demás elementos de juicio que le son concurrentes.

11.—Conclusión de todo lo expuesto es la de que, no habiéndose establecido los errores de apreciación probatoria que el recurrente alega, mal pudieron ser violados los preceptos de carácter sustancial que éste indicó, en la formulación del cargo, como infringidos.

12.—Quedando en pie la razón primaria y fundamental del fallo, de no existir la culpa porque se demanda, la Corte considera, en consecuencia, que son improcedentes los demás cargos de la demanda de casación, desde luego que tienen como supuesto necesario el ilícito no demostrado.

Por cuanto hubo lugar a hacer una rectificación doctrinaria, no se hará condena en costas.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinte (20) de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso.

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

Enrique Coral Velasco. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José F. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Arturo C. Posada. — Ricardo Ramírez L., Secretario.



IMPUGNACION INEFICAZ, CON FUNDAMENTO EN LOS MOTIVOS SEXTO Y PRIMERO DE CASACION, CONTRA UNA SENTENCIA QUE CONDENO AL PROMITENTE VENDEDOR A CUMPLIR SU OBLIGACION DE OTORGAR ESCRITURA DE UN PREDIO RUSTICO

1.—La Corte ha asentado ya la doctrina de que el juicio especialísimo que regula el artículo 1º de la Ley 33 de 1945 es adecuado tan sólo para aquellos casos en que se trata de una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, cuyo objeto único consista en el otorgamiento de una escritura pública o privada. En este supuesto la ley autoriza que el Juez sustituya al deudor en la ejecución del hecho debido. Por su función y por su estructura este juicio corresponde a la categoría de los llamados procesos de ejecución, cuya finalidad primordial consiste en obtener la realización o el cumplimiento de una obligación preestablecida.

2.—El problema planteado en la presente litis entraña una controversia relativa a la situación antijurídica que se le atribuye al demandado, consistente en el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de promesa de compraventa de unos inmuebles, que en este caso es bilateral. La solución de esta disputa requiere el conocimiento de las causas que motivaron la no celebración de la compraventa y la definición de si ellas son o no imputables al promitente vendedor. Siendo ello así, resulta obvio que tal solución no podía buscarse por una vía de ejecución (artículo 1º de la Ley 66 de 1945), sino mediante los trámites de un proceso de cognición que, para esta litis, no son otros que los del juicio ordinario.

3.—La Corte no puede examinar el examen general de las pruebas para investigar si la sentencia acusada incurrió o no en un error cualquiera, sino que debe contraer su labor a estudiar si se cometió el yerro que de manera concreta y precisa debe señalar el impugnante en su demanda de casación.

4.—El artículo 1.602 del C. Civil consagra el principio de la fuerza obligatoria de los contratos entre las personas que los celebraron. Las partes contratantes quedan sujetas a cumplir indefectiblemente las obligaciones que por acuerdo mutuo contraen, pero la misma ley les otorga el medio de desvincularse de esas obligaciones mediante su propio y recíproco consentimiento o alegando causas especiales, tales como la nulidad o la resolución del contrato. Mientras no ocurra uno de estos fenómenos, la convención legalmente celebrada se impone a las partes y debe ser ejecutada por ellas: PACTA SUNT SERVANDA.

5.—El artículo 1.604 del C. Civil señala las causas generales que determinan la responsabilidad en que incurre quien incumple sus obligaciones. Este artículo autoriza a los contratantes, lo mismo que el 1.602 del mismo código, para modificar esas causas y sus efectos, pero sin poder llegar a eliminar por anticipado la responsabilidad que fluye del dolo o de la culpa grave.

6.—Sobre la naturaleza de la cláusula penal se han expuesto varias teorías: unos la consideran como una garantía accesoria, otros como la estimación anticipada de los perjuicios, otros como una sanción y otros

afirman que desempeña funciones diversas. Entre nosotros el artículo 1.592 del C. Civil deja entender que la estima como una garantía al disponer que ella tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación. Los artículos 1.594 y siguientes del mismo código permiten concluir que la estipulación de la cláusula penal no entraña por sí misma la facultad del deudor de retractarse del contrato mediante el pago de la pena ni le impide al acreedor demandar el cumplimiento de la obligación principal si así lo prefiere.

7.—Obvio es que las partes, en ejercicio de su autonomía contractual, pueden pactar lo que se denomina una multa penitencial o de arrepentimiento, para el caso de que alguno de los contratantes se retracte de la convención. Este pacto, sin embargo, no tiene el mismo alcance que la cláusula penal, ni se halla reglamentado como éste en el C. Civil, de suerte que su regulación y sus efectos dependen por entero de las estipulaciones de las partes. Los dos pactos no pueden confundirse: la cláusula penal está consagrada en beneficio del acreedor y tiene por objeto evitar que el deudor se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones, en tanto que la multa de arrepentimiento favorece al deudor al facilitarle la retractación del contrato mediante el pago de la prestación acordada como multa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, D. E., marzo seis de mil novecientos sesenta y uno.

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

La Corte procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 15 de diciembre de 1959 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en este juicio ordinario de Milciades Merchán Bernal frente a María del Rosario Gaitán viuda de Bohórquez.

ANTECEDENTES

El 23 de octubre de 1957 los señores María del Rosario Gaitán viuda de Bohórquez y Milciades Merchán Bernal celebraron en la población de Miraflores un contrato de promesa de compraventa, en virtud del cual la señora Gaitán se obligó a venderle a Merchán y éste a comprarle a aquélla un predio rústico integrado por dos porciones llamadas "El Diamante" y "La Cumbre", situadas en las veredas de "Colombia Chiquita" y "El Tunjo", Corregimiento de Páez, jurisdicción del citado Municipio de Miraflores. El precio de compra se fijó en ochenta mil pesos ($ 80.000.00), precio que Merchán debería pagar en varios contados sucesivos, empezando por dar dos mil pesos el día en que se celebró la promesa y quedando obligado a cubrir dos contados de cinco mil pesos cada uno en los días 28 de octubre y tres de noviembre del año nombrado. Los contratantes acordaron extender la escritura de compraventa en la Notaría de Zetaquira el veintitrés de diciembre del mismo año, y la prometiente vendedora hizo entrega material del predio aludido al señor Merchán. En la cláusula sexta del contrato se consignó esta estipulación: "Como condición penal, las partes fijan la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00) que cualquiera no cumpla (sic) con las condiciones de este contrato, reconocerá a su contraparte para resarcirla de los perjuicios que le puedan ser ocasionados". El señor Merchán cumplió oportunamente la obligación de entregar a la señora Gaitán los tres primeros contados del precio que debía completar la cantidad de doce mil pesos.

El contrato de compraventa prometido no se realizó, y el 15 de enero de 1958 el nombrado Milciades Merchán demandó a la señora María del Rosario Gaitán ante el Juez del Circuito de Miraflores para que, mediante juicio ordinario, se declarase que la demandada tenía la obligación de cumplir la promesa celebrada el 23 de octubre de 1957 y se la condenara a pagarle la cantidad de cinco mil pesos por concepto de la cláusula penal que se pactó y otros cinco mil pesos más por razón de los perjuicios derivados del incumplimiento de la misma promesa.

En su demanda expuso Merchán varios hechos que pueden compendiarse así:

1.—El 23 de octubre de 1957 el demandante y la demandada celebraron el contrato de promesa de compraventa que se ha expresado.

2.—El precio de compra del inmueble se convino en $ 80.000.00, precio que Merchán cubriría en varios contados, empezando por dar a la pro-

metiente vendedora dos mil pesos y debiendo completar la suma de doce mil pesos dentro de los diez días siguientes.

3.—Para la celebración del contrato prometido y el otorgamiento de la escritura respectiva se fijó la fecha del 23 de diciembre de 1957 y se acordó que tal instrumento se otorgaría ante el Notario de Zetaquira.

4.—En el contrato de promesa se acordó la cláusula penal que se ha dejado transcrita.

5.—La señora Gaitán puso al señor Merchán en posesión material del inmueble prometido en venta y le garantizó el goce tranquilo del mismo bien.

6.—El señor Merchán estuvo listo a pagarle a la señora Gaitán otro contado del precio por la suma de $ 3.000.00, pero dicha señora se negó a recibirlo diciendo que no estaba dispuesta a cumplir el contrato de promesa.

7.—El 23 de diciembre de 1957, fecha señalada para la celebración de la compraventa prometida, el señor Merchán concurrió a la Notaría de Zetaquira con el fin de realizar esa convención, pero la señora Gaitán no hizo lo mismo, "poniéndose en mora de cumplir lo estipulado en la promesa de contrato".

8.—Varias veces la señora Gaitán ha manifestado a Merchán que no está dispuesta a cumplir el contrato de promesa.

9.—Por motivo del incumplimiento de la señora Gaitán, el señor Merchán ha sufrido perjuicios que valen más de cinco mil pesos.

La demandada negó la mayoría de los hechos anteriores y se opuso a las prestaciones del demandante. En el alegato de primera instancia su apoderado propuso la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, consistente en haberse ejercitado dos acciones incompatibles, como son la de cumplimiento de la promesa y la de pago de la multa pactada como cláusula penal compensatoria. Además, la misma señora Gaitán promovió contra Merchán una demanda de reconvención para que se declarara nulo el contrato celebrado con éste y se lo condenase a restituirle el fundo que le entregó en razón de ese contrato y a pagarle el usufructo de tal bien.

La primera instancia del litigio concluyó con la sentencia de veinte de junio de 1959, en la cual se declaró que la señora Gaitán está en la obligación de dar cumplimiento al contrato de promesa celebrada con el demandante, se condenó a la misma señora a pagar a éste la suma de $ 5.000.00 por concepto de la cláusula penal, así como las costas del juicio, se la absolvió de cubrir los perjuicios y se denegaron las súplicas de la demanda de mutua petición.

LA SENTENCIA ACUSADA

Contra el fallo de primera instancia se alzó la parte demandada, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en sentencia de 15 de diciembre de 1959, dispuso: a) Modificar la primera declaración de la providencia apelada en el sentido de ordenar que el demandante Merchán debe cubrir el resto del precio del inmueble en el momento mismo en que la señora Gaitán le otorgue la escritura de venta. b) Revocar la condena sobre pago del valor de la cláusula penal y absolver de ella a la demandada. c) Confirmar el resto del fallo recurrido.

El Tribunal estima que el negocio celebrado entre Milciades Merchán y María del Rosario Gaitán es una promesa de compraventa y que no existe prueba de la aserción de la demandada de que ella obró bajo presión o engaño al concertar esa convención. Dice además que tampoco aparece comprobada la nulidad del mismo contrato que la señora Gaitán alega en su demanda de reconvención. Haciendo referencia al incumplimiento de dicho contrato expresa el fallo:

"Hay prueba de que los contratantes estuvieron en Zetaquira el día en que debía hacerse esta escritura; pero se deduce que la señora María del Rosario Gaitán de Bohórquez eludió el cumplimiento de su obligación al no esperar que llegara el Notario de Zetaquira para que ante éste se cumpliera la venta prometida. De ello dan fe los testimonios de Enrique Torres, Milciades Caballero, Rigoberto López, Rosendo Roa, Pablo Ramírez, Heliodoro Novoa y José Reyes Gallego.

"Según la certificación del Notario único del Circuito de Zetaquira, que obra al folio primero del cuaderno 3º, este funcionario se encontraba el 23 de diciembre fuera de Zetaquira y sólo regresó a las 6 de la tarde a esta población.

"Como los contratantes no habían señalado hora determinada, estaban obligados a esperar el regreso del Notario y, en caso de no haber llegado éste aquel día, a estar listos para el siguiente.

"Pero, según constancia que obra en el mismo certificado, sólo el contratante Milciades Merchán estuvo al día siguiente, o sea el 24 de diciembre, en la Notaría.

"La falta de ánimo de la demandada María del Rosario Gaitán v. de Bohórquez para cumplir la

obligación de otorgar la escritura se deduce del hecho 13º de su demanda de reconvención, en donde literalmente se expresa por su apoderado lo siguiente:

"'Mi representada, señora María del Rosario Gaitán v. de Bohórquez no adquirió ninguna obligación de transferir en lo futuro el dominio de sus propiedades llamadas 'El Diamante' y 'La Cumbre' al señor Milciades Merchán Bernal, situadas en las veredas de 'Colombia Chiquita' y 'El Tunjo', del Corregimiento de Páez, de la jurisdicción de Miraflores, según el contrato de 23 de octubre de 1957'".

Acerca de la acción ejercitada por el demandante afirma la sentencia que éste, fundándose en lo prescrito por el artículo 1.546 del C. Civil, solicitó el cumplimiento del contrato de promesa y el pago de la cláusula penal, pero que, conforme a lo estatuído por el artículo 1.594 ibidem, no se puede demandar a la vez la obligación principal y la pena, sino una de estas dos cosas al arbitrio del acreedor, a menos que se haya estipulado lo contrario. Agrega que el acreedor puede exigir en este caso el cumplimiento de la obligación principal, pero no el pago simultáneo de la pena, porque así no se estipuló, y que, por lo mismo se hace necesario modificar la sentencia de primer grado en cuanto condenó a la señora Gaitán a cubrir el valor de la cláusula penal.

Respecto de la excepción de inepta demanda dice el fallo que no puede considerarse como ausencia del presupuesto de demanda en forma la circunstancia de que el actor hubiera demandado a la vez el cumplimiento de la obligación principal y el pago de la pena estipulada, y que lo sucedido en tal caso es una **plus petitio** que en nada afecta la relación jurídico-procesal.

Afirma finalmente que, como se observa que están vencidos todos los plazos acordados por los contratantes para el pago de los varios contados constitutivos del precio del inmueble prometido en venta, es justo y equitativo que, al ordenar a la señora Gaitán cumplir sus obligaciones, se disponga también el pago a ésta del resto de ese precio que aún está pendiente.

EL RECURSO DE CASACION

Con fundamento en los motivos primero y sexto del artículo 520 del C. Judicial, la parte demandada formula contra la sentencia del Tribunal los tres cargos siguientes:

Primer cargo.—Violación de los artículos 1.546, 1.542, 1.608, 1.609 y 1.610 del C. Civil, el primero por aplicación indebida y los otros por falta de aplicación, a causa de no haberse apreciado la prueba que aparece en el juicio y que de manera plena demuestra que la señora María del Rosario Gaitán concurrió con el señor Merchán a Zetaquira el 23 de diciembre de 1957, "día señalado para firmar la escritura correspondiente a la promesa de contrato firmada el 23 de octubre de 1957", y no encontró al Notario porque éste se hallaba ausente de esa población. La falta de apreciación de la prueba aludida condujo al fallador a aplicar de modo indebido el artículo 1.546 del C. Civil al estimar que, por incumplimiento de la señora Gaitán, el prometiente comprador Merchán tenía derecho de pedir la ejecución del contrato de promesa. A consecuencia de la aplicación indebida del precepto citado, se dejó de aplicar el artículo 1.542 ibidem. Además, por la misma falta de apreciación de la prueba, se omitió también aplicar los artículos 1.608, 1.609 y 1.610 ibidem, por el hecho de que no se requirió previamente a la señora Gaitán para constituirla en mora.

Segundo cargo.—En la cláusula sexta del contrato de promesa las partes estipularon como "condición penal" que el contratante que no cumpliera esa convención pagaría al otro la suma de $ 5.000.00 como indemnización de perjuicios. "Esta cláusula —dice el recurrente— consagra el derecho de no cumplir o de retractarse y pagar como perjuicios por no cumplir, cinco mil pesos.

"Al condenar a la señora promitente vendedora a cumplir el contrato, el fallador violó, por dejar de aplicarlos, los siguientes artículos del C. C.: 1.604, inciso 4º, que consagra la autonomía de la voluntad, cuando dice: 'Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes'. El artículo 1.602 de la misma obra que no se aplicó siendo su mandato tan categórico: 'Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales'".

Tercer cargo.—También se acusa la sentencia por la causal sexta, fundada en haberse incurrido en la nulidad llamada incompetencia de jurisdicción. En desarrollo de este cargo y después de referirse a los conceptos de jurisdicción y competencia, expresa el recurrente:

"El señor Merchán, promitente comprador, demandó a la señora de Bohórquez, promitente ven-

dedora, para que se declarara que la señora de Bohórquez está en la obligación de dar cumplimiento a la promesa de contrato y que si no lo hace se le conmine o diga que el Juzgado ejecutará el hecho, o sea que otorgará la correspondiente escritura de transferencia del dominio, declaración que persigue por los trámites de un juicio ordinario.

"El fallador, a pesar de que se dijo que la demanda era inepta, por otros motivos, pero que si hubiera estudiado la ineptitud a fondo, habría hallado que no tenía competencia para decretar el cumplimiento de la obligación, sustituyendo el Juez al obligado, y otorgar la escritura pública para transferir el dominio, agotada la tramitación de un juicio ordinario, porque el caso debía tramitarse por el juicio especial consignado en la ley.

"El artículo 1º de la Ley 66 de 1945 dice: 'A partir de la vigencia de la presente ley se entenderá incorporado a continuación del artículo 974 del C. J. el siguiente: Si el hecho debido consiste en la suscripción de un instrumento o en la constitución de una obligación por parte del deudor, podrá proceder a su nombre el Juez que conoce del litigio, si, requerido aquél, no lo hiciere dentro del plazo que le señale al efecto'.

"A pesar de que la ley dispuso, para el caso en litigio, que se observara un trámite especial como el señalado en el artículo que se acaba de transcribir, el fallador aceptó seguir un juicio ordinario para concluir que 'María del Rosario Gaitán viuda de Bohórquez está en la obligación de dar cumplimiento al contrato de promesa... Y se conmina a la demandada, señora María del Rosario Gaitán vda. de Bohórquez, para que otorgue la correspondiente escritura de venta al prometiente comprador, señor Milciades Merchán Bernal, dentro del término de veinte días contados a partir de la ejecución (sic) de este fallo, y que si no lo hace, el Juzgado ejecutará tal hecho, como es el otorgamiento de la escritura de venta del terreno a que se refiere este fallo'. Para lo cual no tiene el Juez competencia por estar señalado un régimen distinto al del juicio ordinario, o sea que el orden público quedó afectado y debe anularse el fallo por incompetencia de jurisdicción".

La Corte considera:

A)—En relación con el tercer cargo que el orden lógico recomienda examinar primero que los otros, vale recordar que la Corte ha asentado ya la tramitación que corresponde precisamente a la la doctrina de que el juicio especialísimo que regula el artículo 1º de la Ley 66 de 1945 es adecuado tan sólo para aquellos casos en que se trata de una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, cuyo objeto único consiste en el otorgamiento de una escritura pública o privada (LXXIV, 2.126, 397). En este supuesto la ley autoriza que el Juez sustituya al deudor en la ejecución del hecho debido. Este precepto, que tiene origen en el artículo 532 del Código de Procedimiento Civil chileno, señala un trámite que supone de modo necesario la demostración inicial y plena de que existe la obligación mencionada, esto es, que se debe el hecho de otorgar el instrumento aludido. Por su función y por su estructura este juicio corresponde a la categoría de los llamados procesos de ejecución, cuya finalidad primordial consiste en perseguir la realización o el cumplimiento de una obligación preestablecida.

En el caso presente las partes litigantes celebraron un contrato de promesa de compraventa de unos inmuebles; como la convención prometida no se llevó a efecto en la fecha que fue señalada, el prometiente comprador demandó por la vía ordinaria a la prometiente vendedora para que se hiciese la declaración de que ésta se halla obligada a cumplir las obligaciones contraídas por el contrato de promesa. El objeto de estas obligaciones estriba en la celebración de la compraventa referida mediante el otorgamiento de la escritura pública correspondiente. El problema planteado en esta litis entraña una controversia relativa a la situación antijurídica que se atribuye a la demandada, consistente en el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de promesa, que en este caso es bilateral. La solución de esa disputa requiere el conocimiento de las causas que motivaron la no celebración de la compraventa y la definición de si ellas son o no imputables a la demandada. Siendo esto así, resulta obvio que tal solución no podía buscarse por una vía de ejecución, sino mediante los trámites de un proceso de cognición que, para esta litis, no son otros que los del juicio ordinario, que es el paradigma obligado de los procesos de esa categoría cuando la ley no señala un procedimiento especial de la misma naturaleza cognitiva.

Estas consideraciones demuestran que en la ocurrencia presente no se adoptó un procedimiento inadecuado y extraño al carácter y a la finalidad de este litigio, sino que por el contrario se siguió

naturaleza declarativa y de condena de la acción en ejercicio. Por lo demás, la jurisprudencia tiene establecido que la equivocación en la vía procesal no produce nulidad, sino inhibición para proferir una decisión de fondo. No aparece, pues, que se haya incurrido en la nulidad que alega el recurrente.

B)—En el primer cargo se acusa la sentencia de violar varios preceptos del C. Civil, unos por aplicación indebida y otros por falta de aplicación, a causa de no haber apreciado el fallador las pruebas demostrativas de que la demandada concurrió puntualmente a la población de Zetaquira con el fin de celebrar con el demandante la compraventa prometida y de que, si no lo hizo, fue por no haber encontrado al Notario. Así formulada, la impugnación se basa en el quebranto indirecto de disposiciones sustantivas por motivo de un error de hecho, consistente en la falta de apreciación de unas pruebas. (LXXVIII, 2.146, 571).

Conforme a doctrina constante de la Corte el error de hecho en la apreciación de las pruebas "consiste en dejar de estimar una prueba que existe en el proceso, o suponer que existe una que no hace parte del proceso; y, además, debe influir decisivamente en el fondo de la controversia, de suerte que en razón del error y sólo por él, se haya aceptado o negado la existencia de un hecho fundamental en la litis". (LXXVIII, 2.147, 887). También ha dicho la Corte que "hay error manifiesto de hecho cuando se tiene por demostrado un hecho del cual en realidad no aparece prueba en el proceso; o cuando existiendo ella, no se le toma en cuenta o se le da por el fallador un significado manifiestamente contrario al contenido de la prueba, considerada en sí misma". (LXXVII, 2.138-2.139, 157. 2.140, 464).

El error de hecho debe ser ostensible o manifiesto. "El error de hecho en la apreciación de las pruebas que conduce a la violación de la ley sustantiva y que permite a la Corte la casación de un fallo, tiene que ser manifiesto, es decir, tan grave y notorio que a la simple vista se imponga a la mente sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o en otros términos, de tal magnitud que resulte absolutamente contrario a la evidencia del proceso. No es, por tanto, error de hecho que autorice la casación de un fallo aquel a cuya demostración sólo se llega mediante un esforzado razonamiento. Ha sido ésta la doctrina constante de la Corte, sólidamente fundada en la naturaleza del recurso de casación que, como es bien sabido, no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de todos los elementos probatorios aducidos en el juicio". (LXXVIII, 2.147, 872. LXXXIII, 2.174 - 2.175, 873).

Y no sólo se requiere que el error de hecho sea manifiesto, sino que también es necesario que el recurrente exprese con claridad en qué consiste ese yerro y cuáles son en concreto las pruebas mal apreciadas por el sentenciador. En casación de nueve de abril de 1956 dijo la Corte sobre este particular: "No es de recibo en casación acusar la sentencia por errónea apreciación de las pruebas fundando el cargo en una crítica general al conjunto de los medios de convicción que tuvo en cuenta el sentenciador para dar por demostrados los hechos controvertidos. La acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, que conduzca a la infracción de la ley sustantiva, tiene que referirse en concreto, singularmente, a determinados elementos probatorios que el sentenciador no tuvo en cuenta o apreció indebidamente, y a consecuencia de lo cual se haya producido un quebrantamiento de las normas atinentes al fondo del negocio. Una censura global a la tarea estimativa del sentenciador sobre las pruebas, no es suficiente para sustentar útilmente la impugnación". (LXXXII, 2.165-2.166, 271. LXXXVII, 2.192-2.193, 97).

En este caso el recurrente impugna el fallo por infringir varios preceptos sustanciales a causa de que el sentenciador no apreció unas pruebas referentes al viaje que la demandada hizo a Zetaquira con el fin de celebrar con el demandante la compraventa prometida. El cargo no señala de manera concreta y determinada los elementos probatorios que el fallador dejó de apreciar, ni expresa con claridad en qué estriba el error de hecho, ni éste aparece de manifiesto. Estas deficiencias en la formulación del cargo lo inhabilita para ser analizado y admitido en casación, toda vez que la Corte no puede acometer el examen general de las pruebas para investigar si la sentencia acusada incurrió o no en un error cualquiera, sino que debe contraer su labor a estudiar si se cometió el yerro que de manera concreta y precisa debe señalar el impugnante en su demanda.

C)—En el segundo cargo se acusa la sentencia de violar, por falta de aplicación, los artículos 1.602 y 1.604 del C. Civil por razón de condenar

a la demandada a cumplir el contrato de promesa no obstante que en éste se consignó una cláusula que confiere a la misma demandada, según el recurrente, el derecho de retractarse de dicho contrato mediante el pago de la multa convenida.

El artículo 1.602 del C. Civil consagra el principio de la fuerza obligatoria de los contratos entre las personas que los celebran. Las partes contratantes quedan sujetas a cumplir indefectiblemente las obligaciones que por acuerdo mutuo contraen, pero la misma ley les otorga el medio de desvincularse de esas obligaciones mediante su propio y recíproco consentimiento o alegando causas especiales, tales como la nulidad o la resolución del contrato. Mientras no ocurra uno de estos fenómenos, la convención legalmente celebrada se impone a las partes y debe ser ejecutada por ellas (Pacta sunt servanda).

El artículo 1.604 ibidem señala las causas generales que determinan la responsabilidad en que incurre quien incumple sus obligaciones contractuales. También este precepto autoriza a los contratantes para modificar esas causas y sus efectos, pero sin poder llegar a eliminar por anticipado la responsabilidad que dimana del dolo o de la culpa grave. (XLIV, 1.917, 409).

La cláusula penal es aquella estipulación en virtud de la cual una persona se somete a una sanción o pena para el caso de incumplirse o de retardarse el cumplimiento de una obligación propia o ajena. Sobre la naturaleza de esta cláusula se han expuesto varias teorías: unos la consideran como una garantía accesoria, otros como la estimación anticipada de los perjuicios, otros como una sanción, y hay quienes mantienen la tesis de que ella desempeña funciones diversas. Entre nosotros el artículo 1.592 del C. Civil deja entender que la estima como una garantía al disponer que ella tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación.

Los artículos 1.594 y siguientes del mismo C. Civil regulan los casos en que se puede exigir el cumplimiento de la obligación principal o de la pena o de ambas a la vez y permiten concluir que la estipulación de una cláusula penal no entraña por sí misma la facultad del deudor de retractarse del contrato mediante el pago de la pena ni le impide al acreedor demandar el cumplimiento de la obligación principal si así lo prefiere. La finalidad de la cláusula penal es afianzar la ejecución de las obligaciones principalmente acordadas y por tanto ella no autoriza al deudor para exonerarse del cumplimiento de esas obligaciones. Obvio es que las partes, en ejercicio de su autonomía contractual, pueden pactar lo que se denomina una multa penitencial o de arrepentimiento, o sea la estipulación de una multa para el caso de que alguno de los contratantes se retracte de la convención. Este pacto, sin embargo, no tiene el mismo alcance que la cláusula penal ni se halla reglamentado como ésta en el C. Civil, de suerte que su regulación y sus efectos dependen por entero de las estipulaciones de las partes. En casación de seis de julio de 1955 la Corte reconoció "la validez de la estipulación por medio de la cual se autoriza a una de las partes para desistir del contrato mediante el pago de una multa previamente convenida", pero advirtió también que tal pacto se diferencia de la cláusula penal por cuanto ésta no faculta en principio al deudor para retractarse de la convención. (LXXX, 2.164, 413). En suma, la cláusula penal no puede confundirse con la multa penitencial, porque aquélla está consagrada en beneficio del acreedor y tiene por objeto evitar que el deudor se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones, en tanto que el pacto o multa de arrepentimiento favorece al deudor al facilitarle la retractación del contrato mediante el pago de la prestación acordada como multa.

El pacto estipulado en la cláusula sexta del contrato de promesa ha sido entendido por las partes litigantes y por los falladores de mérito como una cláusula penal. Sólo ahora el recurrente le asigna el alcance de una multa penitencial o de arrepentimiento que autorizaba a la demandada para retractarse de aquel contrato mediante el pago de la suma de cinco mil pesos y que impide condenarla a cumplir las obligaciones principales que contrajo por la misma convención. Si se tiene en cuenta que ese pacto no contiene ninguna expresión reveladora de que la contratante Gaitán se hubiera reservado la facultad de desistir de la promesa y si se considera además que por regla general toda obligación se contrae con el fin de ser cumplida, se hace forzoso concluir que la estipulación de que se trata constituye en realidad una cláusula penal y no una simple multa penitencial y que en consecuencia ella no facultaba a la demandada para eximirse de cumplir las obligaciones nacidas del contrato en referencia. Todo lo cual demuestra que la sentencia no dejó de aplicar ni viola los artículos 1.602 y 1.604 del

C. Civil por el hecho de condenar a la misma demandada a ejecutar las obligaciones dichas.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que el recurso no puede prosperar.

En mérito de las consideraciones que anteceden 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 quince de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en este juicio ordinario de Milciades Merchán Bernal contra María del Rosario Gaitán viuda de Bohórquez.

La parte recurrente debe cubrir las costas del recurso.

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

Enrique Coral Velasco. — José J. Gómez R. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José Hernández Arbeláez. — Arturo C. Posada. — Enrique López de La Pava. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

NO PROSPERARAN LOS CARGOS QUE, CON INVOCACION DE LA CAUSAL PRIMERA DE CASACION, SE FORMULAN CONTRA UNA SENTENCIA QUE ORDENO LA RESTITUCION DE LAS TRES CUARTAS PARTES DE UN TERRENO

La prosperidad de la acusación a una sentencia por error de derecho en la apreciación de una o más pruebas exige que el demandante en casación cite no solamente las disposiciones sustanciales que considere violadas, sino también las que fijan al valor probatorio de los medios indebidamente estimados. El artículo 531 del C. Judicial le impone al recurrente indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la impugnación y citar "los textos legales que el recurrente estime infringidos". Esto obedece a que la Corte en el recurso extraordinario nueva valoración de una prueba sino cuando se le demuestre el error de derecho provenido de que el sentenciador le dio al medio probatorio el mérito que no le reconoce la ley, o dejó de atribuirle el que le fija la norma violada, lo que es imposible sin el señalamiento de ésta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, quince de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada)

Anatolio Valderrama Rodríguez demandó en el Juzgado Civil del Circuito de Málaga a Vicente Cordero Gil para que en juicio ordinario se hicieran "las siguientes declaraciones y condenas":

1ª Que el demandante Valderrama Rodríguez tiene mejor título y, por consiguiente mejor derecho que el demandado Cordero Gil al dominio del "terreno que perteneció a la herencia de José María Soto y Dolores Barrera, como causahabiendo de los herederos Severo y Clemente Soto Barrera, situado en la fracción de La Loma, de la jurisdicción del Municipio de Capitanejo, con sus edificaciones existentes, servidumbres activas de aguas para regadío, llamado La Loma, y alindado" como se expresa en esta súplica.

"2ª—Que el señor Vicente Cordero Gil, como sucesor de Miguel Cordero y Efraín Sandoval, causahabientes de los herederos Severo y Clemente Soto Barrera no tiene derecho a ocupar el inmueble alindado en la petición anterior, como parte integrante de la herencia de José María Soto y Dolores Barrera: es decir, del título derivado con el pretendido carácter de causahabiente de los citados Severo y Clemente Soto Barrera".

3ª—Que Cordero Gil debe restituir a Valderrama Rodríguez seis días después de la ejecutoria el inmueble La Loma determinado en la petición primera "con todas sus servidumbres de aguas, anexidades y dependencias, y con el derecho a las leñas del potrero de La Falda y desde el zanjón de San Lucas para arriba y el derecho a aljibe, como se expresó en los títulos de propiedad" del demandante.

4ª—Que Cordero Gil debe restituir el inmueble en referencia con los frutos civiles y naturales producidos a partir del año de 1934, en que perdió la posesión el actor hasta cuando se haga la entrega, y considerado aquél como poseedor de mala fe.

Los hechos se pueden resumir y ordenar así:

José María Soto Duarte falleció en Capitanejo el 31 de agosto de 1901, y le sobrevivieron su cónyuge, Dolores Barrera de Soto, y sus dos hijos legítimos, Severo y Clemente Soto.

En el juicio de sucesión se practicaron el inventario y avalúo de los bienes herenciales entre

los cuales se incluyeron "varios lotes rurales, ubicados en el punto de La Loma, jurisdicción de Capitanejo"; y la partición de bienes que se quedó sin aprobación judicial.

En 1911 murió Dolores Barrera y se radicaron todos los derechos de esa sucesión y la de José María Soto en cabeza de los dos hijos, Severo y Clemente Soto.

Por las escrituras 457 de 27 de agosto de 1913 de la Notaría 1ª de Málaga, y 393 de 24 de septiembre del mismo año, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito del Norte (Soatá), Severo y Clemente Soto Barrera le vendieron a Emilio Valderrama sendos lotes de terreno, situados en la fracción de La Loma, Municipio de Capitanejo, por los linderos especificados en el respectivo título, "junto con el derecho y acción que les pudiera corresponder en la sucesión de sus padres, José María Soto y Dolores Barrera".

Emilio Valderrama le vendió a Ambrosio García, según la escritura 180 extendida en la Notaría 2ª de Málaga, los mismos derechos que había adquirido de los hermanos Soto Barrera.

Ambrosio García dio en venta a Resurrección Pinzón y Anatolio Valderrama, por partes iguales, el terreno de La Loma, mediante instrumento 226 autorizado por el Notario 2º de Málaga el 28 de agosto de 1932.

María Resurrección Pinzón, de conformidad con la escritura 439 de 16 de agosto de 1940 corrida en la Notaría 1ª de Málaga, le vendió a José del Carmen Báez la mitad del terreno La Loma. José del Carmen Báez, al tenor de la escritura 440 de 17 de agosto de 1940, Notaría 1ª de Málaga, transfirió a título de venta a Anatolio Valderrama L. la mitad de dicho terreno.

Clemente Soto, por escritura 139 de 21 de mayo de 1916, Notaría 2ª de Málaga, y Severo Soto, mediante la número 399 de 31 de agosto del mismo año, vendieron a Miguel Cordero todos sus derechos en la sucesión de sus padres, José María Soto y Dolores Barrera.

Miguel Cordero le transfirió una parte de estos derechos a Efraín Sandoval.

El juicio de sucesión de José María Soto, protocolizado en la Notaría 2ª de Málaga por escritura 306 de 28 de noviembre de 1932, "terminó con la partición de bienes entre Miguel Cordero y Efraín Sandoval".

Ni Emilio Valderrama ni sus sucesores se hicieron parte en la mortuoria de José María Soto.

Emilio Valderrama poseyó los lotes comprados a los hermanos Soto Barrera desde 1913 hasta 1932 en que se los enajenó a Ambrosio García. Este siguió con la posesión por mes y medio, al cabo del cual le vendió el mismo bien a Anatolio Valderrama y Resurrección Pinzón, quienes continuaron en ella hasta fines de 1934, en que fueron despojados del inmueble en virtud de la diligencia practicada por la Alcaldía de Capitanejo, a petición de Miguel Cordero, padre de Vicente Cordero Gil. Aquel era Alcalde de Capitanejo por dicha época, y con el fin de hacerse a la posesión pidió una licencia para separarse del cargo e hizo nombrar un interino, el cual le hizo la entrega del inmueble.

"Miguel Cordero Millán, padre de Vicente y Miguel Cordero Gil, hizo varias transferencias con Efraín Sandoval y con sus hijos sobre el predio La Loma con el fin de eludir el juicio ordinario sobre reivindicación de los mismos bienes intentado por los representantes legales de la sucesión de José Resurrección Rojas Delgado y por Anatolio Valderrama". Tal juicio fue fallado por la Corte en sentencia de 9 de abril de 1940, por la cual casó la del Tribunal, y decretó la reivindicación condenando a Miguel Cordero a restituir los lotes reclamados por la sucesión de José Resurrección Rojas Delgado.

Vicente Cordero Gil es el actual poseedor del inmueble alindado en la primera petición.

El demandado contestó la demanda ateniéndose a los títulos referentes a las transferencias que partiendo de los Soto Barrera llegaron al actor; aceptó como ciertas las que hicieron los mismos vendedores a Miguel Cordero y éste a Efraín Sandoval y niega todos los demás. Propuso la excepción de prescripción y la resultante de cualquier hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida.

El Juzgado de primer grado, en sentencia de veinticinco de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, resolvió favorablemente las peticiones del actor, pero limitó la declaración del mejor derecho de éste y su restitución a las tres cuartas partes del terreno, materia de la litis, y de los frutos.

El Tribunal Superior de Bucaramanga, en la apelación propuesta por el demandado, por sentencia de doce de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve, confirmó la del inferior con la única reforma "de considerar al demandado Vicente Cordero Gil o quien sus derechos represente como poseedor de buena fe".

Fundamentos del fallo de segunda instancia.

El Tribunal, de la confrontación de los títulos presentados por las partes, halla que ambos "derivan sus pretendidos derechos sobre el inmueble que reivindican de una misma sucesión, la de los causantes José María Soto Duarte y María Dolores Barrera de Soto, puesto que los herederos de estos cónyuges, o sean, Severo y Clemente Soto, enajenaron primeramente a Emilio Valderrama, primitivo causante del actor, los derechos y acciones herenciales que les correspondían y que vincularon al terreno de La Loma, que es materia litigiosa; los mismos herederos vendieron también sus derechos y acciones todos en la misma sucesión a los señores Miguel Cordero Millán y Efraín Sandoval, antecesores del demandado Vicente Cordero Gil. "Se trata, por consiguiente, de una doble venta de derechos herenciales por unos mismos herederos a dos distintos adquirentes: Emilio Valderrama, por un lado, y Miguel Cordero Millán y Efraín Sandoval, por el otro. De estos compradores, Valderrama no se preocupó por intervenir y hacerse reconocer como interesado en el juicio sucesorio Soto-Duarte, al menos no hay constancia de ello; mientras que Cordero Millán y Sandoval sí supieron hacerse presentes en la causa mortuoria; donde se hicieron adjudicar los bienes del causante Soto, tal como parece de la partición protocolizada por escritura número 627 del 13 de diciembre de 1934 de la Notaría 1ª del Circuito de Málaga. En rigor de verdad, el título más antiguo presentado por el demandado es esta última escritura, donde se hace simple referencia de la adquisición de derechos herenciales a favor de Miguel Cordero Millán y Efraín Sandoval. En cambio, el actor sí presentó al debate, como sus más antiguos títulos, las copias registradas de las escrituras 457 del 27 de agosto de 1913, de la Notaría 1ª de Málaga, y 373 del 24 de septiembre de 1913, de la Notaría 1ª del Circuito del Norte (Soatá) por las cuales Emilio Valderrama adquirió de los herederos Severo y Clemente Soto los derechos que se vincularon al terreno litigioso".

El sentenciador de segunda instancia hizo un estudio de la titulación por la cual el inmueble de La Loma pasó de Emilio Valderrama a Ambrosio García, de éste a Anatolio Valderrama y Resurrección Pinzón, por partes iguales, la cual, mediante escritura 439 del 16 de agosto de 1940 vendió a José del Carmen Pinzón solamente una cuarta parte, porque la otra cuarta parte se la había transferido a Miguel Matus Gallo desde junio de 1933. Pinzón, a su turno, le pasó también en venta a Anatolio Valderrama la cuarta parte habida de la Pinzón. Y es así como el Tribunal halla demostrado que el demandante Anatolio Valderrama es dueño de las tres cuartas partes del terreno sub judice.

La titulación del demandado Vicente Cordero Gil arranca propiamente de la adjudicación que a Miguel Cordero Millán y Efraín Saldoval, se les hizo en el juicio mortuorio de José María Soto Duarte como cesionarios de los herederos Severo y Clemente Soto. Dicha adjudicación consta en la escritura 627 de 13 de diciembre de 1934, Notaría 1ª de Málaga, por la cual se protocolizó el juicio de sucesión de José María Soto Duarte. Efraín Sandoval vendió a Vicente Cordero Gil en 1935 los lotes de terreno que le correspondieron en La Loma. En el mismo año, Miguel Cordero Millán traspasó en venta a Vicente Cordero Gil el bien raíz que le había sido adjudicado en aquel sitio. En julio de 1932 Miguel Matus Gallo transfirió a Miguel Cordero la cuota parte que él había habido de Resurrección Pinzón. En junio de 1948, Vicente Cordero Gil le vendió a Miguel Cordero Gil el terreno que dijo haber adquirido de Miguel Cordero y Efraín Sandoval. Días después, en el mismo mes de junio de 1948, Miguel Cordero Gil revirtió a Vicente Cordero Gil el mismo terreno.

Sobre la cuarta parte del predio vendido por Matus Gallo a Miguel Cordero observa la sentencia que no "existe referencia cierta de que esa cuota haya sido transmitida por su adquirente Miguel Cordero al demandado Vicente Cordero Gil".

Estima el Tribunal que, habiendo sido vendido el derecho de herencia a dos personas distintas, en la controversia posterior surgida de la doble venta entre herederos o causahabientes del mismo vendedor, lógicamente debe privar la regla contenida en el artículo 1.873 del Código Civil conforme al cual, "el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro; si se ha hecho la entrega a los dos, aquel a quien se haya hecho primero será preferido, si no se ha entregado a ninguno, el título más antiguo prevalecerá".

El título más antiguo, dentro del supuesto de que las dos titulaciones se refieran a la misma cosa litigiosa, es sin duda alguna el del actor Anatolio Valderrama "puesto que la cesión de derechos herenciales a favor de Emilio Valderrama se remonta a 1913".

La circunstancia de que Miguel Cordero y Efraín

Sandoval se hayan hecho reconocer como cesionarios de Severo y Clemente Soto, y en esta calidad les hayan sido adjudicados los bienes herenciales de José María Soto Duarte, "no les otorga mejor título ni derecho frente al comprador anterior de esos mismos o de parte de esos derechos, que los haya adquirido primeramente de los mismos herederos, porque siendo esta primera venta de absoluta y total validez, es evidente que el heredero vendedor no pueda desconocerla posteriormente enajenando los mismos bienes a persona distinta".

Transcribe las partes pertinentes de la sentencia que la Corte, en Sala de Casación Civil, profirió el 9 de abril de 1940 en el juicio ordinario seguido por los herederos de José Resurrección Rojas Delgado, en reivindicación de inmuebles habidos por éste de ventas de Severo y Clemente Soto, y poseído por Miguel Cordero en razón de la adjudicación que se le hizo en la mortuoria de José María Soto Duarte como cesionario de los derechos herenciales de los dos hermanos Soto Barrera. En dicho fallo se destaca el siguiente parágrafo referente a la situación de los compradores de un derecho herencial en un cuerpo cierto: "Por consiguiente y según lo expuesto, las ventas de que dan cuenta las escrituras citadas, aun cuando se refieren a bienes de una herencia sin liquidar, son válidas en cuanto hace a los contratantes y obligan a los herederos vendedores a responder al comprador de lo vendido. Y si los vendedores resultan ser los únicos herederos del causante a cuyo dominio pertenecieron los bienes vendidos, y ellos a sus cesionarios, adquieren a la postre la adjudicación de tales bienes, ya por partición, o ya por el derecho de posesión efectiva que haga innecesaria la partición, según el artículo 988 del C. J. entonces la venta ya no será de cosa ajena sino de cosa que por el efecto retroactivo de la partición o del decreto de posesión efectiva, en su caso, se reputan de propiedad del heredero enajenante desde el momento mismo de la delación".

Deduce así el derecho que asiste a Anatolio Valderrama "como cesionario de derechos y acciones específicamente vinculados a un inmueble determinado, para aducir esos títulos como de mejor prevalencia frente a los títulos del demandado".

Observa si que los títulos del actor no acreditan plena propiedad sobre todo el predio sino apenas sobre una cuota indivisa equivalente a tres cuartas partes, porque la cuarta parte restante fue enajenada por Resurrección Pinzón a Miguel Matus Gallo, quien la transfirió a Miguel Cordero según el estudio de las titulaciones. Por esta razón y por estar debidamente acreditadas la identidad del bien reclamado y la posesión que de él tiene el demandado, estima correcta la condenación a que éste restituya las tres cuartas partes del predio, ya que, de otra parte, no se acreditó la prescripción alegada.

El demandado impugnó el fallo del Tribunal con el recurso extraordinario de casación, que se entra a decidir dado que su tramitación se halla cumplida.

Demanda de casación

Invocando la causal primera del artículo 520 del C. J. el recurrente le formula tres cargos a la sentencia por violación de la ley sustantiva a causa de error de derecho en la apreciación del contenido de las escrituras presentadas por la parte demandante para acreditar el dominio, el primero; de los instrumentos aducidos por el demandado, el segundo, y por error de derecho en la valoración de la confesión que contiene la demanda en los hechos 18 a 21, inclusive, acerca de la posesión tenida por Miguel Cordero Gil durante más de diez años.

Se consideran conjuntamente los dos primeros por la conexidad que tienen en la forma de presentación.

Primero y segundo cargos

El primero lo expone, en síntesis, así: La sentencia acusada es violatoria de los artículos 765, 46 y 950 del Código Civil a consecuencia de haber incurrido en error de derecho en la estimación legal del valor o contenido de las escrituras públicas "457 de 27 de agosto de 1913, por la cual Clemente y Severo Soto le vendieron a Emilio Valderrama el derecho y acción que por herencia de sus padres José María Soto y Dolores Barrera tienen en el terreno objeto del juicio; 373 de 24 de septiembre de 1913, mediante la cual los mismos herederos Soto Barrera le venden a Emilio Valderrama sus derechos y acciones vinculados a otro lote de terreno; 180 de 7 de julio de 1932 según la cual Emilio Valderrama transfiere a Ambrosio García el mismo inmueble bajo la condición de traspasarlo a su muerte en venta a Anatolio Valderrama y Resurrección Pinzón en partes iguales; 225 de 29 de agosto de 1932, en vir-

tud de la cual García pasa en venta a éstos el mismo bien; 438 de 16 de agosto de 1940 por la cual Resurrección Pinzón vende a José del Carmen Báez la totalidad de la cuota habida de García, siendo entendido que la Pinzón en 1933 le había vendido a Miguel Matus Gallo la mitad de su cuota y 440 de 17 de agosto de 1940 en la cual Báez le transfiere a Anatolio Valderrama la cuota adquirida de la Pinzón.

Al tenor de estas escrituras, los Soto Barrera sólo podían vender a Anatolio Valderrama derechos y acciones, no cuerpo cierto, esto es, derechos hereditarios, no el dominio pleno del inmueble a que se refiere la parte resolutiva de la sentencia, teniendo en cuenta que solamente "la sentencia de partición y adjudicación de bienes es el título traslaticio del dominio del bien o bienes respectivos". Por lo tanto el sentenciador, al darle el carácter de plena prueba a los instrumentos mencionados, violó por error de derecho el artículo 765 del C. C. "que determina que son títulos traslaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, entre los cuales están los actos legales de partición".

No siendo título traslaticio de dominio la cesión de derechos hereditarios, puesto que solamente da acción para hacerse reconocer en el respectivo juicio de sucesión, la sentencia impugnada violó también el artículo 946 de la misma obra, ya que le dio al actor el carácter de dueño de una cosa singular, que en realidad no tenía, y el 950 ibidem en razón de que "carece de título para reivindicar".

La segunda tacha la sitúa también en trasgresión de los mismos artículos 765, 946 y 950, del Código Civil, proveniente de error de derecho en la estimación "del valor y contenido de los siguientes instrumentos": a) el 827 de 13 de diciembre de 1934, por el cual se protocolizó en la Notaría 1ª de Málaga la mortuoria de José María Soto Duarte en la cual se les adjudicó a Miguel Cordero y Efraín Sandoval, como cesionarios de los herederos Clemente y Severo Soto, entre otros, el terreno sub lite; b) el 168 de 11 de octubre de 1935 en la cual consta que Sandoval vende a Vicente Cordero Gil inmuebles situados en el referido punto de La Loma; c) el 293 bis de 16 de octubre de 1935, donde se expresa la venta que Miguel Cordero Millán le hace a Vicente Cordero Gil de la finca situada en el mismo lugar, la cual le fue adjudicada en la sucesión de Soto Duarte; d) el 235 de 20 de junio de 1948 mediante el cual Vicente Cordero Gil transfiere a Miguel Cordero Gil el bien raíz que había comprado a Efraín Sandoval y Miguel Cordero Millán; y e) el 245 de 27 de junio del mismo año por el cual Miguel Gordero Gil retrovende el mismo predio a Vicente Cordero Gil.

El error de derecho consistió en que el Tribunal apreció erróneamente todas estas escrituras, especialmente la primera, de la cual aparece que a Miguel Cordero Millán y Efraín Sandoval, antecesores del demandado, les fue adjudicada la finca que se pretende reivindicar, no obstante, les desconoció con violación del artículo 765 del C. Civil el carácter de títulos traslaticios de dominio; el 946, ibidem, porque siendo dueño Vicente Cordero Gil, el sentenciador le reconoció a Anatolio Valderrama el carácter de propietario de las tres cuartas partes del inmueble, objeto de la controversia, cuando solamente era titular de derechos hereditarios en una sucesión liquidada sin haberse hecho presente; y el 950, ibidem, porque le desconoció al demandado su derecho de propiedad.

La Corte considera:

La prosperidad de la acusación a una sentencia por error de derecho en la apreciación de una o más pruebas exige que el demandante en casación cite no solamente las disposiciones sustanciales que considere violadas, sino también las que fijan el valor probatorio de los medios indebidamente estimados. El artículo 531 del C. Judicial le impone al recurrente indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la impugnación y citar "los textos legales que el recurrente estime infringidos". Esto obedece a que la Corte en el recurso extraordinario de casación no tiene facultad para entrar en nueva valoración de una prueba sino cuando se le demuestre el error de derecho proveniente de que el sentenciador le dio al medio probatorio el mérito que no le reconoce la ley, o dejó de atribuirle el que le fija la norma violada, lo que es imposible sin el señalamiento de ésta.

De otra parte, como la trasgresión de la ley sustantiva por error de derecho en la estimación de pruebas es indirecta, es imposible en casación llegar a su demostración sin citar los preceptos vulnerados, tanto los sustantivos propiamente dichos, como los de la tarifa que fijan el mérito de las pruebas a que se refiere la tacha.

Ocurre que el recurrente en las dos tachas por error de derecho en la apreciación de las escrituras referentes así al derecho del demandante

como al del demandado cita solamente los artículos 765, 946 y 950 del Código Civil, ninguno de los cuales trata del valor probatorio de las escrituras públicas.

Tercer cargo

La tercera acusación la funda el recurrente en que la sentencia viola ley sustantiva en los artículos 762, 1.769, 2.512, 1.518, 2.528, 2.529 del C. C., 603 y 607 (inciso 2º) del C. Judicial, a causa de haber apreciado equivocadamente "el contenido del escrito de demanda en los hechos 18 a 21 inclusive, pues de éstos aparece que desde el año de 1934 han tenido la posesión material de que habla la misma demanda, Miguel Cordero Millán, Efraín Sandoval y el actual poseedor Miguel Cordero Gil. Estos hechos constituyen al tenor de los artículos 1.769 del C. C., 605, 606 y 607, inciso segundo, del C. J. la plena prueba; y como el Tribunal sentenciador no la tuvo como tal, esto implica un error de derecho que lo llevó a considerar como no acreditada la posesión material por parte del demandado por el lapso de diez años y más". Si hubiera estimado en su verdadero valor dicha confesión, habría declarado probada la excepción de prescripción alegada por el demandado.

Este error de derecho, consistente en no haberle dado a la confesión el valor de plena-prueba que le asignan las normas citadas, produjo el quebrantamiento de los artículos citados del Código Civil.

Se considera:

El cargo se reduce a que el Tribunal no le dio el carácter de plena prueba a la confesión que en los hechos 18 a 21 inclusive hace el demandado sobre posesión material que del terreno en litigio ha tenido el demandado por un tiempo de más de diez años. No se trata propiamente de un error de derecho en la interpretación de la demanda, el que, como lo ha expresado la Corte, toca con la estimación jurídica de las acciones, supuesto en el cual la violación de la ley sustantiva sería directa en cuanto a las normas que las regulan (XCH, 66, 937), sino de un error de derecho en la valoración de la confesión que como prueba encierra la demanda en los hechos 18 a 21 inclusive, sobre posesión material del terreno en litigio por parte del demandado durante más de diez años.

El artículo 520 del C. Judicial, en el segundo inciso del ordinal 1º dispone que, cuando se trata de error en la apreciación de una prueba, el recurrente no solamente debe alegarlo sino demostrar que se incurrió por el Tribunal en el que se invoca, de derecho en el caso concreto. El actor no ha cumplido con este requisito, pues ni siquiera analizó el contenido de los hechos para establecer la confesión que pretende sobre la posesión material. Aunque esta deficiencia en la sustentación del cargo sería suficiente para rechazarlo, la Corte con todo examina los hechos y lo que el fallador dijo al respecto.

En el hecho XVIII, el libelo expone que Ambrosio García continuó la posesión que hasta 1932 tuvo su antecesor Emilio Valderrama, y que le siguieron en ella Anatolio Valderrama y Resurrección Pinzón hasta fines de 1934, en que fueron desposeídos del inmueble en virtud de una diligencia practicada por el Alcalde de Capitanejo, para entregárselo a Miguel Cordero, padre de Vicente Cordero Gil.

El XIX expone la transferencia del bien en venta hecha por Miguel Cordero Millán y Efraín Sandoval a Vicente Cordero Gil; la que éste hizo a su hermano Miguel Cordero Gil; y finalmente, la del último al demandado por los representantes de la sucesión de José Resurrección Rojas Delgado y Anatolio Valderrama.

El XX relata que en el juicio seguido por dicha sucesión contra Miguel Cordero fue casada la sentencia por la Corte, y condenando a Miguel Cordero a restituir los bienes.

Finalmente, el XXI afirma que Vicente Cordero Gil es el actual poseedor de la finca La Loma.

El Tribunal, en el estudio de la excepción de prescripción alegada por el demandado, advierte que los testigos presentados por el mismo han dicho ser verdad que en 1934 Miguel Cordero Millán desposeyó coercitivamente a Anatolio Valderrama agregando que la posesión pasó luego a Vicente Cordero Gil, a quien señalan como actual poseedor. Y agrega: "Esto mismo se asevera en la demanda. Pero de estas afirmaciones de un orden general y escueto no se demuestra con la eficacia de un relevo de prueba en favor del excepcionante, quien tiene sobre sus hombros el *onus probandi* de la excepción, que la usucapión adquisitiva ordinaria o extraordinaria se haya consumado en provecho del demandado, porque no fueron demostradas por éste las características de una posesión material continua, pacífica y

de significación económica durante el lapso necesario para uno u otro tipo de prescripción".

Claramente expresa el Tribunal que las afirmaciones de la demanda "de un orden general y escueto" no demuestran con un relevo de prueba en favor del excepcionante, la posesión material continua y económica durante el tiempo necesario para la prescripción ordinaria o extraordinaria. Tal aserto se conforma con lo que relatan los hechos. En efecto, el XVIII solamente reconoce que en 1934 Miguel Cordero, padre de Vicente Cordero Gil, se hizo a la posesión del terreno litigioso por medio de diligencia practicada por el Alcalde de Capitanejo. El XXI afirma que el demandado Vicente Cordero Gil es el actual poseedor. El XIX alude solamente a los traspasos de dominio que hicieron del inmueble Miguel Cordero Millán y Efraín Sandoval a Vicente Cordero Gil, quien a su turno, lo devolvió al demandado, pero nada se dice de la posesión material. Y el XX alude al juicio reivindicatorio seguido por la sucesión de Rojas Delgado contra Miguel Cordero. De suerte que sobre el particular solamente reconoce el actor que Miguel Cordero Millán desposeyó de La Loma coercitivamente en 1934, al demandante y a la Pinzón, y que el actual poseedor es el demandado. No se puede afirmar, como lo sostiene el recurrente, que el actor haya confesado la posesión de Vicente (no de Miguel) Cordero Gil por más de diez años. Así no cabe que el sentenciador haya cometido el error que se le imputa.

En consecuencia no prospera ninguna de las acusaciones.

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 Bucaramanga el doce de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve en el juicio ordinario de Anatolio Valderrama contra Vicente Cordero Gil.

Las costas del recurso a cargo del actor en él.

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

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

UNIVERSIDAD DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
RAMA JUDICIAL DE BOGOTÁ

SE ACUSA, SIN EXITO, UNA SENTENCIA QUE DECLARO PROBADA LA EXCEPCION PERENTORIA DE INEPTA DEMANDA, EN JUICIO REIVINDICATORIO DE UN PREDIO RUSTICO

El Decreto 291 de 8 de noviembre de 1957 somete a los funcionarios del Trabajo los asuntos que menciona el artículo 1º del mismo, o sean "los conflictos rurales que se susciten entre propietarios o arrendadores de tierras y los ocupantes de ellas, arrendatarios, aparceros, colonos y similares", conforme al procedimiento que se establece en el mismo Decreto; de modo que, en tratándose de asuntos de tal índole, sujetos a las autoridades del Trabajo, es imperioso someterlos a las disposiciones del Decreto. Mas, al disponer el artículo 22 del mismo que "las controversias sobre propiedad y posesión de predios rurales continuarán siendo de competencia de los Jueces Civiles", subsiste la competencia común para conocer de un negocio como el presente en que se solicita la declaración de propiedad y se ejerce la acción reivindicatoria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL.— Bogotá, diez y seis de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio reivindicatorio de Pedro Pablo Tobar contra Luis Alejandro Andrade.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, fechada el 4 de noviembre de 1959.

Recurrente: el demandado.

- I -

ANTECEDENTES

1.—Pedro Pablo Tobar demanda a Luis Alejandro Andrade ante el Juez Civil del Circuito de Purificación, para reivindicar un lote de terreno denominado "La Ceiba" o "Guadalito", ubicado en la fracción de "La Mata", del Municipio de Prado, cultivado de pastos artificiales, encerrado con cercos de alambre y determinado por estos linderos: "Partiendo de la esquina de un corral de cerca de piedra doble, que queda dentro del predio que se alindera, siguiendo por una cerca de alambre línea recta hacia el N. hasta encontrar un árbol de cenizo; de aquí se sigue en la misma dirección pasando por una zanja y la quebrada de 'La Ceiba', hasta encontrar un pedazo de cerco de piedra; de este punto en la misma dirección hasta un Capote situado en la orilla de la quebrada de 'La Arenosa'; de este punto quebrada arriba hasta encontrar un paño (sic) Higuerón marcado con una cruz; de aquí en la misma dirección pasando por una piedra situada en la falda de la cordillera hasta dar al filo; de este punto hacia el S. siguiendo por el filo hasta encontrar un mojón de piedra; de aquí hacia el O. siguiendo por una cerca de piedra al primer lindero".

2.—Hace el actor relación de sus títulos; manifiesta que venía poseyendo el fundo mediante actos materiales como "descumbre de bosques, plantación de sementeras, cultivo de pastos, ocupación con ganados y cerramiento con cercos de alambre y de piedra", cuando el demandado lo ocupó, sin su consentimiento, lo que aconteció a mediados de 1949; y que desde entonces Andrade ha venido gozando de él.

3.—Demanda, con respaldo en estos hechos, la declaración de propiedad; y la restitución del terreno, con sus mejoras y también con sus frutos, computados éstos desde el comienzo de la ocupación, o en subsidio a partir de la presentación de la demanda.

4.—El demandado, al dar respuesta al libelo reconoce al actor su calidad de dueño del inmue-

ble y dice no oponerse a la restitución, siempre que antes le satisfaga "el valor de las mejoras establecidas, a cuyo efecto invoca la retención del inmueble, mejoras que son las siguientes: una casa de habitación de bahareque y teja de zinc con corredores, zaguán, columnas y cocina de construcción semejante, tres potreros de pasto artificial con capacidad para unos cincuenta animales, alrededor de dos mil cuatrocientos matas de plátano, dos corrales cercados de piedra, trescientas setenta brazadas de cerco de piedra, refuerce de otro cerco de la misma clase y de cercos de alambre donde invirtió once bultos de alambre de púas, unas doscientas cincuenta matas de café, unas trescientas de caña, dos cocheras y otras mejoras de menor importancia".

5.—Como razón de la ocupación del fundo, por parte del reo, al responder el hecho 4º del libelo inicial, dice su apoderado que la posesión del actor "ha sido simbólica porque mi mandante ha estado ocupando y mejorando el terreno desde 1949, en atención a que el demandante, en su calidad de padre natural de mi representado, se lo entregó a título gratuito para que lo disfrutara; pero como ahora ha visto que dicho terreno se encuentra notablemente mejorado, gracias a los esfuerzos y los recursos o inversiones pecuniarias de Andrade, pretende recuperar dicho terreno sin indemnización alguna, olvidando que 'nadie puede enriquecerse a costa ajena sin causa que lo justifique' ".

6.—Como el actor afirma en el hecho 9º que Andrade, unas veces se da por dueño del bien y en otras ocasiones reconoce el dominio del primero, el apoderado de Andrade replica: "Mi mandante ha sido y sigue siendo ocupante por voluntad del demandante y no tiene inconveniente en restituír, siempre y cuando que se le indemnicen las mejoras". Y al reputarlo como poseedor de mala fe en el 10º, dice:

"Es falso, pues mi mandante no ha pretendido ser poseedor, sino mero tenedor u ocupante por autorización del demandante".

7.—La sentencia de primer grado declaró probada "la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de la parte demandada, o de falta de legitimación en la causa de dicha parte"; apelada por el actor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué la reformó "en el sentido de declarar probada la excepción perentoria de inepta demanda".

8.—Esta decisión fue recurrida en casación por la misma parte actora, quien presentó la respectiva demanda dentro del término legal, la cual no fue replicada por el opositor, quien se limitó a impugnar la admisión del recurso por no haber comprobado oportunamente el recurrente el pago de los honorarios de los peritos que estimaron la cuantía del pleito para efectos de la casación.

LA SENTENCIA ACUSADA

9.—El fallo concreta así su razonamiento:

"Esas pruebas no conducen a la demostración eficiente de que el demandado haya permanecido desde mediados de 1949 hasta la fecha en el fundo rural de La Ceiba, con calidad de poseedor material con ánimus domini indispensable éste para caracterizar a la persona demandada, en un juicio de reivindicación o de dominio, por cuanto que ninguno de ellos atestigua aquellos hechos externos, objetivos, de los que pudiera deducirse el ánimo de dueño en el demandado Luis Alejandro Andrade en relación con el predio rural que él ocupa. Unos lo vieron allí, solamente, habitando en una pequeña casa o rancho y sin que los mismos testigos hubiesen llegado a saber de cómo había llegado allí el señor Andrade. Otros, los más dicientes, respecto de la posesión que dicen detentaba el demandado, afirman que cuando éste se embriagaba decía que era dueño de la finca La Ceiba, es decir, que al demandado le daban sus veleidades alcohólicas por sentirse dueño de ese predio que es ahora materia de este juicio de dominio y en el que en sus cabales, ha manifestado que desempeña solamente la ocupación del mismo con la anuencia del dueño de la tierra, señor Tovar".

- III -

LA ACUSACION

10.—Tres cargos la componen: el primero, de violación directa específica del artículo 971 del C. C. e indebida aplicación del artículo 952 ib., por error de hecho sufrido en la interpretación de la demanda; el segundo, de violación directa del artículo 739 del C. C. e indebida aplicación del artículo 952 ib., por error de hecho en la interpretación de la misma pieza procesal; y el tercero, de violación directa específica de los artículos 946 y 950 ib., debido a igual clase de error en la apreciación de la contestación de la demanda y

de las posiciones absueltas por el demandado en la primera instancia.

Primer cargo

11.—La violación de los artículos 971 y 952 del C. C. se apoya en el error sufrido por el sentenciador en la interpretación de la demanda. A esto respecto dice el recurrente:

"El actor indudablemente se atuvo a las normas sobre reivindicación de cosa singular respecto al bien especificado en la demanda; pero no porque tratara de sindicar definitivamente al demandado de poseedor, sino porque afirmó que había ocupado la cosa sin título justificativo, y por eso se lee en el libelo en el hecho 1º lo siguiente: 'El ocupante Luis Alejandro Andrade carece de todo título y derecho sobre el predio determinado como tantas veces se ha dicho en el hecho primero de este libelo, no obstante lo cual unas veces se da por dueño del bien y en otras ocasiones reconoce dominio de mi mandante'.

"Es decir, que ante la ambigua postura de Andrade la demanda no la clasifica como poseedor, sino que se limita a relatar las diversas y antitéticas posiciones por él asumidas. Por la misma causa la demanda repite en los hechos 6º, 7º y 8º que el demandado es ocupante del predio aludido.

"La circunstancia de que el libelo no contenga la cita del precepto del artículo 971 nada implica, pues es bien sabido que los fundamentos de derecho aún errados no obligan al juzgador, según el principio **Iura novit curia.**

"Mal puede decir entonces que solamente la posición de poseedor se planteó en relación con el demandado; la propia demanda afirma que unas veces éste se presenta como tal y otras reconoce dominio del actor. Luego, ante la contestación de la demanda, en la que el demandado aceptó expresamente la restitución como se transcribió en el capítulo anterior, es indiscutible que debía interpretarse la demanda en su verdadero significado, o sea en consideración a que contiene una acción civil de restitución frente a quien detenta un bien sin que llegue a clasificarse como poseedor.

"Este aserto es tanto más claro si no se pierde de vista que el artículo 701 del C. C. que es el que gobierna la litis, en mi sentir, dice: 'Las reglas de este título se aplicarán contra el que, poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque la tenga sin ánimo de señor'.

"De manera que al invocar las reglas sobre reivindicación estuvo el demandante bien encaminado, puesto que en últimas se trata de restitución frente al mejorista, al que no se autorizó mejoras, o sea a un tenedor u ocupante que por haber hecho mejoras en el bien se niega a restituirlo a su dueño, caso que cabe dentro de la norma citada.

"En otros términos: si pueden aplicarse las reglas reivindicantes respecto a un precario como es quien tiene el bien por haberlo mejorado e invoca retención, es obvio que la acción no estuvo mal dirigida y no hubo por tanto inepta demanda como la denominó el Tribunal".

Se considera:

12.—El actor afirma en varios de los hechos de la demanda que el reo ocupa su finca, y en el décimo lo califica de **poseedor** de mala fe; solicita que sea condenado a restituírla, con todas las mejoras existentes en ella, así como los frutos percibidos, o que hubieran podido percibirse, con mediana inteligencia y actividad, desde el comienzo de la posesión, o al menos a partir de la demanda.

El demandado, al dar respuesta al libelo, reconoce al actor la propiedad del fundo y expone su voluntad de restituirlo, pero sin los frutos y siempre que se le pague previamente el valor de las mejoras por él establecidas.

El fallo niega que el carácter de poseedor, del demandado, se halle establecido, y acepta el de mero tenedor, con apoyo en la demanda y la respuesta dada a ésta por Andrade, quien niega haber pretendido nunca ser poseedor y está dispuesto a entregar los terrenos. El juicio del Tribunal de instancia se basa tanto en la demanda como en la respuesta dada a la misma.

Ahora bien: si para la sentencia, la demanda no fue dirigida contra un poseedor, sino contra un simple tenedor que está listo a restituir, si se le pagan las mejoras, no incurrió en error alguno de hecho en la interpretación del libelo con que comenzó el proceso, y menos aún en error de hecho manifiesto, dado que el concepto del sentenciador no se apoya únicamente en la demanda, como antes se dijo.

Segundo cargo

13.—En apoyo de la acusación, consistente en el quebrantamiento del artículo 739 del C. C. —inciso segundo— dice el recurrente que "en el supuesto de que las mejoras se hubieran autori-

zado por el dueño del terreno se habría violado por igual concepto el artículo 739 del C. C. y también como consecuencia del error manifiesto de hecho en la interpretación de la demanda".

Y después de citar una doctrina de la Corte sobre el sentido de la segunda parte del precepto últimamente mencionado, doctrina según la cual no se trata allí de una acción reivindicatoria, sino de recobro para que el mero tenedor restituya, agrega: "De donde surge que la acción sería de recobro y debería haberse aplicado la norma civil mencionada, y no se aplicó. En cambio se aplicó indebidamente el artículo 952 del C. C. al hacerlo obrar, sin ser necesario que en este evento se tratara de que el demandado fuera poseedor".

Se considera:

14.—No dice el recurrente cuál es en este caso el error de hecho en que la sentencia incurre al interpretar la demanda, de manera que este vacío, en tratándose de violación indirecta, resta al cargo idoneidad en casación.

Mas, si como parece que el quebranto del artículo 739 del C. C., en sentir del recurrente, obedeciera al mismo error de hecho alegado en el cargo anterior, tampoco es valedero respecto del presente, ya que para la sentencia Andrade no es poseedor sino mero tenedor, calidad que es la que en el cargo segundo invoca el recurrente al alegar violación del artículo 739 y que es la misma contemplada en la sentencia de la Corte que transcribe el recurrente.

Tercer cargo

15.—El error de hecho, según este cargo, se halla en la apreciación de la contestación de la demanda y de las posiciones absueltas por el demandado en la primera instancia, "ya que el sentenciador no tuvo en cuenta, o sea que no apreció la parte de la primera en que se aceptaba la restitución del bien a favor del actor y respecto a las últimas la parte en que Andrade reconoce ser el poseedor". Por el error expresado la sentencia quebranta los artículos 946 y 950 del C. C.

Se considera:

16.—Dirigida la acción reivindicatoria contra el poseedor, el demandante debe acreditar la posesión del demandado. Fue lo que no logró aquél, en concepto de la sentencia.

En la omisión en que incurriera el fallador en el examen probatorio —según afirma el recurrente— en cuanto concierne a las respuestas dadas por el demandado a algunas posiciones, no se ve error manifiesto de hecho, porque, en una palabra, para concluir que el demandado no es poseedor sino simple tenedor del fundo de Tobar, el fallo, fuera de tomar en cuenta la contestación de la demanda y la aludida diligencia de absolución de posiciones (f. 63 cuaderno 1º), interpreta tanto la demanda como las demás pruebas allegadas al juicio, tales como las declaraciones de testigos que figuran en el proceso (fs. 63 y ss. ib.), conjunto probatorio de que se desprende la ausencia de animus domini en el demandado.

De tal suerte, a base de error de hecho en la apreciación de la respuesta dada a la demanda y a algunas posiciones, piezas éstas que para la sentencia demuestran, no el carácter de poseedor del reo, sino de simple tenedor, no es dable la violación del artículo 946 del C. C. que, ante todo, prescribe que el sujeto pasivo de la acción de dominio es el poseedor de la cosa, como tampoco el 950 ib.

17.—Es de rigor agregar que aun cuando la acusación prosperase por alguno de los cargos formulados, a la sentencia le queda otro soporte, no atacado en casación. Está contenido en el aparte siguiente:

"Como lo anotó el procurador judicial de la parte demandada, la acción a intentar no era de dominio sino de tenencia, y ahora en virtud del Decreto número 0291 de 8 de noviembre de 1957 el procedimiento que regula las relaciones y los conflictos entre los dueños de tierras y los ocupantes o mejorantes, para efectos de la restitución del terreno y de la indemnización o pago de mejoras al demandado, es fácil y realmente breve. Estas disposiciones procesales que entraron en vigencia con posterioridad a la presentación de la demanda pero antes de la notificación y traslado de la misma al demandado, no podían ser puestas en práctica oficiosamente por el Juzgado del conocimiento, porque la marcha procesal es en general impulsada por la iniciativa de las partes y por ese aspecto cualquier excepción que pudiera proponerse con fundamento en esta circunstancia que se acaba de anotar, sería sobreviniente al acto de presentación del escrito de demanda.

"Estos razonamientos llevan al Tribunal a la conclusión de que la acción de dominio fue equivocada y de que tampoco fue encaminada contra la persona que debía responder en juicio reivindicatorio, porque como se ha visto ésta debe dirigirse necesariamente contra quien se considere

poseedor con ánimo de dueño y no contra quien ocupe el predio objeto de la litis en condiciones distintas y a título precario".

Según este concepto del Tribunal, suficiente por sí solo para sostener su pronunciamiento inhibitorio, el fallo recurrido permanece en pie.

Observaciones

18.—Algunas breves observaciones para terminar, de carácter doctrinario:

A)—No obstante que en el recurso extraordinario no puede la Corte desconocer el mérito apenas formal del anterior soporte del fallo inhibitorio, puesto que la demanda de casación no lo ataca, debe, por vía de doctrina, exponer lo siguiente:

No hay duda de que el aludido Decreto número 0291 de 8 de noviembre de 1957, somete a los funcionarios del Trabajo los asuntos que menciona el artículo 1º del mismo, o sean "los conflictos rurales que se susciten entre propietarios o arrendadores de tierras, y los ocupantes de ellas, arrendatarios, aparceros, colonos y similares", conforme al procedimiento que se establece en el mismo Decreto; como tampoco la hay de que la demanda con que principió este juicio no había sido notificada al demandado cuando entró en vigor el citado Decreto, de modo que si se tratara de asunto sujeto a las autoridades del Trabajo, se habría debido someter el asunto a las disposiciones del Decreto.

Mas, al disponer el artículo 22 del mismo que "las controversias sobre propiedad y posesión de predios rurales continuarán siendo de competencia de los Jueces Civiles", subsiste la competencia común para conocer de un negocio como éste en que se solicita la declaración de propiedad y se ejerce la acción reivindicatoria.

B) -Afirma el fallo que "siendo la parte actora poseedora inscrita" de ese inmueble, tiene derecho para ejercitar la acción reivindicatoria del bien que no está en su poder.

El actor demostró la titularidad de su derecho, en razón de los instrumentos inscritos que adujo, no en cuanto las inscripciones probasen posesión sino propiedad, que es lo requerido, por parte del actor, para ejercer la acción reivindicatoria. La Corte ha dicho que las inscripciones de los títulos en el Registro Público, no tienen sentido posesorio. (Cas. de 27 de abril de 1955. LXXX, 2.153, 97 y XCII, 2.221 y 2.222, 46, agosto 30 de 1955, LXXXI, 2.157 y 2.158, 77).

C)—En lo referente a la solicitud formulada por el opositor, contra la providencia de la Corte, por medio de la cual fue admitido el recurso, es doctrina reiterada la de que incumbe al Tribunal de modo privativo resolver el reclamo que la parte no recurrente formule contra la concesión del recurso, por considerar que la cuantía de la acción es inferior a la requerida por la ley, y el Tribunal en este caso decidió las solicitudes del opositor.

DECISION:

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha cuatro (4) de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio ordinario seguido por Pedro Pablo Tobar contra Luis Alejandro Andrade.

Sin costas por la rectificación doctrinaria.

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

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

IMPUGNACION, CON BASE EN LA CAUSAL PRIMERA, CONTRA UNA SENTENCIA QUE SE NEGO A DECLARAR LA NULIDAD DE UN JUICIO SUCESORIO

1.—En principio, el llamamiento a juicio debe hacerse por notificación personal del demandado mismo, o eventualmente del curador para la litis. Mas cuando el proceso tiene por objeto liquidar la herencia como comunidad universal, quiere la ley que la citación se haga por medio de edicto emplazatorio de todos los que se crean con derecho a intervenir en el inventario. Entonces, si el edicto permanece fijado en la Secretaría del Juzgado del conocimiento durante un mes y se publica en carteles y por la prensa o, en último caso, en el Diario Oficial, se entiende formalizada en el proceso la citación de todos los interesados en el adelantamiento y fin del juicio sucesorio.

2.—Está al arbitrio del heredero emplazado legalmente apersonarse en el juicio o dejar de hacerlo. Pero, por lo mismo, su ausencia no menoscaba la validez y eficacia del procedimiento, y en nada afecta el lleno de los requisitos formales exigidos para la realización del acto partitivo con que termina la sucesión.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, dieciocho (18) de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

La cónyuge sobreviviente de Julio Prieto Rozo, Matilde Guevara v. de Prieto, en representación de sus menores hijas Ester Julia y Teresa de Jesús, y Pedro Melquisedec, Carlos Julio, Ana Clotilde, María de Jesús, Gabriel Angel, María del Carmen y Héctor de Jesús Prieto Guevara, como herederos por representación del dicho Julio Prieto Rozo en la mortuoria de Clotilde Rozo v. de Prieto, entablaron juicio ordinario contra Tobías Arcadio, José del Carmen, Brígida Mercedes y Oliva Hermencia Prieto Rozo, del propio modo que contra José Domingo Rozo Prieto en el lugar de la fallecida Senaida Prieto Rozo, y suplicaron: Que se declarara la nulidad del juicio sucesorio de Cleotilde o Clotilde Rozo v. de Prieto y sin ningún valor ni efecto la partición de bienes efectuada el 26 de febrero de 1956, la sentencia aprobatoria de ese acto y las inscripciones en el registro; la restitución de las partes al estado anterior y, por ello, la condena del demandado José del Carmen Prieto Rozo a devolver a la herencia el inmueble singularizado en la demanda y sus frutos como poseedor de mala fe, todo además de la condenación en costas.

Las afirmaciones de hecho se refieren a que en el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá se adelantó y terminó el juicio de sucesión de Cleotilde o Clotilde Rozo v. de Prieto, en el que se reconocieron como herederos por representación de Julio Prieto Rozo, a Pedro Melquisedec, Carlos Julio, Ana Clotilde, María Jesús, Gabriel Angel, María del Carmen, Héctor de Jesús, Ester Julia y Teresa de Jesús Prieto Guevara; a que estos herederos por representación no tuvieron acceso a la diligencia de inventarios y avalúos; a que los mismos no fueron emplazados en forma legal, ni estuvieron representados en la partición, pues no se les corrió traslado personal, ni se les proveyó de curador, a pesar de existir dos herederos menores de edad; y a que se le adjudicó a José del Carmen Prieto Rozo la mitad de un inmueble rural, proindiviso con el adjudicatario.

El Juez Civil del Circuito de Calarcá en sentencia del 30 de junio de 1958 despachó favorablemente las súplicas, con tratamiento de buena fe para el poseedor e imposición de costas a la

parte demandada. Pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira con fecha 14 de septiembre de 1959 revocó el pronunciamiento de primer grado y dictó sentencia plenamente absolutoria con las costas de ambas instancias a cargo de la parte actora, quien interpuso el recurso extraordinario ante la Corte.

LA SENTENCIA ACUSADA

Expone el Tribunal que el juicio de sucesión no es por su estructura de carácter contencioso; que la notificación legal de todos los que se crean con derecho a intervenir en el inventario se cumple por el emplazamiento previsto por el artículo 937 del Código Judicial; que "el edicto emplazatorio está señalado expresamente por la ley como el medio para llevar a conocimiento general la existencia del trámite y por tanto debe surtir esos efectos". Y dice en seguida:

"Ese entendimiento se corrobora con el contenido del artículo 948 del Código Judicial, que autoriza, si hay acuerdo unánime, para precipitar diligenciamientos que sólo pueden aprobarse cuando ha transcurrido el término de fijación del edicto.

"En el evento aquí contemplado y de acuerdo con lo transcrito, la firmeza del trámite procesal no se lesiona por la falta de notificaciones personales, porque nada dispone que así deba hacerse. Ellas —las notificaciones— se entienden surtidas con el agotamiento del término de fijación y publicación del edicto.

"El desenvolvimiento de la actuación sucesoral no está condicionado al arbitrio unilateral de uno o más interesados directos. La práctica del inventario y avalúo de bienes pertenecientes a una sucesión, puede solicitarla cualquiera de las personas enumeradas en el artículo 1.312 del Código Civil; y cualquiera de los herederos, con las limitaciones prescritas en el artículo 1.379 ibidem, puede demandar la partición (artículos 935 y 953 C. J.), ordenamientos que están indicando la validez de una actuación cumplida dentro de sus términos. El legislador no establecería un procedimiento que en últimas, llevaría ínsita una anomalía que lo anulara".

Hace consideraciones atinentes a que en el sucesorio de Clotilde Rozo v. de Prieto se llamó a los herederos de Julio Prieto Rozo, a que el Juzgado del conocimiento otorgó licencia para la partición demandada, o que a los mismos se les asignó hijuela y que reclamaron la entrega de la cantidad exacta que en dinero efectivo se les señaló, a que en defecto del padre, la madre Matilde Guevara v. de Prieto tenía la representación legal de sus menores hijas, y agrega:

"La circunstancia de que los herederos de Julio Prieto Rozo no hubieren (sic) constituído personero judicial en el juicio sucesorio de Clotilde Rozo v. de Prieto, no permite hallar válido el aserto de que no fueron citados, según se deja expuesto. Es un acto voluntario y aconsejable para mejor amparo de legítimos intereses, hacerse presente por aquel medio, pero a nadie se conciona porque no lo haga. La no comparecencia no trae el necesario efecto de anular la actuación, con mayores veras, si aquí los hijos de Julio Prieto Rozo —directamente o por conducto de su representante legal— indicaron asentimiento a lo resuelto cuando impetraron entrega de lo que en dinero efectivo se les adjudicó en la partición. Si su presencia no fue física dentro del expediente mientras el proceso se desenvolvía, la aceptación neta que es el reclamo y recibo de dineros, pregona que no eran ajenos a aquél y que conocieron sus consecuencias.

"Si a través del emplazamiento se hizo la cita en 'legal forma'; si la demanda de partición no es más que un incidente dentro del juicio y por tanto la notificación no era necesario hacerla personalmente, porque en parte alguna así se ordena; si para la secuela del juicio no se requería otro llamamiento de igual o parecido valor al edicto, el procedimiento en sí no es vicioso, con vicio anulador".

LA ACUSACION

En materia de la causal 1ª de casación el libelo presenta dos reparos así:

"1º—Error de hecho en la apreciación de la prueba; copias y certificados del juicio sucesorio de Clotilde Rozo v. de Prieto, que llevó a un defecto de aplicación del artículo 448, 3ª, y del artículo 457 del Código Judicial, como también y por la misma razón, de los artículos 1.282, 1.405, 1.740, 1.741, 1.746 y 1.747 del Código Civil.

"2º — Violación directa de los artículos 1.282, 1.405, 1.740, 1.741, 1.746 y 1.747 del Código Civil y violación por aplicación indebida del artículo 1.298 y del artículo 1.754 del Código Civil, ambos".

I.—Afirma el recurrente que el Tribunal parte del supuesto de que los representantes de Julio Prieto Rozo en la sucesión de Clotilde Rozo v. de

Prieto eran realmente herederos, cuando en verdad las piezas que obran en autos tomados del juicio sucesorio, muestran ostensiblemente que los actores en el presente no tuvieron allí ingerencia no aceptaron ni repudiaron la herencia y no adquirieron realmente la calidad de herederos. De donde desprende error de hecho en cuanto a esas mismas piezas sucesorias.

"Consecuencia de ese error —expone— fue el dejar de aplicar las normas que consagran la nulidad por falta de citación o emplazamiento, las reglas que contemplan a la partición como negocio susceptible, por lo mismo, de ineficacia en diversos grados, de los preceptos que sancionan la nulidad de los actos por ausencia de los requisitos fundamentales, de los cánones que marcan las consecuencias de las nulidades de los negocios, tanto en general, como en atención a la presencia de incapaces".

II.—"Por otra parte —dice la demanda— si se estima que no hubo el error de hecho que alego, el resultado sería similar: habría también en la sentencia violación de la norma sustantiva; violación directa de las mismas reglas anotadas, como también aplicación indebida, tanto de la disposición que contempla la llamada aceptación tácita de la herencia, como de aquella que previene la ratificación también tácita de los negocios nulos.

"Hecho fundamental aquí es la partición: negocio jurídico celebrado a través de un proceso. Negocio que a la vez que está sometido a las reglas sustantivas se halla subordinado a los ritos procesales, y cuya validez se sujeta al cumplimiento de unas y otros.

"La partición no puede afectar más que a los coparticipes. El caso no es, como el Tribunal lo toma, de 'preterición' de interesados ,sino de vinculación de quienes no eran interesados.

"El Tribunal toma como interesados a quienes no lo eran, y por esa causa se presenta un error de hecho al pasar por lato (sic) las pruebas documentales que llevaban a conclusión diferente.

"Pero si la decisión del Tribunal no pecara por error de hecho en la estimación probatoria, habría violación directa: del artículo 1.282, por cuanto desconoce la necesidad de la aceptación de la herencia para adquirir la condición de heredero. Del artículo 1.405, pues pierde de vista que la partición es un acto impugnable. De los artículos 1.740 y siguientes, pues en presencia de una nulidad se abstiene de aplicar las sanciones correspondientes, y, antes, de decretar esa invalidez".

Se refiere el recurrente a las nulidades procesales y a las de derecho sustantivo, y continúa:

"Cuando la demanda impetra la nulidad de la partición por falta de citación o emplazamiento de los actores no solicita cosa diferente de una declaración judicial en el sentido de que ese acto de partición no puede afectar, no puede vincular a quienes carecían de interés en él.

"Adicionalmente se observa un quebranto de la norma sustantiva en cuanto que el Tribunal considera que hubo en el retiro de dineros de la sucesión, a la vez que un acto de heredero que conlleva aceptación de la herencia, una ratificación del acto inválido (ineficaz) o saneamiento de su nulidad.

"Lo primero es inaceptable, pues, caso de que el recibo constituya acto de heredero, ese acto fue posterior a la partición, a una partición que afectó los intereses de los no partícipes. Lo segundo constituye también yerro pues el recibo no fue ejecución de obligaciones, que es lo que conforme al artículo 1.754 implica allanamiento de nulidad, amén de las consideraciones que sobre la viabilidad y corrección del saneamiento pudieran aquí formularse".

Se considera:

1.—Cuando alguna persona no ha sido citada o emplazada al juicio, la sentencia sobreviniente en nada puede afectarla, por ser del todo extraña al vínculo jurídico procesal que llegara a formarse. De ahí que tal persona se encuentre titularizada para pedir en vía ordinaria la nulidad del juicio, o para excepcionar por la misma causal si se trata de ejecutar la sentencia. (457 C. J.).

En principio, el llamamiento a juicio debe hacerse por notificación personal al demandado mismo, o eventualmente del curador para la litis que llegare a nombrársele en los casos y dentro de los requerimientos legales. Mas, cuando el proceso tiene por objeto liquidar la herencia como comunidad universal, quiere la ley que la citación se haga por medio de edicto emplazatorio de todos los que se crean con derecho a intervenir en el inventario, como el cónyuge sobreviviente, los herederos o legatarios, o los socios de comercio, fideicomisarios o acreedores. Y entonces, si el edicto permanece fijado en la Secretaría del Juzgado del conocimiento durante un mes y

se publica en carteles y por la prensa o, en último caso, en el Diario Oficial, se entiende formalizada en el proceso la citación de todos los interesados en el adelantamiento y fin del juicio sucesorio.

2.—Está al arbitrio del heredero emplazado legalmente personarse en el juicio o dejar de hacerlo. Pero, por ello mismo, su ausencia no menoscaba la validez y eficacia del procedimiento, y en nada afecta el lleno de los requisitos formales exigidos para la realización del acto partitivo con que termina la sucesión.

Ahora bien: si el presente litigio sólo ha discutido la validez del juicio sucesorio de Cleotilde o Clotilde Rozo v. de Prieto por falta de emplazamiento de los herederos que representan al hijo premuerto Julio Prieto Ruzo, y aparece que ellos en realidad fueron emplazados conforme lo exige el artículo 937 del Código Judicial, es notorio que carecen de titularidad para provocar la anulación del juicio, hayan comparecido o no al proceso, que liquidó la herencia con el lleno de los requisitos adecuados a su plena validez formal.

No se trata entonces de saber si aceptaron la vocación hereditaria, porque aún su absoluta ausencia no anularía lo actuado, pues que por ello fueron sujetos de emplazamiento; y obviamente además, porque si se aduce que no aceptaron la herencia, el argumento elimina el interés jurídico para demandar la nulidad y por ende su legitimación en la causa y en el recurso extraordinario.

Tampoco se averigua si la actitud de los dichos herederos por representación de Julio Prieto Rozo, al demandar del Juez la entrega del dinero que se les atribuyó en su lote, significa aquiescencia al trabajo del partidor, puesto que apenas se busca saber si fueron emplazados. Y como aparece que el edicto cumplió las condiciones de la ley, aquella actuación de los herederos basta para corroborar que ese mismo emplazamiento produjo en concreto y con respecto a ellos los efectos perseguidos por el legislador.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 14 de septiembre de 1959 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Enrique Coral Velasco.—Gustavo Fajardo Finzón. — José J. Gómez R. — Arturo C. Posada.— José Hernández Arbeláez. — Enrique J. González, Conjuez. — **Ricardo Ramírez L.,** Secretario.

INEFICAZ IMPUGNACION, CON FUNDAMENTO EN LAS CAUSALES PRIMERA Y SEGUNDA DE CASACION, CONTRA UNA SENTENCIA QUE SE NEGO A ORDENAR LA RESTITUCION DE UN LOTE DE TERRENO

Se justifica la negativa del sentenciador a la reivindicación impetrada, porque dirigida ésta a obtener la restitución, en su singularidad corporal, de un predio determinado por sus linderos, era indispensable que se acreditase la exclusiva propiedad del sujeto activo de la acción sobre el entero o unidad reclamada, sin que sirviese al efecto la titularidad del condominio, sólo apta para reivindicar la cuota respectiva como bien jurídicamente distinto del cuerpo cierto en que la misma cuota radica.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, D. E., veinte de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con fecha 24 de noviembre de 1958, en el juicio ordinario seguido por Darío Hernández y otros frente al Municipio de Espinal.

- I -

EL LITIGIO

1.—Darío, Amelia y Pureza Beatriz Hernández R. y Marina Tello Quijano de Guzmán demandaron por la vía ordinaria al Municipio de Espinal, para que se hicieran la declaración y condena siguientes:

"PRIMERA.—Que las sucesiones ilíquidas o las comunidades ilíquidas de los señores María Ester Tello, Rogelio Antonio Tello, Alcibíades Euclides Tello, María Raquel Tello, Francisco de Pabla Elidelio Tello, y Eugracia Leticia Tello son dueños del lote de tierra situado dentro de la ciudad del Espinal, conocido con el nombre de 'Las Granjerías', ubicado en el cruzamiento de la carrera 6ª con la calle 7ª y comprendido dentro de los siguientes linderos: 'Por el sur, calle de por medio con solar del señor Teodoro Gentil Tello; por el oriente, calle de por medio con solar de la casa de Jesús Briñez y que antes perteneció al señor Ramón Teodoro Tello; por el norte, con solares de la casa de José Vera y de Félix Vera; y por el oeste, con solar de la casa del señor Isidro Puentes'.

"SEGUNDA—Que el municipio demandado está en la obligación de restituir o entregar, dentro del término de seis días después de que quede ejecutoriada la sentencia que le ponga fin a este juicio, a las sucesiones ilíquidas de los señores María Ester Tello, Rogelio Antonio Tello, Alcibíades Euclides Tello, María Raquel Tello, Francisco de Pabla Elidelio Tello, y Eugracia Leticia Tello, representadas por los señores Darío Hernández, Amelia Hernández, Pureza Beatriz Hernández, Marina Tello Quijano de Guzmán y demás individuos que también las representen, y para la misma, el solar o lote de tierra deslindado en el punto inmediatamente anterior.

"TERCERA.—Que el municipio demandado está obligado a restituir a las sucesiones ilíquidas de que habla el punto anterior los frutos civiles y naturales del lote de tierra cuya restitución se demanda, no sólo los percibidos por aquél sino los que las sucesiones demandantes hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad si

el lote enumerado hubiera estado en poder de ellas y desde el primero de julio de mil novecientos cincuenta".

Subsidiariamente pidieron que se condene al municipio demandado: a) a restituír o entregar, dentro del término ya indicado, "a las comunidades ilíquidas que se formaron a consecuencia de las sucesiones" sobredichas, representadas por los mismos demandantes "y demás personas que la representen, y para la misma, el globo de tierra y por los mismos linderos de que habla el punto primero de esta demanda"; y b) a restituír a las comunidades ilíquidas de que se acaba de hablar, "los frutos civiles y naturales del lote de tierra cuya restitución se demanda, no sólo los percibidos por la entidad demandada sino los que las comunidades demandantes hubieran podido percibir" al tenor de lo indicado al respecto en la ya transcrita petición tercera principal.

2.—Los HECHOS que la demanda expone son:

a) y b) Que por escritura pública número 33 de 9 de junio de 1872 Ramón Teodoro Tello compró "el lote de tierra que se trata de reivindicar", el que entró a la sociedad conyugal que existía entre el mismo Tello y su esposa Ana Joaquina Triana;

c) y ch) Que disuelta la dicha sociedad conyugal, en el juicio de sucesión de Ana Joaquina Triana, protocolizado en la Notaría del Guamo por escritura número 606 de 13 de noviembre de 1915, "se adjudicó a María Ester Tello, a Rogelio Antonio Tello, a Alcibíades Euclides Tello, a María Raquel Tello, a Francisco de Pabla Elidelio Tello y a María Leticia Tello, derechos proindivisos en las proporciones que aparecen en las hijuelas que a los mismos señores se les formaron en el expresado juicio sucesoral";

d) Que por escritura número 171 de 23 de abril de 1909, de la Notaría del Guamo, Francisco de Pabla o Helidelio Tello, vendió a su hermano Augusto Tello todos los derechos y acciones que al primero le pudieran corresponder en la sucesión de su madre Ana Joaquina Triana de Tello;

e) Que por escritura número 47 de 19 de enero de 1919, de la misma Notaría, María Engracia Leticia Tello vendió a Venancio Hernández todos los derechos y acciones que a ella le correspondían en la sucesión de su madre Ana Joaquina Triana de Tello;

f) Que por escritura número 1.016 de 27 de noviembre de 1919, de la misma Notaría, algunos de los herederos de Augusto Tello, señores Teresa Tello de Tello y Roberto Tello, vendieron a Venancio Hernández todos los derechos y acciones que les pudieran corresponder en la sucesión de la misma señora Triana de Tello, "vinculados en el lote de tierra de que trata este juicio";

g) Que por escritura número 60 de 31 de marzo de 1931, de la Notaría del Espinal, Venancio Hernández transfirió a Darío, Amelia y Pureza Beatriz Hernández "todos los derechos y acciones adquiridos dentro de la sucesión de la señora Ana Joaquina Triana de Tello, y de que hablan sus títulos adquisitivos de dominio ya citados";

h) Que en el juicio de sucesión de Alcides Euclides Tello, protocolizado en la Notaría del Espinal por escritura número 499 de 10 de noviembre de 1944, "se adjudicó a su hija legítima Marina Tello Quijano de Guzmán, los derechos y acciones que aquél había adquirido de su madre doña Ana Joaquina Triana de Tello en el solar situado en la ciudad del Espinal, en la carrera 6ª con calle 7ª y que (sic) se refiere este juicio; e

i) Que "Las sucesiones ilíquidas de que trata esta demanda tuvieron la posesión material del lote de tierra que se trata de reivindicar hasta el último semestre de mil novecientos cincuenta, pero de ese entonces para acá y hasta la fecha, el municipio demandado se apoderó de ella y no la ha restituído a sus legítimos dueño (sic)".

3.—En DERECHO, fundóse la acción en los títulos II y XII del Libro Segundo del Código Civil o sea en los artículos 669 a 673 y 946 a 971 de esta obra.

4.—El Personero del Municipio contestó diciendo:

1º—Que espera que se pruebe: a) que los demandantes son los únicos que en las supuestas comunidades pudieran reivindicar cuerpo cierto y determinado, con especificación de las líneas divisorias y cabida exacta del solar que por segunda vez se trata de reivindicar;

b) Que existe título inscrito demostrativo de que las comunidades demandantes son propietarias o pueden tener algún derecho sobre un lote de terreno superior al de cuarenta varas por cada lado que José María Reyes vendió a Ramón Teodoro Tello según la escritura número 33 de 1872;

c) Que el lote de "Las Granjerías" tiene únicamente una cabida de mil seiscientas varas cuadradas; y

d) Que el Municipio ha desconocido, especialmente a partir de noviembre de 1954, los derechos que personas no determinadas ciertamente hasta la fecha puedan tener en el lote comprado por

Ramón Teodoro Tello a José María Reyes, y que en alguna ocasión se han formulado reclamos por quienes pudieran representar esos derechos.

A todo lo cual agrega: "Lo anterior, señor Juez, porque para la Personería, así se dijo al contestar la primera demanda, parece que sí existe ese derecho de terceros, pero no en la forma global, indefinida y ambigua como se ha expresado en las dos demandas. Por eso la Personería viene solicitando que se deslinden los derechos y que aclaren las pretensiones: para que no vaya a presentarse el caso de que por tratar de reivindicar unos cuantos metros o varas cuadradas, se consiga que el Municipio entregue ejidos o propiedades que no hacen parte de historial alguno relacionado con derechos de particulares, duda que nace del texto de las dos demandas, cuando no dan los límites actuales ni mencionan la cabida superficial del terreno cuya reivindicación se intenta, ante un arrendatario que ha sostenido estar dispuesto a entregar aquello que ocupó a título de arrendamiento, pero eso sí, únicamente, exactamente lo arrendado y nada más".

2º—Que "aquí no cabe el concepto de reivindicación propiamente y que mejor orientada estaría la litis, innecesaria desde luego por el ánimo del Municipio, si se propusiera un juicio de deslinde y amojonamiento de terrenos que no lo fueron oportunamente".

3º—Que "mal pueden pedirse frutos distintos del arrendamiento a un arrendatario, que si ha efectuado allí mejoras y reclama su valor, como en efecto lo hace, no ha sido con ánimo de señor y dueño sino simplemente para cumplir necesidades de ornato y ante la ausencia de personas o entidades que las efectuaran...".

Insiste luego en el interés de la personería para que "se establezcan las líneas divisorias de los derechos que en el globo de tierras denominado 'Las Granjerías' puedan tener algunos particulares": y concluye así: "En esa forma, procediendo abiertamente y con plena buena fe, el Municipio reconoce los derechos verdaderos y se encuentra dispuesto a allanar las dificultades para que se obre en consecuencia".

5.—Cerróse la primera instancia con fallo del Juez Civil del Circuito de Espinal, absolutoria de la entidad demandada y que, apelado por el grupo actor, fue confirmado por el Tribunal de Ibagué mediante sentencia de 24 de noviembre de 1958, contra la cual alzóse en casación la parte vencida.

-II-

LA SENTENCIA RECURRIDA

Luego de indicar los presupuestos esenciales de la acción reivindicatoria, el juzgador echa de menos la existencia de dos de ellos en el juicio, a saber: el de la titularidad de las herencias ilíquidas o comunidades por las cuales hablan los demandantes y el de la legitimación en causa del Municipio demandado.

Repecto de lo primero, dice que de las pruebas presentadas, en manera alguna puede deducirse que el lote de terreno materia de la litis pertenezca a las referidas herencias ilíquidas de Rogelio Antonio, María Ester, Alcibiades Euclides, María Raquel, Francisco de Paula Elidelio y Engracia Tello, porque del único título aducido a ese propósito, consistente en la partición ad-valorem de los bienes herenciales de Ana Joaquina Triana de Tello, aparece claramente que a sus causahabientes se les adjudicaron, entre otras cosas, "derechos proindiviso en las tres casas de habitación allí relacionadas, pero lo que fue en cuanto al lote de terreno propiamente dicho, no se hizo ninguna asignación".

Y en cuanto a lo segundo, afirma que con las pruebas aducidas, consistentes en la escritura número 680 de 31 de diciembre de 1955, de la Notaría del Espinal, por la cual el Municipio vendió una porción del solar al Comando de las Fuerzas de Policía; en las declaraciones de los testigos José Suárez y Luis A. Méndez sobre el hecho de haber el Municipio construído una pared y un andén en el solar; y en un certificado del Personero de fecha 26 de marzo de 1958, acerca de estar el Municipio construyendo una pared divisoria por ser el poseedor del lote de "Las Granjerías", "tampoco se demostró en este negocio el segundo de los expresados requisitos".

Y fue con apoyo en estas premisas como el Tribunal concluyó, confirmando la sentencia del juez a-quo, absolutoria del demandado.

-III-

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Contiene la demanda de casación dos cargos fincantes con la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, e intenta la proposición de otro sobre la causal 2ª, punto este último a cuyo despacho se procede primeramente por razón de método.

Causal segunda

Invocándola, dice el recurrente que la absolución dictada por el Tribunal "permite el calificativo de un vicio de poder jurisdiccional mejor que el de verdadero decisión judicial, vicio que entraña un fallo ultra petita en relación con el objeto total del pleito a que se refiere, habiéndose trabado legalmente la causa sobre una parte nada más de dicho objeto litigioso".

Se considera:

Aparte de la carencia de estructuración formal y dialéctica del cargo, tiene éste que desecharse por ser la sentencia del Tribunal totalmente absolutoria, que es resultado a cuya contingencia se sometió ab initio quien, en busca de una decisión sobre materia contenciosa, ha puesto en movimiento el poder jurisdiccional. Por lo mismo, como lo enseña reiteradamente la doctrina, no cabe incongruencia en el fallo íntegramente absolutorio, que en esta forma provee sobre toda la extensión del litigio, sin que sea bastante a ocasionar tal defecto la discrepancia entre los argumentos del litigante inconforme y las razones en que consiste la motivación del pronunciamiento, contra las cuales el ataque en casación, si fuese procedente, tendría que ser hecho dentro de la órbita de la primera causal.

Primera causal

CARGO PRIMERO.—El acusante imputa a la sentencia el ser "violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa o interpretación errónea, proveniente de haber apreciado erróneamente el sentenciador de segundo grado los títulos de dominio aducidos por los demandantes, al menos en la parte en que ha debido tenerlos en cuenta, para estimar como probado el derecho parcial de los actores en el dominio del inmueble que se reivindica". Cita como preceptos sustanciales violados los artículos 673, 949, 950, 765, inciso 4º y 1.401 del Código Civil; y para sustentar el cargo, argumenta así:

Que el Tribunal "incurrió en manifiesto error de hecho y de derecho" al estimar que las hijuelas tomadas del juicio de sucesión de Ana Joaquina Triana "únicamente acreditan derechos proindivisos sobre las tres casas de habitación que en ellas se mencionan pero no sobre el suelo o terreno y que esas hijuelas son el único título que exhibe la parte actora"; que al expresarse así, también dejó de apreciar la escritura número 33 de 9 de junio de 1872, por la cual Ramón Teodoro Tello, esposo que fue de la causante, adquirió "una casa de bahareque y palma con su correspondiente solar, comprendido precisamente todo el inmueble por los mismos linderos que se insertaron después en las hijuelas formadas dentro de la sucesión de la esposa del adquirente señor Tello"; que en las mismas hijuelas se incluye expresamente el solar, cuando las adjudicaciones de derechos de que ellas tratan se refieren a "las tres casas que fueron avaluadas en dos mil pesos situadas sobre dos solares unidos", determinadas "por los mismos linderos que encierran el lote o solar en el título de adquisición del señor Teodoro Tello"; que el Tribunal suscita dudas de si el inmueble adquirido por Ramón Teodoro Tello en 1872 ingresó o no a la sociedad conyugal que éste formó con la causante Ana Joaquina Triana, dudas que no son razonables ya que de esa unión legítima hablan numerosas escrituras públicas y partidas de estado civil y que el Tribunal habría disipado si hubiese leído la copia de la sentencia de segunda instancia, de fecha 23 de enero de 1956, visible a folios 10 y siguientes del cuaderno número 2 y que, "en tales circunstancias, las referidas hijuelas son títulos suficientes para reivindicar el dominio de la cuota o derecho que cada adjudicación expresa, sobre el inmueble reivindicable", conforme se establece en los artículos del Código Civil últimamente citados, los que violó así el sentenciador al desestimar esas hijuelas.

CARGO SEGUNDO.—Se hace consistir en que el juzgador, al estudiar el extremo pasivo de la acción de dominio, violó directamente los artículos 952, 762 y 981 del Código Civil, en cuanto dejó de estimar hechos plenamente probados que configuran la posesión en cabeza de la entidad demandada, como son el cerramiento con paredes permanentes y costosas, los actos diferentes de arrendamiento a favor de particulares, el cobro y contabilización de las rentas correspondientes como bienes fiscales, etcétera, "actos ejecutados por el Municipio sobre el inmueble que se reivindica con inconfundible ánimo de dueño y que excluyen todo uso, goce y utilización por parte de los verdaderos dueños del mismo terreno".

Consideraciones de la Corte:

1.—El planteamiento del primer cargo, no obstante los términos con que se introduce, deja ver que éste se intenta por violación indirecta de la ley sustancial, que es la que puede producirse cuando el juzgador yerra de hecho o de derecho

en la apreciación de la prueba; y aunque el recurrente dice atacar simultáneamente por error de hecho y de derecho la estimación de ciertos elementos probatorios, conviene recordar que en principio no es dable semejante forma de impugnación, pues si una prueba no ha sido estimada por el sentenciador según su presencia real en el proceso, el yerro en que se incurre y que es de hecho, mal puede configurar al mismo tiempo uno de derecho o valoración, que supone la vista acertada de la prueba en su aspecto objetivo o fáctico. En el caso actual, las alegaciones del recurrente polarizan el cargo en el campo del error de hecho, dentro del cual se procede a su estudio.

2.- El razonamiento del Tribunal que se impugna, tiene dos partes: una fundamental y otra explicativa. Consiste la primera en la afirmación de que no se deduce de las pruebas del juicio, que el lote de terreno materia de la litis pertenezca a las herencias ilíquidas de los extintos Rogelio Antonio, María Ester, Alcibiades Euclides, María Raquel, Francisco de Paula Elidelio y Engracia Leticia Tello; y estriba la segunda en la razón de que por las hijuelas formadas a los partícipes así nombrados, en la sucesión de Ana Joaquina Triana de Tello, no se les hizo adjudicación alguna sobre el solar, sino únicamente en las tres casas de habitación allí relacionadas.

3.—Ciertamente, es erróneo de hecho el concepto del Tribunal, de que las hijuelas asignadas en la sucesión de Ana Joaquina Triana de Tello a los herederos de la misma que se acaban de nombrar, no tocaron con el terreno comprendido por los linderos que tales hijuelas rezan, pues éstas, en el punto pertinente, luego de decir que se adjudica un derecho de doscientos cuatro pesos ($ 204.00) a María Ester, uno de doscientos pesos ($ 200.00) a Rogelio Antonio y uno de cien pesos ($ 100.00) a cada uno de los cuatro restantes, todo ello sobre un avalúo de dos mil pesos ($ 2.000.00) dado a la unidad, determinan que el objeto a que tales derechos se refieren consiste en unas casas de bahareque y paja situadas en o sobre "dos solares unidos" y "demarcadas" o "alinderados" —tales los dos adjetivos en femenino plural allí empleados— por los mismos linderos que se indican en el punto primero de las peticiones de la demanda iniciativa del presente juicio. Si, pues, se señalaron esos linderos como los correspondientes a las casas sobre que versaban los derechos o cuotas ad-valorem adjudicados, y si materialmente no se concibe casa sin piso que la sustente, es claro que, mientras no se hubiera excluído expresamente el suelo, esas adjudicaciones de cuotas tenían que entenderse referidas no sólo a las construcciones sino al terreno abarcado por los dichos linderos.

4.—Pero, semejante desacierto del juzgador en la segunda parte de su razonamiento no elimina la consideración fundamental de que no aparece que el lote de terreno materia de la litis pertenezca en conjunto a las herencias ilíquidas de los seis nombrados causahabientes de Ana Joaquina Triana de Tello. La razón es potísima: a cada uno de éstos únicamente se le adjudicó, en la dicha mortuoria, un derecho o cuota ad-valorem en el inmueble, y la suma de estas cuotas apenas da ochocientos cuatro pesos ($ 804.00), siendo así que el valor total de la finca con relación al cual fueron hechas aquellas adjudicaciones parciales monta la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00), como lo reconoce expresamente el recurrente en la demanda de casación. Quiere necesariamente decir que, por virtud de tales asignaciones, el conjunto de estos adjudicatarios no se hizo dueño del terreno que en el presente juicio se reivindica, singularmente considerado, sino de una cuota pro indiviso en él, resultante de la suma de las cuotas individuales de esos mismos adjudicatarios.

En tales condiciones, el Tribunal no podía acceder, como no accedió, a la solicitud de los actores de reconocer en favor de las sucesiones o comunidades ilíquidas a que se refiere la demanda, el dominio del aludido inmueble como cuerpo cierto, al cual lo pretende el recurrente variar el objeto del petitum, para, en lugar del dominio del inmueble, reconocerles el de unas cuotas ad-valorem en el mismo.

5.—Por lo tanto, se justifica la negativa del sentenciador a la reivindicación impetrada, porque dirigida ésta a obtener la restitución del predio "Las Granjerías" en su singularidad corporal, era indispensable que se acreditase la exclusiva propiedad del sujeto activo de la acción sobre el entero o unidad reclamada, sin que sirviese al efecto la titularidad de condominio, sólo apta para reivindicar la cuota respectiva como bien jurídicamente distinto del cuerpo cierto en que la misma cuota radica.

En este sentido ha dicho la Corte:

"El derecho de copropiedad está tutelado por la acción reivindicatoria (artículo 948 ib.), pero es axiomático que no puede desplazarse a resguardar el derecho de propiedad exclusiva que sobre la cosa indivisa llegue a concretar en cuerpo cier-

to un comunero. Según la titulación aducida, el demandante tiene un derecho de condominio, pero no un derecho de dominio, sobre el fundo.... El dominio es un derecho exclusivo, enseña la doctrina con apoyo en la plenitud de poderes que el artículo 669 confiere a su titular; al paso que aquél es un derecho no exclusivo, porque sobre el bien común convergen facultades de la misma clase en cabeza de distintos sujetos.

"De aquí que la acción que salvaguardia el derecho de dominio se encamine a recuperar la cosa en su totalidad, como especie o cuerpo cierto, en razón del contenido pleno del derecho, en tanto que la que protege el de condominio se dirige a recuperar la posesión de la cuota en que consiste...". (LXXVII, 2.141, págs. 598 a 601).

"Porque cuando el demandante no tiene el derecho para cuya efectividad pide la tutela del Estado, tampoco tiene la acción. El condómino no tiene acción para hacerse reconocer como propietario exclusivo de una cosa, ni para pedir, consecuencialmente, para sí, la restitución de esa cosa, salvo en los casos en que se haya consumado la usucapión en favor del condómino (Ley 51 de 1943, artículo 1º). No tiene acción sino para que le sea reconocido el derecho que tiene: la copropiedad, o sea, la cuota indivisa en el bien común, y para que la cuota le sea restituída... De esta suerte, al demandar para sí la declaración de propiedad exclusiva, que es lo que no tiene, y la entrega del inmueble como efecto necesario de la declaración... se pide en ejercicio de lo que no se tiene, esto es, la titularidad del derecho de dominio exclusivo, titularidad que es el principal elemento de la acción, o sea la legitimación en la causa, de los actores, en este caso" (LXXIX, 2.151, págs. 807 a 813).

6.—Lo expuesto demuestra que no fueron violados por el sentenciador los preceptos de la ley sustancial que el recurrente cita como infringidos; y, siendo suficiente a mantener en pie el fallo acusado, la sola razón de no estar demostrada la titularidad de los actores en el dominio exclusivo del inmueble que se reivindica, ello exime a la Corte de entrar en el examen del segundo cargo tocante únicamente con el tratamiento dado por el juzgador al extremo de la legitimación en causa del demandado.

RESOLUCION

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de fecha veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

No se causaron costas en el recurso.

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

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



IMPOSIBILIDAD DE LA CORTE PARA ENTRAR A DECIDIR DE UN RECURSO DE CASACION, POR CUANTO LA SENTENCIA ACUSADA, A VIRTUD DE UNA RARA ANOMALIA QUE LA AFECTA, NO PUEDE CONSIDERARSE COMO VERDADERA SENTENCIA

Sin embargo de la presencia de la demanda de casación, propuesta en oportunidad, la Corte no entra a su consideración, porque la forma decisoria incompleta adoptada por el Tribunal, no le da fundamento para estudiar el recurso de casación, el cual supone la existencia de una sentencia dictada por el Tribunal. En el caso de autos no la hay en sentido riguroso, sino en sentido formal, pues la simple forma revocatoria adoptada por el fallador no constituye la sentencia, ya que al revocar la de primer grado debió pronunciarse la que debía reemplazarla.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco)

En libelo fechado el 13 de diciembre de 1955, ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena, Manuela Baena de Padilla demandó a José del C. Olivo, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare rescindido el contrato de permuta contenido en la escritura pública número 1.283 de 9 de agosto de 1955, de la Notaría Primera de Cartagena, "por tener vicios redhibitorios la casa entregada por el demandado, doctor José del C. Olivo. Segunda. Que se declare que los vicios redhibitorios existieron al tiempo de la permuta y son de tal magnitud que hace inhabitable la casa permutada. Tercera. Que igualmente se declare que el demandado conocía los vicios, pues tengo elementos probatorios provenientes de terceras personas, autoridades públicas, que demuestran los defectos del inmueble permutado, que la hacen insalubre. Cuarta. Que se ordene cancelar los registros anteriores provenientes de la permuta y se decrete la entrega de los inmuebles a sus anteriores dueños, es decir, demandante y demandado, y que mi poderdante corra entonces con el gravamen que tiene el inmueble y de que antes era responsable. Quinta. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se obligue al demandado a pagar a mi poderdante los perjuicios materiales que ha sufrido, que estimo en más de cinco mil pesos, pues ella —en virtud de la insalubridad del inmueble— va a desocuparlo y a alquilar una casa pagando arriendo, o en la suma que fijen los peritos, teniendo en cuenta las reglas jurídicas al respecto".

El demandado contestó esta demanda negando algunos hechos y aceptando otros.

Cumplidos los trámites del primer grado, el Juzgado del Circuito, en sentencia de 11 de septiembre de 1957, despachó favorablemente las súplicas de la demanda.

Apeló de esta sentencia la parte demandada, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en decisión de 15 de octubre de 1958 dijo:

"Por lo que se deja expuesto se estima que la providencia recurrida debe ser revocada y, en tal virtud, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

"Revócase la sentencia apelada.

"Condénase al demandante en las costas del juicio".

Está a consideración de la Corte el recurso de casación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la resolución antes citada.

Invoca el recurrente motivos de hecho y de derecho previstos en la causal 1ª del artículo 520 del C. J.

Sin embargo de la presencia de la demanda de casación, propuesta en oportunidad, la Corte no entra a su consideración, porque, la forma decisoria incompleta adoptada por el Tribunal, no le dá fundamento para estudiar el recurso de casación, el cual supone la existencia de una sentencia dictada por el Tribunal. En el caso de autos, no la hay en sentido riguroso, sino en sentido formal, pues, la simple forma revocatoria adoptada por el fallador, no constituye la sentencia, ya que al revocar la de primer grado, debió pronunciarse la que debía reemplazarla.

Sobre el particular, y para caso igual a éste, la Corte, dijo:

"Al tenor del artículo 471 del C. de P. C., las sentencias se formulan haciendo en la parte motiva una relación concisa en que consten los nombres y domicilio de las partes y el objeto del pleito, las pruebas de los hechos importantes conexionados con las cuestiones de derecho que han de resolverse, y expresando las disposiciones legales y las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión'. En la parte resolutiva se hace, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada una de las partes, todo bajo esta fórmula: 'Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley'. Las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

"Por virtud del sistema procedimental de las dos instancias se origina el recurso de apelación que es el más importante de los medios legales para la impugnación de las decisiones judiciales, y de acuerdo con el derecho procesal el resultado de la apelación, cuando el recurso no tiene buen éxito, es la confirmación de la resolución apelada; o su revocación o su reforma cuando el recurso prospera, pero en este caso con el pronunciamiento por parte de la superioridad jerárquica de la correspondiente resolución sustitutiva de la reformada o revocada.

"El recurso de casación no es una tercera instancia, donde puedan considerarse libremente y sin limitación todos los aspectos y cuestiones de la decisión del Tribunal. La casación se concreta a una acusación contra la sentencia definitiva de segunda instancia. Si no hay sentencia no puede haber casación por sustracción de materia jurídica. Y éste es el caso de autos, porque el Tribunal de Pamplona dejó de cumplir su obligación legal de sentenciar el pleito limitándose a revocar la sentencia de primer grado sin pronunciar la sustitutiva. Aquí no hay, por tanto, sentencia definitiva de segunda instancia, o materia casable. Y no se diga que la resolución de que se trata contiene en su motivación la exposición del negocio en forma que ofrece los elementos para deducir la fórmula decisoria como conclusión de esos razonamientos, porque la parte motiva es apenas, dentro de la estructuración legal de la sentencia, la base de justificación e interpretación de la resolutiva que es donde se concreta el imperio de la resolución judicial determinando la situación jurídica en que queden las partes como consecuencia del pleito.

"No se plantea de esta manera en casación una cuestión o problema que excediera jurisdiccionalmente los límites del recurso por no haber sido propuestos por el recurrente. El caso es tan inusitado y anómalo que no cabe dentro de ninguno de los motivos legales del artículo 520 del C. J. No se trata de un defecto del fallo por vicio de fondo o por quebranto de los principios del procedimiento que por no plantearse en la demanda del recurso no pudiera considerarse oficiosamente por la Sala. Lo que pasa es que no hay sentencia que pueda acusarse porque el Tribunal no dictó fallo.

"Y bien explicable resulta que este vicio esencial, debido a injustificable descuido del Tribunal, no hubiera sido descubierto con ocasión de la admisibilidad del recurso, que era la mejor oportunidad para hacerlo producir sus consecuencias legalmente ineludibles. Oculto como estaba por las apariencias formales, sólo al buscar la decisión del Tribunal sobre la cuestión controvertida para considerar los cargos ha podido verse que en realidad el pleito no está decidido en segunda instancia". (LX, pág. 143).

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, se abstiene de decidir el recurso de casación por no existir sentencia definitiva de segunda instancia, y ordena devolver el negocio al Tribunal de origen para que se cumpla con lo anotado.

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

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

SE ACUSA, SIN EXITO, UNA SENTENCIA QUE ABSOLVIO DE RESPONSABILIDAD POR PERJUICIOS OCASIONADOS CON LA CONSTRUCCION DE UN EDIFICIO COLINDANTE CON EL INMUEBLE DE LA PARTE ACTORA

1.—Se trata de un juicio de responsabilidad debido al daño causado por la edificación construída en el inmueble contiguo. Mas la responsabilidad se ha basado en la propiedad exclusiva que sobre la pared divisoria invoca la actora y, según la sentencia acusada, esta propiedad exclusiva no logró demostrarse. Sobre esta base, no puede darse violación de los artículos 2.347, 2.349 y 2.350 del C. Civil, referentes a responsabilidad extracontractual, ya que sin la prueba del derecho exclusivo de la actora sobre el muro divisorio y sobre la faja de terreno en que estaba levantado, no puede deducirse obligación alguna a cargo del colindante por haberse servido de la pared, como corresponde a su calidad de medianera.

2.—Cuando la sentencia acusada le niega valor al fallo que se adujo como prueba, lo hace por considerar que, dados sus términos, está lejos de demostrar lo que pretende la demandante. Tal interpretación es para la Corte de indudable imperio, a menos que se hubiese incurrido en ella en manifiesto error de hecho, no de derecho como lo propone el recurso, dado que no es que el Tribunal niegue a las sentencias el valor propio que les señala el artículo 473 del C. Judicial, sino que, por los motivos y la resolución de la de que se trata, no la estimó, al interpretarla, como prueba del dominio exclusivo de la demandante sobre la pared divisoria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, veinticuatro de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio ordinario de perjuicios de Orfilia Arzayús de Castillo contra Margarita Suárez y Hélida Estrada.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, fechada el 28 de marzo de 1960.

Recurrente: la demandante.

- I -

ANTECEDENTES

1.—Orfilia Azayús de Castillo formuló ante el Juez 2º Civil del Circuito de Buga las siguientes peticiones:

"a) Que las demandadas, señoritas Margarita Suárez y Hélida Estrada Escobar, de las condiciones civiles ya conocidas, son civilmente responsables de los perjuicios de diverso orden causados por culpa civil a la demandante, señora Orfilia Arzayús de Castillo, con los trabajos adelantados en el nuevo edificio en el costado occidental, construcción de propiedad de las demandadas, y realizados sobre la pared oriental de la demandante, obra nueva efectuada entre el diez y seis (16) de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) y el quince (15) de diciembre del mismo año, daños causados en la propiedad a que alude el hecho primero de la demanda.

"b) Que las demandadas están obligadas a pagar a la demandante el valor del terreno que, sin su consentimiento, han ocupado con la pared occidental del nuevo edificio por ellas construído.

"c) Que las demandadas están obligadas a indemnizar a la demandante por haberla privado de la servidumbre de luz que venía disfrutando, en la cuantía determinada en el hecho 28º o la que determinen los peritos.

"d) Que en consecuencia, se condene solidaria-

mente a las demandadas, o en subsidio a cada una de ellas, a pagar a la demandante, o a la persona que sus derechos represente, la suma de cuarenta y ocho mil quinientos pesos ($ 48.500.00) moneda legal, dentro del término de la ejecutoria y seis días más, o la suma de pesos que se fije judicialmente, con la intervención de peritos, en la indemnización de perjuicios causados a la demandante con la nueva edificación, más los intereses legales computados desde el día en que se fije en la sentencia, y se incurra en mora de pagarla, hasta el día en que se verifique el pago. Y que se le condene a las costas del juicio si afronta la litis".

Peticiones subsidiarias:

"a) Que subsidiariamente se declare que solidariamente las demandadas son civilmente responsables de los daños causados, de la ocupación del terreno y de la destrucción de la servidumbre de luz que disfrutaba la demandante, todo esto ocasionado por la nueva edificación levantada por las demandadas.

"b) Que se les condene a destruir la pared occidental que han construido en el edificio recién levantado, como también que se les condene a reconstruir la pared de la demandante, es decir, a volverla al estado en que se encontraba antes del día diez y seis de mayo de 1955. Y que se haga la condenación en costas".

2.—La sentencia de segundo grado hace el resumen de los hechos fundamentales de la demanda, así:

"Por escritura número 214 de 5 de julio de 1901 de la notaría primera de Buga la señora Orfilia Arzayús de Castillo adquirió la propiedad de una casa ubicada en la ciudad de Buga, cruce de la calle 7ª con la carrera 13 y distinguida por los siguientes linderos: oriente, propiedad de Fidel Becerra, después de Absalón Arzayús, hoy de Margarita Suárez y Hélida Estrada Escobar; occidente, con la carrera trece; Norte, con Julio César Cruz, hoy de José María Azcárate; y sur, con la calle séptima. La pared oriental de dicha propiedad fue levantada por la demandante con sus propios dineros y sirve de separación con el predio perteneciente a las demandadas Margarita Suárez y Hélida Estrada Escobar. Cuando el inmueble colindante, que es hoy de las demandadas, pertenecía al antecesor señor Absalón Arzayús, éste pretendió declaración judicial de que tal pared era medianera, lo que no obtuvo, pues al contrario, se declaró en el juicio provocado que dicha pared no era medianera, y que pertenecía exclusivamente a la señora Orfilia Arzayús de Castillo y que ésta tenía derecho a la servidumbre de luz. Así las cosas, siendo, conforme a la escritura número 3.525 de 28 de septiembre de 1954 de la notaría 3ª de Cali, las demandadas sucesoras en el dominio de Absalón Arzayús, previo el permiso de las autoridades municipales, contrataron con el doctor Alexis Aluma Domínguez la construcción de un edificio, construcción que se inició el 16 de mayo de 1955 bajo las órdenes del referido arquitecto autorizado por las demandadas. En los primeros días de julio de aquel año cuando correspondió levantar la pared occidental del edificio de las demandadas, el ingeniero doctor Aluma Domínguez ordenó que para buscar los niveles de la altura se procediera a cortar la pared oriental del edificio de la demandante. Tales trabajos los realizaron los obreros encargados de levantar el edificio. Una vez que la pared de la demandante sufrió el cercenamiento en plano vertical de unos quince centímetros, se procedió a levantar la pared occidental del nuevo edificio, utilizando los cimientos de propiedad exclusiva de la actora, como también recostando o mejor incrustando la pared nueva en la antigua de la demandante. La nueva pared de los demandadas se levantó sobre terreno de propiedad de la demandante, utilizando en parte los cimientos de la pared de propiedad de ésta. Tal pared nueva vino a terminarse en noviembre de 1955 a pesar de los reclamos del esposo de la actora y a pesar de la intervención del doctor Jorge Hernán Tejada. El daño causado se hace consistir en el cercenamiento vertical de la pared que es propiedad de la actora, en el incrustamiento de la nueva en aquella pared, en el debilitamiento de la misma, en el perjuicio de la construcción en general y en el daño futuro, además de la ocupación ilegítima del suelo perteneciente a la demandante".

3.—La parte demandada negó unos hechos, dijo no constarle otros y se opuso a lo pedido, y tanto la sentencia de primera como de segunda instancia fueron absolutorias. De la última recurre en casación la demandante, quien formuló el libelo del recurso oportunamente.

4.—La sentencia del Tribunal se funda, en una palabra, para negar las peticiones de la demanda, en el hecho de no haber probado la parte actora el derecho exclusivo sobre la pared que separa su fundo del predio de las demandadas.

- II -

LOS CARGOS EN CASACION

Cargo primero

5.—Formula así el recurrente el cargo primero:

"Infracción de los artículos 2.347, 2.349 y 2.350, inciso final, todos del Código Civil, ya que el H. Tribunal Superior omitió aplicarlos en la sentencia, que precisamente aludía a ellos, pues se trataba no de un juicio, que discutiera la propiedad de los predios, sino de la responsabilidad que incumbe a una persona para el efecto de indemnizar el daño, producido por aquellas personas que estuvieren a su cuidado. Sólo quebrantando estas normas sustantivas por no haberlas aplicado, infringió el H. Tribunal el inciso 1º del numeral 1º del artículo 520 del C. Judicial.

"Igualmente violó la sentencia el artículo 912 del C. Civil y el artículo 913 del mismo estatuto, ya que no se allegó al proceso la constancia de que las demandadas hubieran indemnizado a la demandante el precio del nuevo peso que sostiene la pared oriental de la demandante. Y no existiendo esa prueba, tenía la imperiosa necesidad de aplicar esas normas legales. Su omisión o su no aplicación constituye una violación directa de la ley sustantiva".

8.—Dice el fallo:

"Presentó la parte actora, junto con el escrito de demanda copia registrada de la escritura número 214 de 5 de julio de 1901 de la notaría 1ª de Buga y acompañó además copia de la sentencia de fecha 1º de octubre de 1928 pronunciada por el señor Juez Tercero del Circuito de Buga, aquella escritura para acreditar el dominio sobre todo el inmueble y esta última sentencia para demostrar la afirmación de que la pared oriental cuestionada en la demanda es de su absoluta propiedad y no medianera.

"Por la mencionada escritura número 214 la señora María Jesús Guzmán vendió a sus hijos Absalón y Orfilia Arzayús Guzmán 'una casa cubierta de teja sobre paredes de adobe, con correspondiente solar, ubicados en esta ciudad por los siguientes linderos: 'por el oriente, con casa y solar del señor Fidel Becerra; por el occidente, calle al medio, con casa de los señores Purificación Salcedo y Pedro Bejarano; por el sur, calle en medio, con casa del doctor Matías Gálvez; y por el norte, con solar del señor Julio César Cruz'.

"Mas los derechos de los compradores Absalón y Orfilia Arzayús, no quedaron en proindiviso, porque, aunque incidentalmente, en la referida escritura número 214 explica: 'Que en la venta de la casa no entran las mejoras de construcción y reconstrucción de varias piezas, por haberlas hecho los compradores, cada uno en la parte que les vende, así: a su hijo Absalón trece metros de oriente a occidente y el resto de casa hacia la parte occidental, con sus muebles, a su hija Orfilia; y de norte a sur el largo que dé, desde el edificio hasta encontrar el lindero con el solar del señor Julio Cruz'.

"Vistos los términos del acto de enajenación de la señora María Jesús Guzmán a favor de Orfilia y Absalón Arzayús, es obvio que por tal instrumento número 214 no puede en manera alguna tenerse como complemento acreditado, primero, que la pared oriental de la edificación de la demandante fuera de su exclusiva propiedad puesto que de tal instrumento no puede deducirse que tal pared de separación fuera de las construcciones o reconstrucciones que hiciera la señora Orfilia de que habla aquel título para excluirlas de la venta, o fuera pared que perteneció a la vendedora María Jesús Guzmán y pasó así con calidad de medianera, a virtud de la partición del predio de los dos adquirentes y como lo preceptúa el artículo 938 del C. C. al separar los dos predios, el uno de trece metros de oriente a occidente y el otro hacia la parte occidental; y segundo, tampoco puede deducirse del mismo título que la cuestionada pared se encuentra levantada sobre suelo de propiedad de la demandante, esto es, dentro del resto del predio hacia la parte occidental, deducidos los trece metros de frente que le correspondían a Absalón Arzayús".

Se considera:

9.—Ciertamente no se trata de un juicio sobre propiedad del inmueble de la actora, sino de responsabilidad debido al daño causado por la edificación construída en el inmueble contiguo, perteneciente a las demandadas. Sobre la prueba del dominio no se discute, pues la sentencia lo reconoce, rectificando en ello al juzgador de la primera instancia.

Mas, la responsabilidad en referencia se ha basado en la propiedad exclusiva que sobre la pared divisoria invoca la actora, propiedad exclusiva que, según la sentencia no está demostrada.

Sobre esta base, no puede darse violación alguna de los artículos 2.347, 2.349 y 2.350 del C. C.,

referentes a responsabilidad extracontractual, ya que sin la prueba del derecho exclusivo de la actora sobre el muro divisorio y sobre la faja de terreno en que estaba levantado, no puede deducirse obligación alguna a cargo del colindante que se ha servido de la pared, como corresponde a su calidad de medianera.

Segundo cargo

10.—Este cargo consiste en el error de derecho sufrido en la estimación de la escritura número 214, de 5 de julio de 1901, de la notaría primera de Buga, debidamente registrada, por no haberle "dado el valor probatorio consagrado en el artículo 1.758 del C. C., en armonía con el artículo 2.597 del mismo Código, concordante también con el artículo 2.637, sobre documentos que deben registrarse"; así como en la violación del artículo 2.625 ib., y todo ello porque a la escritura pública no le fue reconocido el mérito de acreditar el dominio de los bienes inmuebles, siendo entendido que "en el edificio de propiedad de la demandante estaba la pared oriental que lo sustentaba"; más los artículos 669, 673, 741, 745 y 746, al parecer también del C. C., "puesto que legalmente la actora adquirió lo que aparece en la escritura número 214 ya citada, pues el concepto de propiedad se acredita con la presentación del título de adquisición, debidamente registrado"; y completa el elenco de disposiciones quebrantadas, con el artículo 473 del C. J., por cuanto la sentencia le negó al fallo del Juzgado 3º del Circuito de Buga, de 11 de marzo de 1930, la virtud de probar la cosa juzgada en lo que atañe a la pretendida propiedad exclusiva que la demandante alega sobre la pared en referencia y el terreno por ésta ocupado.

Se considera:

11.—No es fácil reducir a términos razonables, conforme a la técnica del recurso, el planteamiento de este segundo cargo.

A)—Por una parte, según él, hay error de derecho en la estimación de la escritura, porque, probando ésta el dominio del inmueble, y hallándose en él el muro divisorio, éste pertenece exclusivamente a la actora. Mas, el fallo no niega la premisa, ya que en este punto rectificó la sentencia de primer grado, para la cual el título era ineficaz por no haberse aducido el certificado sobre suficiencia del mismo. Lo que niega es la conclusión, es decir, que en virtud del mismo instrumento, de la inspección ocular y la prueba pericial practicados, que se acreditara el derecho pleno de la demandante sobre el muro que separa los dos bienes raíces.

B)—Por otra parte, la sentencia, al negar valor al fallo referido, lo hace porque considera que, dados sus términos, está lejos de demostrar ese mismo extremo. Técnicamente el razonamiento del Tribunal en este punto, es impenetrable en casación, a menos que se demostrase error de hecho manifiesto, cometido en la estimación de dicha prueba, error no alegado en la demanda presentada ante la Corte.

C)—Además y en referencia a la cosa juzgada, que la sentencia recurrida desconoce, según el recurrente, violando el artículo 473 del C. J., debido a error de derecho en la apreciación del fallo ejecutoriado del Juez 3º del Circuito de Buga, dictado entre las mismas partes y con fecha 11 de marzo de 1930, el fallador reproduce la parte resolutiva de la providencia del Juez, que es de este tenor:

"Por lo expuesto, el Juzgado Tercero del Circuito de Buga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara:

"1º—Que toda la pared divisoria entre el edificio o predio del demandante, señor Absalón Aryazús, y el edificio o predio de la demandada, señora Orfilia Arzayús de Castillo, no es medianera;

"2º—Que gran parte de la aludida pared, inclusive el terreno sobre que está edificada y en la cual ha abierto la demandante ventanas o troneras para dar luz a su edificio por el lado del predio del demandante, pertenece exclusivamente a aquélla:

"3º—Que sólo las dos partes viejas extremas, norte y sur, de la susodicha pared divisoria, de unos cuatro metros y medio de la primera y comprendida la segunda entre la tienda de mercancías que queda en la esquina de propiedad de la demandada, y el zaguán de la casa del demandante son medianeras o de propiedad exclusiva acaso del demandante señor Arzayús:

"4º—Que a consecuencia de las anteriores declaraciones la demandada señora Orfilia Aryazús de Castillo, representada por su esposo legítimo señor Aureliano Castillo, no está obligada, conforme al artículo 932, inciso 2º del Código Civil, a cerrar las ventanas o troneras que tiene abiertas en la pared de su exclusiva propiedad para dar luz a su edificio por el lado del predio del demandante, y, antes bien, puede abrirlas en el

número y de las dimensiones que quiera, con sujeción eso sí, a las condiciones expresadas en el artículo 933 del Código Civil citado".

Después la sentencia, refiriéndose al fallo cuya parte resolutiva queda inserta, expone la doctrina según la cual el alcance de una sentencia —y por lo mismo la cosa juzgada— no pueden establecerse siempre sin la ayuda de la parte motiva, y agrega:

"Por más que implícitamente se afirme en la demanda que las demandadas se encuentran vinculadas al fallo de 11 de marzo como sucesoras en el dominio de Absalón Arzayús —lo que no está demostrado por medio legalmente propio— y, por tanto, que tal fallo tiene la consiguiente fuerza probatoria respecto de la calidad afirmada de la pared aunque tal sentencia no esté registrada como lo ordena el artículo 2.652 del C. C. porque se hace valer entre las partes en que fué pronunciada o sus sucesores, la apreciación de ese fallo, en el caso de autos, se hace imposible porque en él se contienen declaraciones contradictorias y oscuras en forma desentrañable y, en síntesis, porque en el mismo fallo puede observarse un claro incumplimiento y olvido del último inciso del artículo 471 del C. J.

"En efecto, examinada la cuestionada sentencia de 11 de marzo de 1930, cuya copia se allegó al juicio con la demanda, puede observarse que su parte resolutiva no se conforma con la esencia y naturaleza de las sentencias declarativas y reconocitivas por medio de las cuales siempre debe reconocerse la existencia de un hecho con las consecuencias jurídicas señaladas en las normas positivas, todo ello de acuerdo con las pretensiones de las partes y los hechos invocados y plenamente acreditados en el juicio.

"Aquí, habiendo demandado Absalón Arzayús la declaración de que la pared divisoria de las dos propiedades transferidas por María Jesús Guzmán era medianera, se declara la situación contraria de que 'no es medianera', por una parte; por otra, se hace una declaración parcialmente contraria a la anterior en el punto segundo de dicha resolución de que aquella pared en 'gran parte' pertenece exclusivamente a la señora Orfilia Arzayús, incluyéndose en esa declaración 'gran parte del suelo', cuando en la declaración anterior se había dicho que esa pared no era medianera; y para insistir en la contradicción en el aparte tercero se reconoce y declara que 'sólo las dos partes viejas extremas, norte y sur, de la susodicha pared divisoria, de unos cuatro metros y medio de la primera y comprendida la segunda entre la tienda de mercancías que queda en la esquina de propiedad de la demandada, y el zaguán de la casa del demandante, son medianeras o de propiedad exclusiva acaso del demandante Arzayús'.

"En síntesis, la atenta lectura de la cuestionada sentencia referida, si como prueba fuera admisible, lo único que podría demostrar sería que la pared de separación entre los dos predios que adquirieron los hermanos Orfilia y Absalón Arzayús de la señora María Jesús Guzmán habiendo llegado a ser las demandadas en este juicio sucesoras del dominio del segundo, y el terreno en que tal pared esté levantada, no son de propiedad absoluta de la señora Orfilia Arzayús".

Se sigue de lo anterior que la sentencia acusada, al interpretar el fallo del Juez Tercero del Circuito de Buga, llega a la conclusión de que dicha pieza no reconoció a la actora el derecho exclusivo sobre la referida pared. Tal interpretación es para la Corte de ineludible imperio, a menos que se hubiese incurrido en ella en manifiesto error de hecho, no de derecho, como lo propone el recurso, dado que no es que el fallo niegue a las sentencias el valor propio que les señala el artículo 473 del C. J., sino que, por los motivos y la resolución de la de que se trata, al interpretarla, no la estimó como prueba del dominio exclusivo de la actora sobre la pared divisoria: y fuera de que la acusación no fue formulada por error de hecho, el recurrente se limitó a citar la ley sustantiva quebrantada a su juicio (artículo 473 C. J.), omitiendo la del texto sobre las pruebas, infringido como medio, requisito sin el cual tampoco podría prosperar el cargo.

Tercer cargo

10.—Se acusa la sentencia, en último término, por error de hecho manifiesto en la apreciación del acta de inspección ocular y del dictamen pericial.

Dice así la sentencia:

"En efecto: solicitó el apoderado de la demandante inspección ocular y dictamen pericial para identificar las dos propiedades de ambas partes 'de acuerdo con las escrituras respectivas' y para establecer que la nueva pared levantada por las demandadas lo fue 'sobre los cimientos de la antigua pared, no medianera, perteneciente a la demandante...'. Sin embargo de todo ello, el Juez según el acta respectiva, identificó el predio de la actora por sus linderos actuales, mas no con-

forme a la escritura número 214 acompañada a la demanda, porque según allá se dice, este título 'data del año de mil novecientos uno, siendo imposible de consiguiente saber a la época actual si por los costados oriente y norte, evidentemente limitaba con predio de los señores Fidel Becerra y Julio César Cruz': y, en cuanto al objeto preciso del pleito dejó establecido aquel funcionario que en el forámen practicado en la planta baja, en el zaguán de entrada, se pudo establecer que la construcción es de ladrillo en la base del piso y de allí para arriba de adobe. Se constató una pared de cuarenta centímetros de espesor, observándose que en la base no hay solución de continuidad entre las partes de la actora y las demandadas.

"Tampoco el perito Pedro Nel Rayo Z. identificó los inmuebles conforme a los títulos citados por el apoderado del actor, ni contestando tal experto los puntos d) y g) del memorial de pruebas de aquella parte, nada dijo acerca de si la antigua pared era perteneciente exclusivamente a la demandante o si era medianera.

"Ni del dictamen del experto Felipe Sadovnik se puede deducir que la pared objeto del pleito y el suelo en que está levantada sean de la propiedad exclusiva de la actora, pues, en materia de identificación de los inmuebles de las partes, tal perito se limita a 'afirmar que los inmuebles son los mismos a que alude la demanda, naturalmente que sus linderos han sufrido alteración por el tiempo, en los nombres de los colindantes' y que 'el corte de la pared antigua sirvió para incrustar la pared occidental de las demandadas', sin decir nada en relación con la propiedad del suelo ni por qué tal pared antigua es de propiedad de la demandante.

"Entendía mejor su misión, aunque no llegó a la conclusión debida y buscada, el perito tercero Hernando Patiño Herrera, quien tuvo en cuenta la historia de las propiedades diciendo que 'el lote correspondiente a las dos edificaciones alinderadas, formó un solo globo de terreno que fue de propiedad de la señora María Jesús Guzmán de Arzayús, quien por dicho instrumento lo vendió a sus hijos Absalón y Orfilia Arzayús, dejando la expresa constancia que a su hijo Absalón le vende trece metros de oriente a occidente, y el resto hacia el occidente a su hija Orfilia'. Luego agrega este experto que 'la escritura número 3.525 de 28 de septiembre de 1954, notaría 3ª de Cali, por la cual Max Alcalay vendió el lote a las señoritas Margarita Suárez y Hélida Estrada, quien lo había adquirido de los herederos del señor Absalón Arzayús, no estipula dimensión alguna, sino que da los linderos que corresponden a los arriba anotados'.

"Pero no dijo este experto si, dada la escritura número 214 y dado el frente de trece metros que correspondían a Absalón Arzayús, la pared cuestionada en el juicio se encontraba levantada después de dichos trece metros hacia la parte occidental, para establecer así que el suelo en que tal pared está levantada pertenece a la actora, ni tampoco nada dijo tal perito por qué circunstancia o motivos la pared cuestionada en el pleito y que en algunos tramos no presenta solución de continuidad con la nueva pared levantada por las demandadas, según aquél, era de propiedad de la demandante".

Se considera:

La motivación del cargo no demuestra error alguno de hecho en la estimación de dichas probanzas, ya que se enramina más a objetar una prueba que en instancia no le mereció ningún reparo, que a sustener el cargo en casación, por error de hecho.

La conclusión a que llega el fallo al respecto no puede acusarse en casación, sino demostrando manifiesto error de hecho. La sentencia no encuentra, ni en la inspección ni en los conceptos periciales, la prueba de que la pared divisoria, con el terreno que ocupa, haga parte en su totalidad del fundo de la demandante. La conclusión opuesta que propugna el recurrente, debería surgir de modo necesario, como la única lógica, evidente e irrefragable, del examen de dichos medios probatorios. Sólo así hay error de hecho en casación. Todo lo demás pueden ser opiniones, conceptos o conclusiones, incluso más o menos fundados, pero sin la fuerza suficiente para desvirtuar la estimación del Tribunal. De lo contrario, la casación se convertiría en un nuevo grado de juicio, en el cual se revisaría a fondo la materia de los hechos y sus pruebas, lo cual es contrario a la naturaleza del recurso extraordinario, como de manera insistente lo ha repetido la Corte.

No hay, pues, motivo para casar la sentencia.

DECISION:

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiocho (28) de marzo de mil novecientos sesenta (1960), pronunciada po el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el juicio ordinario iniciado por Orfilia Arzayús de Castillo contra Margarita Suárez y otra.

Costas de la casación a cargo del recurrente.

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

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

SALA DE CASACION PENAL

INFRUCTUOSA ACUSACION, CON FUNDAMENTO EN LAS CAUSALES 2ª Y 4ª, CONTRA UNA SENTENCIA QUE PROFIRIO CONDENA POR DELITO DE HOMICIDIO AGRAVADO

1.—Debe recordarse que esta Sala ha expresado que no está erigida en causal de nulidad la inobservancia del artículo 266 del C. de Procedimiento Penal, que manda, poner en conocimiento de las partes el dictamen pericial a efectos de que puedan solicitar ampliación, explicación o aclaración de él durante el término que allí se fija, pues les queda el derecho, éste sí importante, que consagra el artículo 267 del mismo Código, de objetar el dictamen por cualquiera de los motivos determinados en la ley, entre ellos el error grave.

2.—Dentro del sistema de estimación legal moral de las pruebas consagrado por nuestro Código de Procedimiento Penal, se les concede a los falladores de instancia una amplia autonomía para apreciarlas. De aquí lógicamente se infiere que solamente los errores protuberantes que contrarían los principios de una sana crítica o la lógica pueden ser tenidos en cuenta en casación, en cuanto ellos se hayan utilizado como premisas para proferir el fallo impugnado.

3.—Especialmente en cuanto a la estimación y crítica de la prueba indiciaria, aparte de la libertad de criterio y exigesis de que goza el juzgador, el recurrente en casación ha de tener en cuenta, como lo ha expresado la Sala, que "el estudio crítico de los indicios que consista en atacar cada indicio para demostrar que por sí solo no es prueba cabal del hecho que se pretende averiguar, quebranta la naturaleza de esta clase de pruebas, pues que de suyo no puede cada uno serlo. Romper la relación con uno u otros, es ir contra la rectitud del raciocinio que requiere el enlace para proferir las conclusiones del conjunto".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, marzo primero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

VISTOS:

Gilberto Osorio García (a. "Beto"), interpuso recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, con fecha treinta de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve, en la que se condenó al recurrente a la pena principal de diez y siete años de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable del asesinato consumado en la persona de Luis Rosendo Espinosa.

Las causales invocadas para sustentar el recurso son la 2ª y 4ª del artículo 567 del C. de P. P.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Se acoge la relación hecha por el Tribunal que profirió el fallo acusado en casación, por estar ajustada a la realidad procesal:

"Luis Rosendo Espinosa, trabajador del señor

Alfonso Vergara en una finca ubicada en la vereda de El Madroño, municipio de Belalcázar, salió de la casa de Vergara en la cual vivía hacía varios meses, con dirección al sitio denominado 'La Gaceta' con el fin de bañarse, lo cual ocurrió entre las ocho y las nueve de la mañana del día 4 de octubre de 1958. A su paso para el baño, entró a la casa de la señora Ana María Vergara donde le proporcionaron un poco de jabón y de allí se dirigió directamente hacia el lugar en donde se encuentran unos tanques de agua que surte la quebrada llamada La Gaceta. Pocos minutos después de haber salido Espinosa de la casa de la Vergara, ésta oyó la detonación de una arma de fuego, en la misma dirección de los baños. Horas más tarde, algunos vecinos encontraron el cadáver de Espinosa al pie del tanque donde funciona una moto-bomba, dentro de un sembrado de maíz, en una pendiente hacia la citada quebrada. En la parte de arriba de dicho tanque se encontró una charca de sangre, y sobre uno de sus muros las huellas de una mano ensangrentada. El cadáver presentaba un impacto de arma de fuego y varios machetazos en el cuello, cabeza y miembros superiores. A poca distancia del cadáver fueron encontrados una ruana y un sombrero de propiedad del occiso".

Cuando el Fiscal del Juzgado 3º Superior de Manizales, a quien le correspondió conocer de este proceso, había rendido concepto de fondo sobre el mérito del sumario, entró en vigencia el Decreto Extraordinario 0012 de 1959, aplicable a los Departamentos en estado de sitio. En atención a esta circunstancia y como aún no se había calificado el mérito del sumario, en cumplimiento a lo dispuesto en el expresado Decreto se le dio a éste inmediata aplicación.

Como consecuencia de lo dispuesto en dicho decreto extraordinario, previo el traslado a las partes para que formularan sus alegatos, el Juez del conocimiento resolvió sobreseer temporalmente a favor de los sindicados Gilberto o Beto Osorio García y Santiago Bedoya, quienes desde un principio figuraron como sindicados del homicidio consumado en Luis Rosendo Espinosa.

Al revisar, por consulta, el Tribunal Superior de Manizales el auto de sobreseimiento temporal, resolvió revocar el sobreseimiento temporal proferido a favor de Osorio García y en su lugar lo condenó a la pena principal de diez y siete años de presidio y a las accesorias de ley, en la sentencia recurrida en casación.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al descorrer el traslado y tras un detenido y meditado estudio, en el que refuta uno a uno los cargos hechos por el recurrente a la sentencia de segundo grado, termina por solicitar que "no se case la sentencia recurrida por ser inocuos los cargos contra la misma, debido a su falta de demostración".

Por cuestión de método y de técnica procesal se entrará a estudiar primeramente la causal cuarta, como lo hace el señor colaborador Fiscal, toda vez, que como lo ha expresado en otras oportunidades esta Sala, "La técnica del recurso de casación impone estudiar las causales que se invoquen, no en el orden que aparezca en la demanda sino según la mayor capacidad que cada una de ellas tenga con respecto al fin para el cual han sido establecidas. Y es indiscutible que la causal cuarta, entre las que enumera en forma taxativa el artículo 567 del C. de P. P. es la que responde con más propiedad a aquella condición. Porque, alegada una nulidad que afecte el procedimiento que le sirvió de base al fallo impugnado, sería inconducente darle preferencia al examen del cargo que se refiere sólo a la aplicación de la pena, por ejemplo. Lo cual querrá decir también, que si se reconoce la existencia de esa clase de nulidad, resultaría inoficioso entrar al estudio de los demás cargos que se le hagan al fallo o de otros motivos que se aduzcan en la demanda, por buenos que sean sus fundamentos. (Casación del 21 de febrero de 1958).

Causal cuarta

Según el recurrente "La sentencia fue violatoria de la ley procedimental porque se pronunció en un juicio viciado de nulidad".

Alega el demandante que al no ponerse en conocimiento del apoderado del sindicado Gilberto Osorio García el dictamen rendido por el director del Laboratorio Forense, doctor José María Garavito, visible a folio 37 del informativo, no se dio cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 266 del C. de P. P. por parte del Funcionario Instructor, y "que por ende, Gilberto Osorio García no fue juzgado observando la plenitud de las formas propias del juicio, hecho que genera nulidad constitucional que vicia la sentencia.

Considera el señor Procurador Delegado, con base en lo dispuesto en el parágrafo del artículo

33 del Decreto 0012, que establece que "Las nulidades sólo podrán alegarse una vez dictada la sentencia de primera instancia y ante el respectivo Tribunal" que la causal cuarta de casación no es procedente cuando se aplica el procedimiento establecido por el expresado decreto.

Aunque la Sala estima que a la disposición trañscrita no puede dársele el alcance que pretende el señor colaborador Fiscal, por lo menos cuando se invocan nulidades constitucionales, por cuanto éstas tienen un efecto supralegal ya que violan las garantías constitucionales y atacan las bases mismas de la organización del juicio, no obstante acoge la refutación que dicho colaborador hace de la causal alegada, cuando afirma que ella es simplemente una "apreciación personal del impugnador, que no tiene la consistencia de un cargo, ya que debe descartarse con la simple observación de que el citado dictamen no fue puesto en conocimiento del apoderado de los sindicados, precisamente, porque éstos no habían designado ninguno, hasta este momento". Agrega que: "En realidad con auto de octubre 23 de 1958 (f. 37 v., cuaderno 1º) se dispone lo pertinente y tal auto se notificó al Fiscal y a los sindicados y, luego en febrero 14 de 1959 se posesionó el apoderado de los sindicados", quien explica, "no hizo uso del derecho consagrado en el artículo 267 del C. de P. P., en la oportunidad que tuvo para ello".

Por otra parte, debe recordarse que esta Sala ha expresado que: "La inobservancia del artículo 266 del C. de P. P. no está erigida en causal de nulidad; tanto es así que si el juez no puso en conocimiento de las partes el dictamen pericial para que durante el término (cinco días) allí fijado, pudieran ellas pedir se ampliara, explicara o aclarara, les queda el derecho, éste sí importante, de objetar el dictamen por cualquiera de los motivos determinados en la ley, entre ellos el error grave.

"La Ley (artículos 266 y 267) dá a las partes dos oportunidades para objetar el dictamen pericial; una, para pedir explicación, aclaración y ampliación solamente, dentro de los cinco días siguientes al en que el juez las puso en conocimiento del dictamen, y la otra en cualquier tiempo antes de entrar el proceso al despacho para sentencia, para objetarlo de fondo (por error grave, fuerza, cohecho, dolo o seducción). (Sentencia 23 noviembre de 1948).

Por lo tanto las razones aducidas para sustentar la causal cuarta no tienen ninguna consistencia, por consiguiente, no prospera.

Causal segunda

Dos cargos formula el demandante con base en la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P. que estudia y trata de demostrar en capítulos separados. El primero lo hace consistir en que "La sentencia recurrida atribuyó un valor que no tenían a hechos como determinantes de la responsabilidad". El segundo cargo lo consigna expresando que: "La sentencia recurrida atribuyó un valor probatorio que no tenían a hechos con base en los cuales configuró un delito de homicidio agravado".

En el primer capítulo trata de demostrar el abogado demandante que el Tribunal de Manizales al establecer la responsabilidad del reo Osorio García, consideró como indicios graves hechos que no tienen este carácter y que no están probados plenamente. Los indicios especialmente criticados son tres, de los cinco en que el fallo fundamenta la responsabilidad de Osorio García, y los concreta, en resumen, en los términos siguientes:

1º—Haberse encontrado el día siguiente del delito y en la pieza donde de costumbre dormía Gilberto Osorio García y donde durmió la noche anterior al ilícito, las siguientes cosas: un delantal con tafilete de material, una peinilla o machete, la cubierta correspondiente a esta arma y unos zapatos de color rojo, zapatos, cubierta y machete que se encontraban manchados de sangre, como lo afirmaron los que practicaron la requisa y haber resultado que la sangre de los zapatos rojos y de la cubierta para peinilla era sangre humana, como lo dijo el Instituto de Medicina Legal de Bogotá, en prueba pericial ya transcrita y haberse comprobado suficientemente, que los zapatos rojos ya mencionados eran de propiedad del sindicado Gilberto Osorio García.

2º—Puntualiza el Tribunal otro indicio, en un segundo acápite, el que hace consistir en el hecho de que mi defendido sí estuvo en el lugar de los acontecimientos "en hora en que coincide con la hora del crimen".

3º—"Aseguró el reo Osorio García (ver indagatoria y careo) que a las siete (7) de la mañana del día del crimen estaba en la población de Belalcázar y en su pretensión de probar esto, citó a los testigos Olmedo Toro, Héctor Cardona y Luis Angel Toro afirmando que con éstos estuvo en dicha población a las siete. Pero estos testigos desvanecen rotundamente la pretendida coartada, pues los dos primeros afirman que con el sindicado Osorio García no se vieron a ninguna hora

del día citado, y Héctor Cardona dice que vio a Gilberto Osorio en la población más o menos de una de la tarde en adelante, pero no a las siete de la mañana".

El señor Procurador Delegado en lo Penal, antes de entrar a refutar cada una de las críticas hechas por el demandante a estos indicios, hace la transcripción de jurisprudencia de la Corte en que se fija el criterio para la interpretación de la prueba cuando se invoca la causal segunda de casación, para expresar después su criterio sobre el particular, en los siguientes términos:

"Se ha dicho que el estudio de la causal segunda de casación asemeja a la H. Corte a un Tribunal de instancia, pero sin que se opere identidad propiamente tal dada la finalidad del recurso extraordinario de casación que no es otro al de hacer un juicio comparativo entre la sentencia impugnada y la ley, para demostrar que la presunción de legalidad que ampara a los fallos judiciales no puede mantenerse por hallarse la estructura jurídica de la sentencia en pugna con la misma ley. Si la sustentación de la causal segunda únicamente se hiciera viable formulando una crítica probatoria sobre los elementos de juicio tenidos en cuenta por el Tribunal ad quem y su exposición fuera desordenada o fundamentada en hipótesis, la índole técnica del recurso se desvirtuaría, por olvido de las obligaciones mismas del demandante que le imponen el texto mismo del ordinal 2º (artículo 587 del C. de P. P.). Al demostrar la citada causal es indispensable proceder a señalar los hechos sobre los cuales se apoyó el fallo impugnado, indicar el valor probatorio que tienen al amparo de la ley y deducir el error que sobre su interpretación o apreciación fue cometido en la sentencia acusada. Tras ello se ha de acreditar que tales hechos son elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción.

"Lógicamente los cargos contra la sentencia impugnada se han de respaldar con serios fundamentos jurídicos y se han de mencionar las normas legales que resultaron violadas mediante la errada interpretación o apreciación de los hechos. Ahora bien: porque la interpretación o apreciación de los hechos es cuestión eminentemente personal y es la misma ley la que da tal imperio a los falladores de instancia, según la valoración ética-legal autorizada en el estatuto adjetivo actualmente vigente, la labor de la H. Corte en casación se reducirá a estimar la prueba cuando se haya cumplido con los requisitos propios de la sustentación de la causal segunda y, además, cuando el error revista cierta notoriedad o sea contrario a los postulados de la lógica el razonamiento verificado en la sentencia acusada o se manifieste ostensiblemente una conclusión falsa.

"Y tratándose de demostrar que hubo errónea interpretación o apreciación de los hechos que el fallador consideró como indicios es aún más exigente el ataque contra la estimación probatoria verificada en la sentencia impugnada. En efecto, además de comprobar que la inferencia de un hecho a otro adolece de serio razonamiento, por lo cual propiamente no puede ser tenida como lógica, se ha de formular un ataque sobre el conjunto probatorio que constituyen los diversos indicios configurados por el fallador porque las diversas secuelas (hechos indicados) han podido determinar su convencimiento hasta el de considerar como plena prueba el conjunto de los varios elementos de juicio analizados separadamente. Y con ello se estará dando cumplimiento al artículo 206 del C. de P. P. que prescribe:

"'Dos o más pruebas incompletas son prueba plena si los hechos que las constituyen están probados plenamente y su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse'".

"Por otra parte al decir del artículo 217 del C. de P. P., que 'Un solo indicio no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada' está significando a contrario sensu que varios indicios sí la constituyen y ello ocurre cuando además son graves, precisos y existe conexión entre ellos, siendo estas calidades de apreciación propias del juzgador de instancia, y por ende no aptas para ser discutidas en casación. En efecto, la variedad de conocimientos jurídicos, de capacidad intelectual, de experiencia, permitirán a cada uno deducir más o menos lógicamente ciertos hechos que, por igual, unos estiman leves y otros graves; éstos precisos y aquéllos vagos; algunos conexos entre sí y ciertos totalmente divorciados.

"La errónea apreciación o interpretación que se dio a los hechos, cuando se trate de indicios, en la sentencia demandada en casación con apoyo en la causal segunda requiere, pues, un ataque ordenado a cada uno de los hechos de los cuales dedujo secuelas el fallador de instancia, y, además, una crítica al conjunto de los mismos, porque al proceder en otra forma quedaría incompleta la sustentación de la causal".

El señor Procurador después de hacer una réplica concienzuda y detallada a las críticas que el recurrente hace de algunos indicios tenidos en cuenta por el Tribunal de Manizales, analizando algunos testimonios estudiados por dicho Tribunal, concluye acertadamente por afirmar que las "consideraciones formuladas por el recurrente carecen de consistencia para ser tenidas en cuenta como cargos procedentes, como ataque serio a la estructuración del indicio", agregando que el conjunto de todo acervo probatorio no fue motivo de estudio por parte del recurrente y que exclusivamente se dedicó a formular ataques por separado contra cada uno de los indicios olvidando que su conexidad ofrece motivo de convicción para el fallador".

Tratándose de la causal segunda de casación, en cuanto a la facultad de apreciación o estimación que de la prueba le corresponde hacer a la Corte, y en especial de la prueba indiciaria, no está de más recordar algunas tesis sustentadas por esta Corporación en varios fallos, como oportunamente lo hizo el señor colaborador Fiscal. A este respecto pueden citarse las siguientes:

"La intervención de la Corte en casos de estimación de la prueba se limita a aquellos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de este modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto, y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba por parte de los Tribunales". (Sentencia del 28 de marzo de 1946).

Dentro del sistema de estimación moral legal de las pruebas consagrado por nuestro Código de Procedimiento Penal se les concede a los falladores de instancia una amplia autonomía para apreciarlas. De aquí lógicamente se infiere que solamente los errores protuberantes que contrarían los principios de una sana crítica o la lógica pueden ser tenidos en cuenta en casación en cuanto ellos se hayan utilizado o servido como premisas para proferir el fallo impugnado. De no ser así, sería siempre posible oponer al criterio del fallador de instancia otro criterio distinto, recortándose así las naturales atribuciones de aquél, con lo cual se desvirtuaría el recurso extraordinario de casación, que supone ante todo un estudio comparativo de la sentencia acusada con la ley, pero de ninguna manera una nueva y minuciosa crítica, que es lo que parece pretender el recurrente en su demanda.

Especialmente en cuanto a la estimación y crítica de la prueba indiciaria se debe tener en cuenta, como lo ha expresado la Sala, por una parte, que: "En la apreciación de los indicios el juzgador de instancia tiene libertad de criterio y de exégesis, tan sólo limitada por la posible ejecución de errores manifiestos", y por otra, que "No se pueden separar los indicios para atacarlos aisladamente porque los indicios hay que relacionarlos los unos con los otros para del conjunto llegar a la conclusión de si existe o no el hecho que se quiere averiguar". (Sentencia 23 de julio de 1946, LX). También a este respecto ha dicho la Corte que: "El estudio crítico de los indicios que consiste en atacar cada indicio para demostrar que por sí solo no es prueba cabal del hecho que se pretende averiguar, quebranta la naturaleza de esta clase de pruebas, pues que de suyo no puede cada uno serlo. Romper la relación con otro u otros, es ir contra la rectitud del raciocinio que requiere el enlace para deducir las conclusiones del conjunto". (Sentencia de 21 de septiembre de 1953.)

Contra esta rectitud del raciocinio peca el recurrente, pues en su demanda se limita a criticar aisladamente algunos indicios que sirvieron de basamento a la sentencia recurrida, sin pretender siquiera hacer un análisis de conjunto para saber si existe relación o conexidad en los varios indicios tenidos en cuenta por el Tribunal para deducir la responsabilidad de Osorio García. Debe anotarse que el fallo acusado, para deducir la responsabilidad del reo Osorio García, no solamente tuvo en cuenta los indicios a los que el demandante concreta su crítica, sino otros y que aunque ninguno de dichos indicios son necesarios, sí son graves, precisos y conexos entre sí.

La Corte ha revisado las pruebas citadas en el fallo, especialmente los testimonios de Hermes Toro, Alejandro Ramírez Arias, Santiago Bedoya, Héctor Cardona, Luis Angel Toro, del cabo de la Policía Aquilón Delgado, así como las declaraciones de los padres del sindicado, y ha podido concluír que en forma alguna aparece que el Tribunal, hubiera incurrido en la apreciación de estas pruebas en un error evidente, ni que los varios indicios sobre los cuales se fundamentó la sentencia condenatoria se hubieran tenido en cuenta sin sujeción a las normas legales establecidas para calificarlos y darles el alcance jurídico que les es peculiar.

Con la crítica superficial hecha por el recurrente de las pruebas tenidas en cuenta en el fallo recurrido no se demuestra el error manifiesto

un que hubiera incurrido el Tribunal, pues dicha crítica se reduce a hacer afirmaciones y suposiciones, sin serio respaldo en el proceso, así, por ejemplo, el impugnador afirma que no se sabe si el cabo de la Policía que practicó la requisa en casa de Osorio García se ratificó en su informe escrito, de fecha 16 de octubre, que obra al folio 9 del primer cuaderno, siendo que al folio siguiente aparece la diligencia de ratificación bajo la gravedad del juramento del informe que antecede, el cual lógicamente no es otro que el mismo y que obra en el folio anterior.

El cargo hecho al fallo acusado, consistente en que el Tribunal atribuyó un valor probatorio que no tenían a hechos con base en los cuales configuró un delito agravado de homicidio, trata el recurrente de demostrarlo con los argumentos siguientes:

"El H. Tribunal Superior resume su criterio, en lo relativo a la calificación específica del homicidio, en los siguientes términos:

"'En el homicidio cometido por Osorio García, Rosendo Espinosa recibió la muerte estando en condiciones manifiestas de inferioridad (no inerme) ya que la diligencia de levantamiento del cadáver estableció que el occiso fue encontrado con una peinilla pequeña dentro de su cubierta y asida a su cintura. (Subraya el Tribunal). Esto indica necesariamente (subrayo yo) que el ataque fue fulminante y sorpresivo, sin darle la menor oportunidad para sacar su arma y defenderse y tratar de hacerlo. Este ataque así sorpresivo constituye una clara circunstancia de inferioridad, que llámese o no alevosía, torna el homicidio en calificado o agravado'."

"Brilla al ojo la manifiesta arbitrariedad del razonamiento que se deja transcrito. De acuerdo con él, en todo caso de legítima defensa subjetiva (y aún objetiva) de la vida se configuraría un delito de homicidio calificado. Si por ejemplo una persona es agredida verbalmente por otra y ésta, a más de amenazarla, se lleva la mano a la cintura para desenfundar un arma cortante (machete), pero no logra su intento porque el agredido se le anticipa utilizando un arma de fuego con la cual le da la muerte, de acuerdo con el concepto del H. Tribunal de Manizales, necesariamente la circunstancia de haber encontrado el arma cortante en la cubierta del agresor indica que éste fue sorprendido en forma tan fulminante que no se le dio tiempo ni aun siquiera para intentar una defensa. Siguiendo el orden de ideas, también se concluiría que el acto de defensa (ataque para el H. Tribunal) fue tan sorpresivo que constituye una clara circunstancia de inferioridad que torna el homicidio en agravado.

"Para el H. Tribunal Superior de Manizales, en todo caso de legítima defensa en el cual el agresor no disponga de tiempo suficiente para desenfundar el arma con la cual amaga su ataque, constituye un delito de homicidio calificado".

El señor colaborador en su réplica a este cargo, expone lo que a continuación se reproduce y que la Corte acoge en todos sus términos, así:

"El cargo tal como ha sido formulado escasamente alcanza a constituir un capítulo más de la demanda, sin idoneidad alguna para procurar el fin que se persigue en casación: comprobar la pugna entre la sentencia y la ley. Los simples comentarios o apreciaciones desprovistas de verdadero razonamiento y sin una orientación definida hacia el objetivo que se persigue, no pueden darle viabilidad a una causal, en cuya sustentación se precisa el cumplimiento de diversas obligaciones de índole técnica: formulación clara y convincente de los cargos, respaldo en los principios jurídicos, ordenamiento en la exposición de los fundamentos, cita de las disposiciones violadas.

"Carencia total de valor en el cargo que ha formulado el recurrente, en el capítulo segundo de la demanda, se observa. Para llegar a esta conclusión se anota:

"La simple lectura de la diligencia de necropsia permite deducir lógicamente el hecho que estimó indebidamente comprobado el recurrente: la indefensión de la víctima. En realidad, el Tribunal en la sentencia impugnada hace la siguiente transcripción:

"'....Presenta (el occiso) las siguientes lesiones: Tres machetazos en el brazo izquierdo de quince, siete y seis centímetros... Un machetazo en la muñeca izquierda de cuatro centímetros... Tres machetazos en el lado izquierdo de la nuca y parte del cráneo de 25, 14 y 9 centímetros de longitud, con lesión de músculos, huesos del cráneo y masa encefálica... Otra herida de 22 centímetros en la parte media de la cabeza... Tres machetazos en la nuca de dirección transversal con sección de piel, músculos y parte de la columna cervical... Otra herida en la base del cuello, lado derecho de 25 centímetros de longitud con sección muscular y del hueso... Un machetazo de 8 centímetros en el hombro derecho... Una herida de tres centímetros en el dedo pulgar

derecho... Estas heridas son de naturaleza mortal...'. (F. 2 de la sentencia)".

"A ello súmese el hecho de que occiso (sic) presentaba además 'un orificio de entrada con orificio de salida... al parecer producido por un perdigón de escopeta' (f. 67, ampliación de la necropsia), en el pómulo derecho.

"Si la víctima fue herida en el brazo izquierdo, en "la muñeca izquierda", en el lado izquierdo de la muñeca, en el cráneo en la parte media de la cabeza, parte en la columna cervical, en la base del cuello, "lado derecho", en el hombro derecho, en el dedo pulgar derecho, resulta que la pretendida hipótesis del demandante lógicamente no puede explicar cómo haya sido Luis Rosendo Espinosa el agresor de su heridor, toda vez que se hallaba imposibilitado para atacar, pues no sólo los miembros superiores recibieron lesiones de gravedad, sino partes nobles como el mismo cerebro. Al quedar sus miembros superiores imposibilitados para cualquier movimiento realmente apto para defenderse, era físicamente imposible que tratara siquiera de esgrimir el arma que portaba en el cinto. Y si tanto el número y naturaleza de las heridas, como su ubicación, impiden lógicamente sostener que Luis Rosendo Espinosa fuera el atacante, es obvio, que no en forma distinta a la de ser agredido en condiciones de inferioridad o indefensión fue como pudo perecer. La conclusión del Tribunal no ha sido desvirtuada con el breve comentario del recurrente.

"De nuevo el cargo ha resultado ayuno de toda comprobación razonable. Por tal motivo, en concepto de este Despacho, no resulta apto para impeler viabilidad a la causal segunda".

Las razones expuestas conducen a desechar la segunda causal propuesta.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación propuesto contra la sentencia de fecha 30 de septiembre de 1959, proferida por el Tribunal Superior de Manizales, por la cual se condenó a Gilberto (a. "Beto") Osorio García a la pena principal de diez y siete años de presidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Ángel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.



LA SALA SE ABSTIENE DE CONSIDERAR, POR NO SER PROCEDENTE, EL RECURSO DE REPOSICION INTERPUESTO CONTRA UNA PROVIDENCIA POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARO INFUNDADA LA RECUSACION DE TRES MAGISTRADOS DE TRIBUNAL

El artículo 77 del C. de P. Penal ordena que cuando el Juez o Magistrado rechaza la recusación propuesta contra él, el superior ha de decidir de plano, vale decir, en vista de lo alegado y probado, sin tramitación anterior alguna, sin actuaciones, ni dilaciones, ni recursos posteriores; de donde se deduce que contra tal providencia no es procedente la reposición. Sobre todo si se tiene en cuenta que la ley establece una tramitación especial, incompatible con la decisión de plano, en lo tocante a la reposición de los autos interlocutorios. (Artículos 185 del C. de P. Penal y 488 del C. Judicial).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL — Bogotá, marzo dos de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

VISTOS:

El doctor Fernando Londoño y Londoño apoderado de don Carlos Abusaid en este proceso, en memorial que antecede interpone recurso de reposición contra la providencia de esta Sala, de fecha 17 de febrero último, por medio de la cual se declaró infundada la recusación propuesta por el mismo apoderado contra los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Rafael Rocha Risño, Julio E. Rozo Rozo y Numael Sastre S.

Para resolver se considera:

Dispone el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal, que si el Juez (lo mismo se aplica a los Magistrados) "no aceptare (la recusación), enviará el proceso al superior, quien resolverá de plano la cuestión, en vista de lo alegado y probado".

Es decir, que nuestro estatuto procesal ordena al superior decidir de plano cuando el inferior, Juez o Magistrado, rechaza la recusación propuesta por alguna parte.

La ley no dá definición del término de plano, pero de acuerdo con la norma de interpretación establecida por el artículo 28 del Código Civil, las palabras de la Ley deben entenderse en su sentido natural y obvio, de acuerdo con el uso general de las mismas palabras, excepto cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, caso en el cual se les dará el significado legal. El diccionario de la lengua dice que la expresión de plano, empleada por el tecnicismo forense, se predica "del modo de proceder en que se dispone un proceso excusando muchas formalidades judiciales". Escriche en su conocido diccionario de Legislación y Jurisprudencia expresa que "proceder de plano significa formar un proceso con toda brevedad, despreciando muchas de las formalidades y dilaciones que prescribe el derecho". Luego es obvio que cuando la ley establece que una cuestión debe decidirse de plano, quiere significar que ella debe resolverse, en vista de lo alegado y probado, sin tramitación anterior alguna, sin concepto previo del Ministerio Público y, por lo tanto, sin actuaciones ni dilaciones ni recursos posteriores, porque entonces ya dejaría de pronunciarse de plano.

Como de acuerdo con el artículo 185 del C. de P. P. el recurso ordinario de reposición se interpone y tramita de conformidad con lo establecido en los artículos 487 y 489 del Código Judicial, según se trate de autos de sustanciación o interlocutorios y el último de los citados artículos aplicables a los interlocutorios ordena dar traslado

de la solicitud de reposición, en la Secretaría, a la contraparte, se concluye que al admitir este recurso contra la providencia que decide sobre una recusación o impedimento, ya no se decidiría de plano como lo ordena la ley.

En relación con este asunto, esta Sala tuvo la oportunidad de expresar lo siguiente:

"Las providencias que resuelven los impedimentos que surgen en los procesos penales, bien sean éstos provenientes de un Juez o Magistrado de Tribunal, no son susceptibles de recurso alguno, ora, porque no existe disposición expresa que así lo autorice, bien, porque del contexto de los artículos 74 y 75 del C. de P. P. que regulan la tramitación de estos incidentes, se colige claramente que cuando se declara infundado el impedimento el Juez o el Tribunal que lo califica debe enviar el expediente al inmediato superior "quien decidirá de plano la cuestión en fallo motivado"; es decir, mediante un procedimiento breve y sumario en vista de lo actuado y omitiendo todo trámite que dificulte, estorbe o haga dilatorio el proceso y su correspondiente resolución".

Lo que se dice en la jurisprudencia transcrita es perfectamente aplicable al artículo 77 del C. de P. P., pues éste como el artículo 74 ordenan que el superior decidirá de plano.

Cuando la ley expresa, en casos como estos, que un asunto deberá resolverse de plano, claramente está indicando que él debe decidirse sin lugar a recurso alguno posterior al auto en que se resuelve la cuestión, pues de no ser así, no tendría ninguna significación ni alcance la expresión de plano empleada por la ley.

No siendo, por lo expuesto, procedente legalmente, el recurso de reposición interpuesto por el señor apoderado del sindicado Carlos J. Abussaid contra la providencia en que se decidió de plano la recusación propuesta contra los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, la Sala deberá abstenerse de considerar dicho recurso.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE DE CONSIDERAR LA REPOSICION propuesta contra su providencia de fecha diez y siete de febrero del presente año.

Cópiese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

NO PROSPERA EL ATAQUE, FUNDADO EN LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION, CONTRA UNA SENTENCIA QUE CONDENO, POR DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA, AL ALMACENISTA DE UNA FABRICA DE TEJIDOS

1.—Tanto en el hurto como en el abuso de confianza es común el apoderamiento o apropiación de la cosa mueble ajena así como también, en la generalidad de las veces, el ánimo de lucro y el aprovechamiento personal. Hay, en cambio, otros elementos que los separan y permiten su diferenciación. Tal ocurre con el modo o forma como lo sustraído o apropiado se encuentra en manos del agente activo del delito. Porque si se parte del concepto de la simple tenencia material, la forma de hurto adquiere su contenido penal propiamente dicho; pero si la tenencia es a título fiduciario, precario, en una palabra, a título no traslaticio de dominio, basado en la confianza o en el crédito o en cualquiera otra manifestación que no conlleve ánimo del dador para no desprenderse de la cosa como propietario de ella, sino simplemente la concesión de la mera tenencia, el delito ya toma otro título y se convierte por ello en abuso de confianza.

2.—La expresión "título no traslaticio de dominio" que emplea el Código Penal en el artículo 412 al referirse al abuso de confianza, no debe entenderse en forma que restrinja su significado. Pues este elemento del delito no sólo se cumple cuando la cosa es entregada a virtud de contratos sin transferencia de dominio (comodato, arrendamiento, prenda, mandato y depósito), sino también en aquellos actos provenientes de mera tenencia a título precario jurídicamente hablando, como la fiducia, es decir, dependientes de la confianza o crédito que mueva aquel a quien se le entrega la cosa y la recibe a ese título.

3.—En el delito de abuso de confianza un presupuesto resulta necesario: la independencia que el dueño de la cosa otorga al agente, depositando en él su confianza, para el manejo y vigilancia de los bienes, enseres o cosas que se han puesto bajo su cuidado, actitud que conlleva al mismo tiempo la renuncia del propietario a ese cuidado y vigilancia, de las que pudiera decirse hace abdicación en forma espontánea para que la esfera o ámbito de su poder le sea transferido al empleado con cierto grado de autonomía dentro de sus funciones, no para disponer de los bienes bajo su cuidado sino para destinarlos a los menesteres propios que el dueño les tiene señalados.

4—En la estafa se comete el delito en el momento en que se obtiene la tenencia por medio del fraude o del engaño. En el abuso de confianza, en cambio, el ilícito viene a ser cometido después de adquirir la tenencia de la cosa a título no traslaticio de dominio, por eso, como dice algún autor "existe tenencia antes de la apropiación". De manera que la institución eminentemente civil de la tenencia es la que esclarece con precisión el concepto que deslinda ambas figuras y puntualiza la apropiación indebida como distinta de la estafa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, marzo tres de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.)

VISTOS:

Por haber sido recurrida en casación, encuéntrase al estudio de esta Sala de la Corte, la sentencia de 19 de agosto de 1960, en la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, condena a Julio Vásquez Rodríguez, como responsable del delito de abuso de confianza, a veintiocho (28) meses de prisión y a las consiguientes accesorias.

El delito en consideración resulta de los hechos, cuyo resumen aparece a continuación:

El servicio de Inteligencia Colombiano, en su sección de delitos contra la propiedad, fue informado, mediante una llamada telefónica de un desconocido, de que en el almacén general de la Fábrica de Tejidos Lafayette de la ciudad de Bogotá, se venían verificando desde hacía algún tiempo sustracciones de artículos del mencionado almacén. En vista de lo anterior, por medio de inteligente investigación, los Agentes Secretos números 1.40b y 1.069 pudieron establecer claramente que el señor Julio Vásquez Rodríguez, almacenista general de dicha Fábrica, era quien venía sustrayendo los diversos artículos de las dependencias que estaban a su cargo, entregándolos a su amigo Salvador Mario Aracil González quien a su vez los vendía a la Fábrica de Textiles Monterrey y al señor Marco Vargas. Salvador Mario Aracil fue capturado por los citados Agentes Secretos el 1º de septiembre de 1959, encontrándosele considerable número de copias de facturas de las ventas de artículos realizados por él a la Fábrica de Textiles Monterrey, aceptando que dichos artículos se los había suministrado el señor Julio Vásquez, hecho igualmente reconocido por este último ante los mismos Agentes, el Gerente de la Fábrica de Textiles Monterrey y los señores Ancízar Gómez y Adolfo Duque Arias, suministrando el dato de que las sustracciones las realizaba introduciendo los artículos en cajas de galletas, con el objeto de no despertar sospechas en la portería del establecimiento.

ACTUACION PROCESAL

El 1º de septiembre de 1959, el señor Adolfo Duque Arias, en su calidad de subgerente de la Fábrica de Tejidos Lafayette, se presentó al Juzgado Permanente del Norte de esta ciudad, con el objeto de formular denuncia criminal contra el señor Julio Vásquez Rodríguez, por el delito de hurto continuado.

Habiendo sido capturado Vásquez por los Agentes Secretos del SIC, esta institución lo puso a disposición del Juez Tercero de Instrucción Criminal, a quien le correspondió en reparto, el que por auto de 17 de septiembre de 1959, decretó la detención preventiva en la Cárcel Nacional Modelo de Julio Vásquez Rodríguez.

En memorial de fecha octubre 20 del mismo año, el apoderado del sindicado, doctor Bernardo Rotero Díaz, solicitó del Juez Tercero de Instrucción Criminal, el beneficio de libertad provisional caucionada para su defendido, gracia que le fue negada por el mencionado Juez, mediante auto de 30 de octubre del citado año, por considerar que los sindicados de abuso de confianza están excluídos de dicho beneficio, "por disposiciones legales terminantes".

Del auto anterior solicitó reposición y subsidiariamente el recurso de apelación en efecto devolutivo ante el superior, el mismo apoderado de Vásquez Rodríguez. El Juez Tercero de Instrucción Criminal no repuso su auto de 30 de octubre de 1959, en el que le negaba el beneficio de libertad provisional al procesado, pero en su lugar atendió la solicitud de enviar el duplicado de su actuación al Tribunal Superior con el objeto de que allí surtiera efecto la apelación contra el referido auto. No obstante la anterior concesión, el apoderado del sindicado en escrito dirigido al Juez conocedor del negocio, desistió del recurso de apelación ante el superior, que subsidiariamente había interpuesto.

Una vez concluídas las diligencias de su jurisdicción, el Juez Tercero de Instrucción Criminal envió el proceso al Juzgado Superior —reparto— correspondiéndole al Sexto de Bogotá, a cuyas órdenes quedó detenido el incriminado.

En providencia de 9 de abril de 1960, el Juez Sexto Superior de Bogotá, profirió sentencia condenatoria contra el acusado Julio Vásquez Rodríguez, a quien correspondió la pena de 34 meses de prisión y a las anexas de rigor, providencia ésta que fue apelada a segunda instancia por el apoderado del condenado.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia de 19 de agosto de 1960, reformó la proferida por el Juzgador de primer grado, en el sentido de condenar a Vásquez Rodríguez a 28 meses de la misma pena. Esta providencia es, como ya se dijo, la que ahora es objeto del presente recurso de casación.

DEMANDA

En la demanda de casación, el recurrente, distinguido penalista doctor Luis Carlos Pérez, invoca la causal segunda del artículo 567 del estatuto procesal penal.

En dicho escrito hace un recuento de las pruebas que obran contra el incriminado Julio Vásquez Rodríguez, que la Sala no tiene inconveniente en aceptar porque traducen de manera fiel los elementos de juicio de que se sirviera el Tribunal de instancia para dictar la sentencia condenatoria contra el reo, que ahora es materia de este recurso.

En su argumentado escrito de casación, el recurrente opta por dividir su demanda en capítulos, con el objeto de facilitar su estudio. Para tal efecto, la Sala trascribe a continuación, y en su orden, los puntos principales en que sustenta la misma, que serán objeto de posterior análisis:

"I.—Los hechos que dieron base a la condena; II. La causal segunda de casación; III. Por qué no existe el cuerpo del delito de abuso de confianza; IV. La posesión a título no traslaticio de dominio; V. Por qué los hechos fueron mal apreciados en el fallo".

La Corte estudiará por separado los hechos a que se contrae la demanda haciendo referencia a los capítulos que contiene la misma, con la cita de los presupuestos jurídicos invocados a fin de analizar con el debido cuidado si los motivos de impugnación conducen a la tesis que propugna el recurrente de que la causal segunda alegada debe prosperar.

Los hechos a que antes se hizo referencia, los sintetiza la demanda así:

"El Tribunal da por probados los siguientes hechos:

"1º—Julio Vásquez Rodríguez ejerció ininterrumpidamente el cargo de almacenista general de la empresa de tejidos Lafayette, instalada en Bogotá, desde el 3 de diciembre de 1956 hasta el 1º de septiembre de 1959.

"Funciones del almacenista eran las de recibir y relacionar en el kárdex muchas mercancías adquiridas por la empresa y entregarlas para el consumo en la medida de los pedidos de las diferentes secciones, dándolas de baja con los comprobantes de egresos debidamente autorizados.

"2º—Entre los artículos confiados por la fábrica Lafayette a su almacenista figuraban lanzaderas, cañuelas y pieles, para telares, los cuales eran vendidos por el mismo empleado a otra fábrica que explotaba el mismo renglón, la de tejidos Monterrey, aprovechando la mediación continua de su partícipe Salvador Mario Aracil.

"3º—En presencia de dos agentes secretos y de tres empleados superiores de Lafayette, en las oficinas de la empresa, Vásquez y Aracil confesaron su actividad punible, que no fue otra que la relacionada antes. Estos testimonios, sumados al del director de la fábrica constituyen plena prueba de las ventas hechas por Aracil, en su propio nombre y en el del almacenista.

"4º—Los peritos Carlos Cardona y Hernando Moreno conceptuaron que las lanzaderas y cañuelas vendidas por Aracil a Textiles Monterrey hacían parte de las custodiadas por Vásquez Rodríguez, pues concuerdan las especificaciones de unas y otras.

"5º—Son indicios convergentes de la responsabilidad en la sustracción (es el término empleado en la sentencia): a) sacar las mercancías en tarros de galletas comprados en el comisariato de la empresa, pues se acreditó que efectivamente Vásquez Rodríguez había comprado muchas de esas cajas: b) el bajo precio a que Aracil vendía los productos sustraídos por Vásquez Rodríguez; c) las manifestaciones hechas a los detectives (confesión) por los sindicados.

"6º—Textualmente observa el fallo:

"Es evidente que al señor Julio Vásquez no le fue entregado el almacén por medio de inventario", pero está probado que ejerció el cargo en un término durante el cual la fábrica importó 1.342 lanzaderas.

"7º—Los hechos descritos encajan dentro de la denominación jurídica de ABUSO DE CONFIANZA, siendo Vásquez Rodríguez el autor principal y Salvador Mario Aracil cómplice no necesario".

Luego el libelo estudia los elementos tipificadores del delito de abuso de confianza, los que enuncia:

"A)—La apropiación o el uso indebido de una cosa mueble y ajena;

"B)—Que la apropiación o el uso indebido de la cosa mueble ajena aproveche o beneficie al agente o a un tercero;

"C)—La producción de un perjuicio patrimonial, al dueño de las cosas;

"D)—Que el mueble ajeno esté en poder o bajo la posesión del agente porque le haya sido confiado o entregado a título que no transfiere la propiedad".

Concluye en esta parte la demanda afirmando que "aunque estuvieran demostrados la apropia-

ción el provecho y el perjuicio, no lo está en este proceso el último elemento enunciado. Más aún: la apropiación que pudo ocurrir no es la del abuso de confianza, sino que participa mejor de la acción material de cualquier otro ilícito contra el patrimonio, por lo que permito exponer en seguida. Permítaseme, pues, que tome por aparte la exigencia final para confirmar que no hay abuso de confianza porque esa exigencia no está comprobada, de modo que el delito reconocido en la sentencia carece de entidad".

En la debida oportunidad la Sala tendrá en cuenta otros aspectos de la demanda con el objeto de referirse a ellos para hacer las consideraciones a que haya lugar en orden a la decisión del recurso.

Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público, señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, analiza detenidamente la demanda formulada por el impugnador de la sentencia, haciendo a ella algunos reparos en cuanto a la forma como el recurrente presenta sus puntos de vista, pues considera que si está plenamente demostrada la existencia del cuerpo del delito de abuso de confianza, lo mismo que la posesión a título no traslaticio de dominio.

En la siguiente forma sintetiza de manera clara su concepto la Procuraduría, en cuanto a las pretensiones de la demanda:

"El ataque a la sentencia, hecho en este cargo, es más de forma que de fondo, especioso e impresionante pero ausente de contenido jurídico. Bastaría estudiar el título 31 del C. C. para darse cuenta de que el demandante con habilidad, pero sin lógica, plantea situaciones en nada relacionadas con el caso sub-judice. Nada más lejos de la realidad que presumir la existencia de un contrato de depósito entre la empresa Lafayette y su empleado Vásquez. A éste se le confió la guarda de los almacenes en ejercicio de la cual debía cumplir determinadas funciones. Falto de sindéresis elemental sería el que la fábrica hubiera celebrado con él, para el caso, un contrato de depósito: les vinculaba un mero contrato de servicios o de trabajo, en el que primaba la confianza que le entregaba a Vásquez la firma comercial, para el manejo de los artículos de uso común y necesarios en sus talleres textiles.

"Bien ha dicho la Corte que para deducir que existe un delito de abuso de confianza sólo es necesario que aparezca acreditado que una persona ha recibido cosas muebles ajenas por un título no traslaticio de dominio, y que se las ha apropiado en beneficio propio o de un tercero".

Concluye finalmente su concepto, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicitando de esta Corporación la no aceptación de la causal propuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, "en razón de no tener demostración los cargos que sobre ella se hace en la demanda".

Consideraciones de la Corte:

Como puede apreciarse, los argumentos del recurrente se dirigen a demostrar que en el caso no existe el cuerpo del delito de abuso de confianza, sino otro ilícito, que la demanda no menciona, porque de hacerlo necesariamente tería que invocar causal distinta de la segunda —única en que basa la impugnación— la cual no podría ser otra que la cuarta, esto es, la nulidad del proceso por error en la denominación jurídica del delito, que se cuida muy inteligentemente de invocar, pues de otra suerte y no siendo viable la causal segunda porque las pruebas existentes tienen fuerza legal bastante para proferir fallo condenatorio, ya que en su valoración el Tribunal no incurrió en error ostensible y manifiesto, ello sin duda alguna, conduciría a agravar la responsabilidad del reo, conclusión a que no quiere llegar el demandante.

Hay dos aspectos en la demanda que deben analizarse separadamente, porque se involucran en forma que causan confusión. El uno hace referencia a la naturaleza jurídica del delito y el otro a la prueba que lo acredita y demuestra. La confusión de estos aspectos lleva al recurrente a afirmar que el proceso debe anularse "para absolver al procesado" porque el delito atribuido a Vásquez Rodríguez no corresponde al que le ha sido incriminado, de abuso de confianza, sin señalar cuál sería entonces el que surge del proceso, por que algún ilícito debe existir, ya que todo el informativo confluye a demostrar que la fábrica Lafayette fue víctima de sustracciones de equipos y materiales custodiados por el agente en el almacén que manejaba, que implica para ella un perjuicio patrimonial indudable.

El otro aspecto probatorio no alcanza en el libelo una conclusión bastante a restarle fuerza a los elementos de juicio que el Tribunal tuvo en cuenta para dictar sentencia condenatoria contra

el acusado. Este factor es esencial en el recurso extraordinario de casación, cuando como en el caso se invoca la causal segunda, porque si se hace la afirmación de que la prueba del cuerpo del delito no existe, obligatoriamente debe fundamentarse, no simplemente con el recurso de que los elementos que configuran el ilícito examinados en la demanda con la maestría que caracteriza a su autor, no tienen existencia jurídica, sino en forma principal con la discriminación minuciosa y concreta de que la prueba que tuvo en cuenta el Juez ad-quem no demuestra la culpabilidad del agente.

En este orden de ideas conviene decir como premisas ineludibles en el estudio del caso sub-judice que no es materia sencilla establecer la diferencia que existe entre el delito de abuso de confianza, llamado en otras legislaciones "apropiación indebida y defraudación" y el hurto. Concurren en los dos ilícitos factores que les son comunes y otros que los diferencian, lo que hace en extremo dificultoso señalar los campos jurídicos que tipifican en muchas ocasiones ambas infracciones de la ley penal.

En efecto, tanto en el hurto como en el abuso de confianza es común el apoderamiento o apropiación de la cosa mueble ajena y por otro lado también les es común en la generalidad de las ocurrencias el ánimo de lucro y el aprovechamiento personal.

A estos elementos que aproximan sus rasgos tipificadores para distinguirlos en su naturaleza legal y jurídica, se oponen otros que los separan y que permiten su diferenciación. Tal ocurre con el modo o forma como lo sustraído o apropiado se encuentra en manos del agente activo del delito. Ello porque si se parte del concepto de la simple tenencia material, la forma de hurto adquiere su contenido penal propiamente dicho; pero si la tenencia es a título fiduciario, precario, en una palabra, a título no traslaticio de dominio, basado en la confianza o en el crédito o en cualquier otra manifestación que no conlleve ánimo del dador para desprenderse de la cosa como propietario de ella, sino simplemente la concesión de la mera tenencia, el delito ya toma otro título y se convierte por ello en abuso de confianza.

Es verdad que el fondo del ataque al fallo impugnado no va dirigido propiamente a este planteamiento en forma directa, pues el recurrente se cuida de formularlo de tal manera, pero como lo sustancial de su razonamiento conduce a la afirmación de que el delito atribuído a Vásquez no es el de abuso de confianza, sino otro, menester es despejar este punto para que la Corte pueda desarrollar con mejor precisión la índole de las razones que conducen a no aceptar la causal alegada.

Se pueden apreciar los motivos de impugnación en varios de los apartes del libelo, que destacan la índole de los argumentos dirigidos más concretamente a demostrar la errada tipificación del hecho que a la improcedencia probatoria o a la errada apreciación que condujo a señalar en la conducta del agente actos que constituyen una infracción contra la propiedad, que la sentencia denominó abuso de confianza y no otro distinto, prueba que el fallador consideró bastante para demostrar tanto el cuerpo del delito como la responsabilidad de su autor.

Es indudable que la demanda así como los alegatos de instancia, son piezas de alto contenido teórico y dogmático en que se hace derroche de argumentos tendientes a señalar los elementos constitutivos del abuso de confianza, para deducir de los mismos que éste no es el delito tipo que debe atribuirse a Vásquez; pero de ello no se concluye que la actividad de éste en las distintas etapas de su delincuencia no conlleve a una conducta claramente determinada a consumar una infracción contra el patrimonio de la fábrica Lafayette, que está establecida con los elementos probatorios que dio por comprobados el Tribunal.

El cargo principal de impugnación que aduce la demanda consiste concretamente en que no está establecido en las cosas confiadas o entregadas al agente en su calidad de almacenista de la Fábrica de Tejidos Lafayette le hubieran sido confiados o entregados a título no traslaticio de dominio.

Sobre este punto primordial y básico hace la demanda disquisiciones tendientes a demostrar que no hubo por parte del sindicado abuso de confianza, ya que a él no le fueron entregados las especies, mercancías y demás objetos para el consumo de la fábrica puestos bajo su cuidado en su calidad de almacenista por medio de inventario, ni tampoco hubo entre los propietarios de la fábrica y el empleado un contrato de depósito y que no existiendo éste se carece de los elementos que la ley civil exige para establecer probatoriamente el delito atribuído al sindicado.

Dentro de este orden de ideas el demandante pretende establecer que el título exigido por el C. P. para que se configure el abuso de confianza no es otro que el proveniente de un depósito y como no hubo contrato de esta especie que ligara

a las partes entre sí, esto es no se celebró el vínculo contractual denominado depósito en la ley civil, penalmente no puede exigírsele responsabilidad al sindicado Vásquez por los hechos que se le atribuyen en su calidad de empleado de la fábrica Lafayette.

De esta afirmación concluye que como se trata de un proceso cuya cuantía es superior a $ 500.00, tal contrato ha debido hacerse constar por escrito como lo exige la ley civil, pues "el depósito que fue el título mediante el cual, según se dice, entró Vásquez Rodríguez a poseer los objetos indiscriminados del almacén de la empresa Lafayette, **se perfecciona por la entrega** que el depositante hace de la cosa al depositario (artículo 2.237 del C. C.). De todos modos, se requiere transferir la tenencia, artículo 2.238 ibidem". Siguiendo este razonamiento afirma la demanda que el inventario de la entrega del almacén a Vásquez viene a ser el documento que sirve de prueba al contrato de depósito, de cuya afirmación deduce que la prueba de que se le ha conferido la tenencia de las existencias del almacén no existe y que esta prueba es imposible suplirla con declaraciones de testigos.

En consecuencia, pues, los dos cargos pueden sintetizarse así: No existe el elemento "a título no traslaticio de dominio" para que se configure el abuso de confianza porque ni hubo inventario de la entrega del almacén ni tampoco la existencia de un contrato de depósito entre las partes que estableciera la relación jurídica entre ellas para hacer responsable al depositario de las mismas.

La tesis del recurrente llevaría a aceptar que el C. P. en su artículo 412 no contempla la figura del abuso de confianza sino cuando la entrega de la cosa mueble ajena proviene de un contrato en el que se haya estipulado tal entrega y ésta no se verifica estando obligado a hacerla quien la recibe a título traslaticio de dominio, surgido por aquel vínculo contractual y no de otro título precario o de mera tenencia.

Pero si se advierte bien, la misma redacción del texto legal indica con toda claridad que no se limita la existencia del ilícito a sólo contratos de fiducia, específicamente considerados como tales, sino que se extiende a todos aquellos actos que implican o pueden implicar la entrega de la cosa a título de mera tenencia o posesión precaria de la misma.

Con razón afirma un autorizado comentarista de nuestra ley penal, el profesor Jorge E. Gutiérrez Anzola, "que la forma como expresa el Código lo que ha de considerarse como elemento constitutivo del delito en lo tocante a las cosas confiadas o entregadas a título no traslaticio de dominio, debe entenderse como condición necesaria en el abuso de confianza en el sentido de que el bien objeto material del delito esté en poder del abusario por la entrega que anteriormente le ha hecho el propietario o poseedor de ella. Esta entrega supone que no ha existido en el dueño a voluntad de transferir el dominio, sino simplemente ha colocado al agente en la condición de poseedor de la cosa con cargo de restituirla". (Delitos contra la propiedad, pág. 119).

En este orden de ideas no es admisible que para que exista el delito de abuso de confianza, la expresión empleada en el Código "título no traslaticio de dominio" deba entenderse en forma que restrinja su significado. Ese elemento es apenas la condición exigida por la ley penal como contraprestación de la entrega de la cosa, que subordina la existencia del delito a la devolución de la misma cuando se hizo precisamente a aquel título precario. Lo que quiere decir que la subordinación no consiste para que el delito tenga existencia legal, en que la cosa sea entregada a virtud de contratos *sin transferencia* de dominio (comodato, arrendamiento, prenda, mandato y depósito), sino también en aquellos actos provenientes de mera tenencia a título precario jurídicamente hablando, como la fiducia, es decir dependientes de la confianza o crédito que merezca aquel a quien se le entrega la cosa y la recibe a ese título.

La Corte es explícita sobre este punto:

"La expresión —dice— 'título no traslaticio de dominio', requisito que condiciona la entrega de lo dolosamente apropiado para que exista el delito de que trata el artículo 412 del C. P., no debe entenderse en forma restringida. Porque el delito de abuso de confianza no solamente se comete cuando lo entregado se subordina a aquellos contratos que no transfieren el dominio, como el de arrendamiento, comodato, prenda, mandato y depósito, sino también cuando proviene de actos de tenencia jurídica o judicial". (G. J. Tº LXXXVII, números 2.192 a 2.197, pág. 243).

La jurisprudencia también ha fijado este concepto en distintas doctrinas. Así la que cita la demanda resulta muy pertinente para el caso. Dice:

"Para deducir que existe un delito de abuso de confianza sólo se necesita que aparezca acreditado que una persona ha recibido cosas muebles con un título no traslaticio de dominio, y que se las haya apropiado en beneficio propio o de un tercero". (Artículo 412 del C. P.).

Sólo que a la cita anterior le falta un complemento que aparece en la misma jurisprudencia, muy indicado por cierto para contrarrestar las argumentaciones del recurrente en el sentido de que son necesarias determinadas pruebas para la comprobación de esta clase de delitos, pruebas que al decir de la demanda deben ser distintas de la testimonial, es decir, "escrita o documental".

Frente a las constancias de autos puede afirmarse que las cosas o efectos que le habían sido entregadas a Vásquez como almacenista, con la obligación de cuidarlas y conservarlas, habían salido de la vigilancia inmediata del dueño, ya que éste las había entregado a su empleado precisamente en atención a los servicios que en calidad de tal le prestaba y bajo el signo de la confianza en él depositada, acreditada por varios años de trabajo en las dependencias de la fábrica Lafayette.

Sin embargo, la misma forma de apropiarse el agente las cosas puestas bajo su guarda y cuidado, sustrayéndolas con el expediente de ocultarlas para sacarlas del almacén en "cajas de galletas", hecho evidente que los autos proclaman y que constituye uno de los indicios más vehementes en contra del procesado, está indicando que no existe el llamado "consentimiento tácito del dueño" que la demanda presume, aduciendo como razón el descuido "en que dejaron los objetos o valores que el agente poseedor usurpa defraudando al propietario". Es indudable que con el sistema de usurpación empleado en la consumación del delito, toda diligencia en guarda de su propiedad por parte de los dueños de la fábrica, resultaba ineficaz, a tal punto que sólo casualmente y por conducto anónimo pudo llegarse a conocer el despojo de que fueran víctimas en acciones continuadas contra su patrimonio. Pero aún admitiendo los argumentos de la demanda en este particular; tampoco es posible negar que en la conducta del agente existe delito contra la propiedad, el cual no podría ser otro que el hurto, error en la calificación jurídica cuyo debate no es pertinente, por no ser motivo de impugnación.

En el delito de abuso de confianza, un presupuesto resulta necesario: la independencia que el dueño de la cosa otorga al agente, depositando en él su confianza, para el manejo y vigilancia de los bienes, enseres o cosas que se han puesto bajo su cuidado, actitud que conlleva al mismo tiempo la renuncia del propietario a ese cuidado y vigilancia, de las que pudiera decirse que hace abdicación en forma espontánea para que la esfera o ámbito de su poder le sea transferido al empleado con cierto grado de autonomía dentro de sus funciones, no para disponer de los bienes bajo su cuidado sino para destinarlos a los menesteres propios que el dueño les tiene señalados, pues si traspasa esta actividad apropiándoselos en beneficio propio o de un tercero, como fueron entregados a título precario, ese mismo hecho constituye la infracción por apropiación indebida.

Sobre estos supuestos es indispensable para fijar con exactitud el título del delito, conocer el poder autónomo que ejerce sobre la cosa el tenedor de ella, lo cual se debe deducir de la naturaleza preexistente o de la situación misma del hecho que vincula al agente con el objeto mismo que se le confía.

"La naturaleza de la relación, de la forma de trabajo, las condiciones de las cosas y el carácter de la función" pueden servir para establecer el grado de autonomía con el que el empleado maneja los bienes o enseres, puestos bajos su cuidado y vigilancia.

"Es importante —dice Soler al referirse a este orden de ideas— atender a la naturaleza y forma de la función, y en ello influye particularmente la división del trabajo. En un banco, cada cajero responde, mediante planillas, de su propia caja. Las sustracciones de dinero de esa caja son defraudaciones: la sustracción de la caja vacía es hurto.

"El efecto de la división del trabajo se manifiesta muy claramente en una gran tienda. Cada sección tiene un jefe, al cual le es concedido un poder de vigilancia. En la medida en que las cosas son entregadas a la buena fe, subsiste la obligación de devolverlas o mantenerlas. El mismo empleado, sin embargo, no comete sino hurto, cuando se apodera de cosas de otra sección.

"Situaciones semejantes pueden ser originadas por las más variadas relaciones. La enumeración de la ley no es exhaustiva: depósito, comisión, administración u otro título que produzca la obligación de entregar o devolver. Lo importante es que la relación preexistente haya generado una situación de ese carácter, tanto por la condición jurídica misma (copropietario) como por un trato accesorio agregado (socio administrador, socio industrial) como por la forma de cumplirse una

función. No es esencial la existencia de un verdadero contrato válido. Basta un acto voluntario y libre de entrega". (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo IV).

En la apropiación indebida o abuso de confianza, tal como el Código Penal Colombiano lo define no es fácil incurrir, como pasa en otras legislaciones, en el peligro de contradicciones o confusiones con otras figuras que como la estafa y el hurto guardan alguna afinidad, pero conservan sus rasgos característicos que sirven para diferenciarlas en su verdadera construcción jurídica y deslindamiento doctrinario, en capítulos separados.

En la estafa se comete el delito en el momento en que se obtiene la tenencia por medio del fraude o del engaño. En el abuso de confianza, en cambio, el ilícito viene a ser cometido después de adquirir la tenencia de la cosa a título no traslaticio de dominio, por eso como dice algún autor "existe tenencia antes de la apropiación". De manera que la institución eminentemente civil de la tenencia es la que esclarece con precisión el concepto que deslinda ambas figuras y puntualiza la apropiación indebida como distinta de la estafa.

La Corte, acoge porque es un trasunto fiel de las constancias procesales, los siguientes conceptos del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, que en forma sintética analiza la prueba que sirve de soporte básico para estructurar la delincuencia del reo, y sobre todo para fundamentar la afirmación de que el proceso contiene la prueba adecuada para la comprobación del cuerpo del delito:

"En el capítulo denominado por el demandante "Los hechos que dieron base a la condena y a su apreciación jurídica" extrae éste de la providencia del Tribunal los que la Corporación dio por probados, y que, en número de siete, se juzgaron suficientes para considerar que Julio Vásquez Rodríguez, en la ejecución de los actos ilícitos que realizara en su carácter de Almacenista General de la Fábrica de Tejidos Lafayette, incurrió en el delito de "Abuso de Confianza" previsto en nuestro C. P. en su artículo 412.

"Los hechos sintetizados por el impugnador fueron objeto de estudio y comprobación por parte de esta Procuraduría, llegándose a la conclusión de que, indiscutiblemente son ellos los pilares básicos de la providencia que se ataca. En el expediente, debidamente probado, se encuentra que Vásquez Rodríguez ejerció de manera ininterrumpida el cargo de Almacenista General de la Empresa Tejidos Lafayette, firma industrial con sede en Bogotá, a partir del tres de diciembre de 1956 hasta el primero de septiembre de 1959. Consecuencia de las averiguaciones sumariales fue la de establecer sus funciones como tal, las que consistían en recibir la mercancía que compra la Empresa, satisfacer los pedidos internos que sobre esta mercancía se hicieran y llevar relación discriminada tanto de las entradas como de las salidas de artículos entregados a su custodia.

"Al iniciarse la investigación, desatada por la llamada anónima referida atrás, los Agentes Secretos que inclinaron sus averiguaciones sobre el amigo íntimo de Vásquez Rodríguez —Salvador Mario Aracil—, pudieron comprobar que este sujeto actuaba como mediador de ventas de Vásquez de distintos artículos de propiedad de la Fábrica Lafayette, tales como lanzaderas, cañuelas y pieles para telares, elementos que se vendían a una fábrica que explotaba similar renglón industrial, la de Monterrey, a bajos precios, como así pudo establecerse.

Vásquez Rodríguez dentro de la pesquisa de los Agentes Secretos vió descubierta su actuación, y en tal virtud, resolvió confesarla en presencia de los mismos detectives, dentro de las oficinas en que servía, y frente a empleados superiores de ella. Similar conducta adoptó Aracil González.

"Ya dentro de la investigación se produjo un peritazgo, autorizado por los señores Carlos Cardona y Hernando Moreno, tendiente a establecer si los artículos vendidos eran, realmente parte de los que debía custodiar Vásquez Rodríguez como de propiedad de la Fábrica de Textiles Lafayette. Los especialistas llegaron a acordar que en razón de las especificaciones, cantidades, detalles de construcción, los artículos que vendía Aracil, y que a su turno le eran entregados por Vásquez, formaban parte de los depósitos de la Empresa Lafayette.

"El sistema mediante el cual operaba Vásquez Rodríguez para lograr apoderarse de la mercancía, también fue demostrado; haciendo resaltar que para tal efecto, y provisto de cajas de galletas que introducía públicamente en la fábrica, las ocupaba luego con los adminículos mecánicos que sustraía, escapando así a la vigilancia del celador. Este último extremo se demostró ampliamente con certificado de la cooperativa de la misma fábrica que cuenta como las compras de galletas, por la fecha en que realizaba los ilícitos que se comentan, montaron a una suma mayor de ochocientos pesos ($ 800.oo).

Al captarse la injurada de Vásquez Rodríguez éste se cerró en una rotunda negativa y desconoció de manera enfática cuanto había aceptado como evidente frente a los Agentes del SIC y a los funcionarios de Textiles Lafayette.

"El Tribunal Superior de Bogotá, en el cuerpo de los resultandos de la sentencia hace el recuento minucioso de los hechos que, groso modo, han sido delineados anteriormente, concluyendo en resumen, que "el proceso registra varios y graves indicios con virtualidad de plena prueba, que de manera clara e incuestionable determinan la responsabilidad de los procesados Julio Vásquez Rodríguez y Salvador Araci con relación al delito de abuso de confianza que se les imputó".

La Corte no ha rehusado ocuparse en este caso del estudio de una cuestión esencialmenhte controvertida como quiera que los doctrinantes están muy lejos de ponerse de acuerdo sobre los elementos y factores que diferencian los ilícitos de hurto y abuso de confianza, que plantea la demanda de manera implícita por lo menos, ya que en forma clara se cuida muy bien de hacer al respecto exégesis precisas, porque de obrar en otra forma podría agravar la situación penal del reo, lo que se comprende por el mismo enfoque con que sustenta la impugnación con base en la causal segunda de casación.

Por ser ello así, la misma razón está indicando que por no contener la demanda fundamentos idóneos ni convincentes en orden a demostrar que los elementos probatorios que tuvo en cuenta el Tribunal para condenar al reo, la causal segunda está lejos de prosperar y no habiéndose presentado distintos motivos de impugnación con base en diferentes causales que pudieran incidir en el caso, resulta claro que no siendo posible a la Corte llenar ese vacío y viéndose evidente que ese no es el objetivo del recurso, la invalidación que se propugna para que se anule la sentencia y se absuelva al procesado por el cargo de abuso de confianza de que fue incriminado no puede admitirse con fundamento en toda la anterior motivación.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, NO INVALIDA el fallo que ha sido motivo del presente recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pisquímbo León L., Secretario.

NO PROSPERA LA ACUSACION FORMULADA CONTRA UNA SENTENCIA QUE CONDENO, POR DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA, A QUIENES DIERON EN VENTA UN APARATO O MAQUINA ENFRIADORA QUE HABIAN RECIBIDO EN ARRIENDO

1.—Incurre en grave defecto técnico la demanda que impugna las sentencias de 1ª y 2ª instancia, contrariando así la naturaleza del recurso extraordinario de casación, que implica que en él se pida únicamente la invalidación de la sentencia de segundo grado, según ya tuvo ocasión de sostenerlo esta Sala, en sentencia de 13 de septiembre de 1957.

2.—La Sala ha sostenido la siguiente jurisprudencia: En el otorgamiento de la condena condicional, por medio de la cual se confiere al Juez la facultad de suspender la ejecución de la pena impuesta en la sentencia, la ley (artículo 80 del C. Penal) atribuye al juzgador una facultad muy amplia, toda vez que en último término somete a la convicción de éste la solución del problema, es decir, a algo muy íntimo y subjetivo de él, que para vez podrá desconocer la Corte en el recurso extraordinario de casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, marzo tres de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Medellín, por sentencia del cinco de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve, condenó a José Rubén Castañeda Leal y a Abraham Tello Gutiérrez Duque, a la pena principal de un año de prisión y a las incorporales correspondientes, como responsables del delito de "Abuso de Confianza" consumado en perjuicio de María Dolores Pineda de Zapata.

Al conocer, en virtud del recurso de alzada contra dicho fallo, el Tribunal Superior de Medellín, por sentencia del veintiocho de agosto del mismo año, confirmó en todas sus partes el fallo recurrido.

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron recurso extraordinario de casación, Castañeda Leal y Gutiérrez Duque, pero solamente el último propuso la correspondiente demanda por medio de su abogado doctor Gabriel Pérez Roldán.

Cumplidos los trámites propios del recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, le corresponde a esta Sala de la Corte pronunciar su decisión, y a ello procede por medio del presente fallo.

Hechos:

Se ajusta a la realidad procesal la versión de los hechos, expuesta por el Tribunal, en la forma siguiente:

"El ocho de julio de mil novecientos cincuenta y siete, previa la elaboración de un contrato de arrendamiento, Mauro Trujillo R., en tal condición, recibió de la señora María D. Pineda de Z. un enfriador marca "Supercold", para hacer uso de él en la calle 44 crucero con la carrera 86, donde funcionaba en esa época la heladería llamada "La Riviere". Trujillo, en su calidad de arrendatario y sin tener facultad legal para ello, subarrendó el aparato a los señores José Rubén Castañeda Leal y Abraham Tello Gutiérrez, cuando

éstos le hicieron compra del establecimiento mentado. Posteriormente, después de haber pagado algunos meses de arrendamiento por el uso del enfriador, los sucesores de Trujillo lo vendieron a la señora Gabriela Restrepo de Vélez, junto con los demás enseres existentes en la heladería. En el respectivo contrato de venta, los arbitrarios negociantes dijeron ser dueños legítimos del enfriador y estar libre de todo gravamen. Cuando Francisco Luis Zapata, esposo de doña María Dolores, fue a cobrar un mes de arrendamiento a Castañeda y y a su socio Gutiérrez, se halló ante el hecho sorprendente de que el aparato había sido vendido. Así parece lo comunicó a su esposa y ésta, aunque mucho tiempo después, elevó la correspondiente denuncia".

Demanda:

La demanda propuesta por el apoderado de Abraham Tello Gutiérrez la formula, no solamente contra la sentencia de segundo grado, proferida por el Tribunal de Medellín, sino también contra el fallo de primera instancia, dictado en el Juzgado 2º Superior de la misma ciudad, e invoca en ellas las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del C. de P. P. El recurrente explica que la causal segunda la invoca como principal y la primera como subsidiaria y por dicha razón las sustenta en dicho orden en su libelo.

Causal segunda

La propone el impugnador en los siguientes términos:

"Tanto el Juzgado 2º Superior, como la H. Sala de decisión del Tribunal Superior de Medelín, encontraron plenamente comprobado el elemento material del delito de "Abuso de Confianza" y plenamente demostrada la responsabilidad de Abraham Gutiérrez Duque y de José Rubén Castañela Leal. Para llegar a tal conclusión, que es la que ataco, los falladores incurrieron en la anterior causal de casación. Veámoslo:

"Admitieron como plenamente demostrado el hecho de que los sindicados se apropiaron en provecho suyo una cosa mueble (el enfriador), cosa que se les había entregado o confiado a título no traslaticio de dominio, o sea, en el caso presente, a título de sub-arriendo. Este hecho o circunstancias, que son elementos constitutivos del delito de abuso de confianza, tal como lo define el artículo 412 del C. Penal, no está demostrado en el expediente. Se basa en las afirmaciones del esposo de la ofendida, Francisco Luis Zapata, a cuya versión los falladores concedieron una fuerza probatoria que no tiene, por las razones que apuntaré en seguida, transcribiendo lo que al respecto escribió el defensor de Gutiérrez Duque en el alegato de segunda instancia (en alegato de Fs. 125 a 128 inclusives)".

A continuación copia lo expuesto como alegato de instancia por el anterior defensor de Abraham Tello Gutiérrez, para continuar luego afirmando que éste sostuvo durante todo el proceso que Francisco Zapata lo autorizó a él y a Castañeda, para disponer del enfriador, antes de hacer la negociación con la señora Gabriela Restrepo y que el dicho de aquél está reforzado con las declaraciones de Ignacio Duque y de Antonio Moreno.

Por último, y después de sostener el recurrente que la autorización concedida por el esposo de la ofendida María D. Pineda de Zapata, dueña del enfriador marca "Supercold", le quita carácter delictuoso a la enajenación hecha por los sindicados, y que dicha autorización fue un hecho desconocido en las sentencias que impugna, termina, como para rematar su argumentación o crítica al fallo recurrido, haciendo la siguiente aseveración:

"Lo que en este proceso se ha dado en llamar "cuerpo del delito" o "elemento material del delito" de abuso de confianza, sólo es el producto de la proclive imaginación del señor Zapata, esposo de la supuesta ofendida, quien enredó en los vericuetos del C. Penal a los encartados cuando todas sus mañas de chantajista fracasaron ante la serenidad y tranquilidad de conciencia de don Abraham. El delito no existió, su materialidad no tiene vigencia procesal, los hechos que podrían constituirlo no tienen el vigor probatorio que en las sentencias se les atribuye. El hecho civil si existe en el proceso, ha sido desconocido por los falladores en su fuerza probatoria luego la casación procede, así como el que la H. Sala de la Corte dicte la sentencia que deba reemplazar a la recurrida".

Causal primera

Como fundamento en esta causal sostiene el demandante que los falladores aplicaron indebidamente el artículo 412 del C. Penal, que define el delito de "abuso de confianza", "porque en el proceso sólo existe un hecho civil". Afirma, igualmente, que la sentencia o sentencias violaron los artículos 1º y 203 del C. de P. P.

También expresa el impugnador, como enunciado o segundo cargo, con fundamento en esta causal: "las sentencias recurridas, o mejor la del H. Tribunal Superior de Medellín (Sala Penal de Decisión), también violó por errónea interpretación y más aún por indebida aplicación, el artículo 80 del C. Penal, al negar arbitraria y caprichosamente la suspensión de la condena impuesta injurídicamente a don Abraham Gutiérrez Duque".

CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, hace una seria crítica al aspecto formal del libelo, en los términos siguientes:

"Los requisitos formales de la demanda no se hallan reunidos de conformidad con lo señalado por el artículo 531 del C. de P. Civil, porque, si bien es cierto que el recurrente ha verificado una "Breve Historia del Proceso", y al respecto se ha referido a los hechos sintetizados tanto por el fallador *a quo* como por el *ad quem*, a continuación ha expresado que tales versiones son acomodaticias, vale decir, que no se ajustan a la realidad que informa el proceso, pero en manera alguna ha suplido la deficiencia que anota como era la obligación que le incumbía al presentar dentro del cuerpo de la demanda el resumen de los hechos materia de la controversia, al tenor de la norma antes citada.

"Dentro del libelo, al sustentar la causal segunda de casación, se observa ausencia de la cita de las disposiciones que se estiman violadas.

"Por el aspecto técnico este Despacho tendrá oportunidad de demostrar que la demanda adolece de falta de comprobación de los cargos formulados contra la sentencia impugnada".

Después de la anterior crítica y de hacer un relato de los hechos, acogiendo la versión del Tribunal, el señor colaborador Fiscal procede a estudiar las causales propuestas y a formular sus réplicas a los cargos hechos en la demanda, de modo meditado y fundado, y en términos que esta Sala comparte.

EXAMEN DE LA CORTE

La técnica de casación y la demanda.— Aparte de los vicios de forma anotados por el señor Procurador Delegado, la demanda incurre en el grave defecto técnico de impugnar las sentencias de primera y segunda instancia, contrariando así la naturaleza del recurso extraordinario de casación, que implica que en él se pida únicamente la invalidación de la sentencia de segundo grado, según ya tuvo ocasión de sostenerlo esta Sala, en sentencia del 13 de septiembre de 1957, en la que al respecto dijo:

"No es técnico pedir la casación de las sentencias de primera y segunda instancia, porque la índole de este recurso, como lo especifica el artículo 556 del C. de P. P., implica el que se solicite en él exclusivamente la invalidación de la sentencia de segunda instancia, única que allí se enjuicia, ya que en el fondo lo que se busca es precisamente hacerla desaparecer y sustituirla por otra. Aunque el superior se haya limitado a confirmar lo resuelto por el inferior, ya que el ataque y la decisión, concentrándose legal y doctrinariamente en la providencia de segunda instancia, no versan sobre la primera, con todo no puede mencionarse ésta como materia de casación. Discrepen o concuerden los fallos de instancia, no ha de retornarse simplemente a lo decidido por el juzgador de primer grado, sino que ha de invalidarse el fallo de segunda instancia, ya sea para dictar el que deba reemplazarlo (artículo 570, num. a), o para devolver el proceso a fin de que se dicte sentencia o se reponga el procedimiento (ib., num. b), o para que se convoque nuevo jurado (ib., num. c)".

Aunque pueden anotarse algunos vicios de forma a la demanda de casación, tal como lo hizo el señor colaborador Fiscal y esta Sala, no se consideran ellos de suficiente entidad como para excusar un estudio de fondo de cada uno de los cargos formulados en el libelo a la sentencia acusada, y por lo tanto, se procederá a dicho estudio, aplicando en el presente caso, como en otras ocasiones, un criterio de amplitud.

LA CAUSAL SEGUNDA Y EL CASO DE AUTOS

El recurrente con el objeto de pretender demostrar que esta causal es viable contra el fallo recurrido, acude al inadecuado expediente de reproducir parte de un alegato de instancia, en el que en síntesis, se sostiene que el testimonio de Francisco Zapata, cuando afirma y le sostiene a "los encartados" que no los autorizó para vender el enfriador de su cónyuge, es altamente sospechoso, porque este testigo "forma una sola parte con la presunta exdueña del enfriador".

El demandante parte del equivocado supuesto

de que los falladores de instancia fundaron la comprobación del cuerpo del delito de abuso de confianza y la responsabilidad de Abraham Gutiérrez Duque y de José Rubén Castañeda, únicamente en el testimonio de Francisco Zapata, quien niega en todo el proceso que hubiera dado autorización a aquéllos para la venta del enfriador de propiedad de su cónyuge, y que, por lo tanto, le concedieron a dicho testimonio "una fuerza probatoria que no tiene".

Con fundamento en dicho equivocado supuesto y en la aserción de que Zapata es un testigo que carece de toda credibilidad, por ser sospechoso, deduce el demandante que el único hecho plenamente establecido en autos es el de que Gutiérrez Duque y Castañeda Leal sí fueron autorizados por el cónyuge de la ofendida María D. Pineda de Zapata para disponer del enfriador de marras; explicando que la autorización dicha excluye la tipificación delictuosa en este caso.

A las argumentaciones del impugnador, fundada y juiciosamente replica el señor Procurador Delegado, que el Tribunal de Medellín no fundamentó su fallo exclusivamente en el dicho de Francisco Zapata, esposo de la ofendida, sino que estudió y comentó lo dicho por esta última y las declaraciones de Alejandro Quintero Herrera y Angel Custodio Castrillón (fls. 5 y 6), Mauro Trujillo (fls. 6 y 7) y los careos de Zapata con los sindicados (fls. 37 a 39 y 49 a 53), así como analizó los testimonios de Ignacio Duque Cuartas y Jesús Antonio Moreno Escobar, y que igualmente el Tribunal estudió los contratos celebrados entre los acusados y la señora Gabriela Restrepo de Ochoa, el del arrendamiento entre Mauro Trujillo y la denunciante, y "el mal llamado contrato de liquidación 'prácticamente quiebra', celebrado entre los sindicados".

La realidad es que la sentencia acusada sí verifica un estudio y análisis detenido de las varias pruebas a que hace referencia el señor Procurador Delegado, para con base en dicho estudio llegar a la conclusión siguiente:

"Todas y cada una de las probanzas anteriores se han estudiado, comparado y estimado detenidamente por la Sala, a efecto de desentrañar la verdad de lo acontecido, más exactamente, para deducir si la venta que del enfriador hicieron los procesados constituye una cuestión meramente civil, o si, por el contrario, ella ingresó en los dominios del derecho penal. Se dice de una vez que la actuación de los incriminados es punible a todas luces, dolosa y sancionable penalmente, por lo mismo. Ello porque dispusieron de un objeto, o mejor, vendieron diciéndose dueños legítimos, sin que ningún derecho los asistiera para proceder en tal forma. El enfriador les había sido confiado a título no traslaticio de dominio, únicamente para que hicieran uso de él como arrendatarios, y nada más. No obstante, el contrato obrante, a fls. 11 y ss, dice muy claro cómo los procesados hicieron la venta del aparato, respondiendo de su calidad de dueños legítimos, sin que se mencionara para nada la propiedad que sobre él tenían los esposos Zapata-Pineda, ni se hablara de autorización de ninguna índole ni se hiciera anotar, en fin, cualquier hecho que dejara ver la honradez y buena fe de los vendedores, que dejara vislumbrar siquiera la existencia de una autorización. Ni siquiera dinero en efectivo recibieron los vendedores sino que recibieron en cambio unas propiedades al parecer gravadas, de donde se colige la ninguna intención que de pagar el aparato tenían. Y existe todavía un hecho más claro, que pone de manifiesto el proceder delictuoso de los encartados, la intención o voluntad que los asistía en apropiarse del enfriador o su precio: adquirieron de Mauro Trujillo, por venta, la heladería "La Riviere", excluyendo el enfriador de marras y otros objetos, pues Trujillo hizo expresa manifestación de que no le pertenecían; y después, vendieron el establecimiento en la misma suma que lo habían comprado (DIEZ MIL PESOS), sin excluir nada y sin hacer la menor salvedad respecto de las cosas que no les pertenecían".

El Tribunal de Medellín expone las razones que tuvo en cuenta para rechazar lo afirmado por los procesados y los testigos Ignacio Duque y Jesús Antonio Moreno Escobar, en relación con la autorización a aquéllos otorgada para enajenar el referido bien mueble (el enfriador) en los siguientes términos:

"Pese a las reiteradas manifestaciones de los encartados y de los testigos Ignacio Duque y Jesús Antonio Moreno Escobar relativas a que los primeros habían recibido facultad de Francisco Luis Zapata para vender en tres mil quinientos pesos el bien discutido en este expediente, tal hecho para la Sala no aparece muy creíble. Primero, porque Francisco Luis Zapata a través del expediente ha sostenido que en ningún momento dio esa autorización; segundo, porque los mismos procesados, sin quererlo quizás, han dejado ver la malicia que los asiste al afirmar tal cosa, ya que después de sostener que tal facultad les fue otorgada antes de la venta por ellos efectuada, dicen

que ello sucedió después. Véase, por ejemplo, como Rubén Castañeda Leal, quien aparece más sagaz y demuestra mayor inteligencia en tergiversar las cosas, admitió haber recibido la autorización de vender el aparato en el mes de noviembre, del quince al treinta. Y la venta por él y su compañero efectuada, tuvo lugar el seis de ese mismo mes. Y, tercero, porque los testigos Duque y Moreno Escobar no merecen mucha credibilidad, por los nexos tenidos con los procesados y que ya fueron anotados al comentar sus exposiciones y porque, además, ni siquiera están de acuerdo respecto a la fecha o tiempo en que oyeron de Zapata el poder verbal que a los incriminados dio para disponer del artículo. Así, por ejemplo, mientras uno dice que tal cosa sucedió unos ocho o diez meses antes de rendir su declaración, el otro afirma que fue unos siete meses atrás. Así, resulta muy claro que tal facultad no tuvo su cumplimiento".

Como se ve, lo alegado por el recurrente, con el intento de establecer que en el caso de autos se está en presencia de un asunto relativamente civil, "que rechaza toda figura delictiva" y que el Tribunal incurrió en errada interpretación de los hechos, carece de todo fundamento procesal y de demostración que deba acogerse.

En consecuencia, la causal segunda de casación alegada no logra prosperar y debe, por lo tanto, desestimarse por falta de comprobación.

Causal Primera

Para demostrar el demandante que la sentencia acusada violó la ley penal por indebida aplicación del artículo 413 del C. Penal, que define y sanciona el delito de abuso de confianza, únicamente acude a la endeble argumentación o afirmación siguiente:

"La citada disposición fue violada por la sentencia y, consecuentemente se violó también el artículo 203 del C. de P. P. así como el artículo primero de la misma obra, en armonía con el artículo 11 ibm.

"Ello, porque sólo se puede ser condenado penalmente por un hecho contemplado como delito en la Ley, y sólo se es responsable cuando se comete una infracción prevista en la Ley Penal, y ya se demostró que, en el peor de los casos los sindicados cometieron un ilícito civil, al vender con autorización, o mejor disponer, del enfriador, así haya sido con el ánimo de no pagar su precio. Pero conviene anotar que en el proceso constan los múltiples esfuerzos hechos por los sindicados para pagar dicho enfriador, lo cual no se llevó a efecto por el desmedido afán de lucro del señor Zapata, esposo de quien se dice ofendida".

A esta pobre argumentación, con todo acierto, replica el señor colaborador lo siguiente:

"El sintético planteamiento del recurrente, como es fácilmente deducible, es fruto de haber dado por demostrada debidamente la causal segunda de casación, para pretender configurar un asunto civil del hecho que originó este proceso. Habiéndose desestimado los cargos, por carecer de idoneidad y fuerza probatoria para establecer alguna de las modalidades descritas en la causal segunda, es lógico que el fundamento de la causal primera (que ha sido alegada como subsidiaria de la segunda) resulta deleznable y debe, por lo tanto, descartarse este primer aspecto alegado por el impugnador, debido a la ausencia de comprobación en el cargo.

"Además resulta extraña la cita del artículo 203 *del* C. de P. P., cuya infracción no es técnico alegarla dentro de la causal primera de casación donde la violación recae exclusivamente sobre la ley penal sustantiva.

"Menos aún se hizo notoria la infracción de los artículos 1º y 11 del Código Penal".

Para demostrar el segundo cargo, consistente en que el Tribunal de Medellín también violó, "por errónea interpretación y más aún por indebida aplicación, el artículo 80 del C. Penal", al negar la suspensión de la condena impuesta a Gutiérrez, el recurrente principia por afirmar que dicho artículo consagra un **derecho** a favor del sindicado, de su familia y de la sociedad, "y no como se cree, una gracia, cuya concesión depende únicamente de cómo esté funcionando el hígado del fallador o cómo amanezcan influyendo en sus decisiones sus predisposiciones afectivo-activos principalmente la bondad" para luego reproducir textualmente, con el propósito de refutarlas, las razones que tuvo el Tribunal para no conceder la suspensión de la condena.

Después de reproducir la parte pertinente del fallo acusado, el recurrente pasa a refutar los argumentos del Tribunal, aseverando, que Tello Gutiérrez es persona correcta, aún en concepto de la ofendida; y que su conducta anterior al ilícito que se le imputa "no registra un solo antecedente judicial ni policivo".

Por último, el impugnador hace la sustentación siguiente:

"Téngase presente HH. Magistrados, que la

aplicación indebida de la Ley penal a que se refiere la causal de casación invocada por el suscrito, puede ocurrir también por omisión en su aplicación, como en realidad ha ocurrido en el caso que nos ocupa al no darle aplicación al artículo 80 del Código Penal, en favor de Abraham Gutiérrez Duque".

El señor colaborador de esta sala, en su bien meditado concepto, refuta completamente estas alegaciones del recurrente en la siguiente forma:

"Quien invoca la causal primera de casación está en la obligación de acreditar, en forma ordenada y convincente, que debido a errónea interpretación o por indebida aplicación de la ley penal sustantiva se ha violado dicha ley. De modo que son, exclusivamente y desde el punto de vista legal, dos las modalidades contempladas en dicha causal y no tres como pretende sostener el recurrente al afirmar que la causal primera se configura también "por omisión" en la aplicación de dicha ley. En primer lugar, porque, de haber querido establecer tal modalidad, el legislador lo hubiera hecho expresamente dada la índole extraordinaria del recurso que no permite interpretaciones benignas del articulado sino, por el contrario, eminentemente restringidas.

"2º.—Además, en materia penal no existe como en materia civil el motivo de ser la sentencia violatoria de la ley penal sustantiva "por infracción directa" de la misma, como lo expresa el artículo 520 del C. J., en el ordinal primero. Tal argumento permite concluir cómo para el legislador penal el evento de que habla el impugnador no fue previsto y ello no hace visible reformar la ley haciéndola decir lo que expresamente no dice.

"Ahora bien: la H. Corte ha dicho cómo la infracción directa de la ley ocurre cuando se ha dejado de aplicar la ley al punto controvertido, que es el evento que para el caso sub-judice trata de plantear el recurrente.

"3º.—Pero, ocurre además, que el planteamiento del impugnador, por contradictorio, se halla viciado para imprimir prosperidad a la causal primera de casación. En efecto a la vez que sostiene que hubo violación de la ley (artículo 80 del C. P.), por aplicación indebida, agrega para terminar sus afirmaciones que ello ocurre por no aplicación de la misma. Los absurdos no son en casación fundamentos de demostración.

"4º.—Algo más. El hecho de que se conceda la condena condicional a determinado procesado depende de que se cumplan los requisitos señalados por el artículo 80 del C. P. y, además, de que ellos "den al Juez la convicción" de la ausencia de peligrosidad del procesado y de que no delinquirá en lo futuro. Como se observa la decisión que adopte en cada caso el fallador es fruto de su propia convicción...".

En relación con la facultad jurisdiccional que la ley otorga a los jueces de instancia para conceder el beneficio de la condena condicional, establecido por el artículo 80 del C. Penal, esta Sala ha sostenido la siguiente jurisprudencia:

"La condena condicional, por medio de la cual se confiere al Juez la facultad de suspender la ejecución de la pena impuesta en la sentencia, está sujeta a los requisitos enumerados en el artículo 80 del estatuto represivo, pero en el otorgamiento de esa gracia la ley atribuye al juzgador una facultad muy amplia, toda vez que, en último término somete a la convicción de éste la solución del problema, es decir, como lo dice el Procurador, "a algo muy íntimo y subjetivo de él, que rara vez podrá desconocer la Corte en el recurso extraordinario de casación". Por eso, esta entidad ha dicho en otras ocasiones que "será difícil separarse de lo resuelto por el Juez de la causa, pues por más que estén especificadas las condiciones de su otorgamiento (de la condena condicional), ellas están sujetas a su convicción, vale decir, a la prudencia y buen sentido de quien ha estado o ha debido estar en contacto directo con el infractor". (Fallo de 9 de febrero de 1948. G. J. números 2.057-2.058, página 870)".

El Tribunal, en la sentencia acusada, a pesar de que reconoce que sobre los procesados "no ha recaído ninguna condenación por delitos, con antelación al delito que contempla este proceso y que su conducta fue más o menos buena", niega la suspensión de la condena, porque: "la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes, no dan al fallador la convicción o gran probabilidad, de que los acusados no son peligrosos para la sociedad y que no volverán a delinquir.

La condena condicional es una gracia especialísima, no otorgable, por tanto a individuos como los procesados, en quienes no se nota otros atributos que la conducta contradictoria y maliciosa observada a través del expediente y su ánimo obstinado de engañar a la justicia. Cabe aquí repetir, una vez más, que los ex-socios, sin titubear en lo más mínimo, sin estampar en el documento de venta la más pequeña frase que demostrara buena fe en la negociación, de manera arbitraria

y descarada vendieron el "supercold" con el expreso título de DUEÑOS LEGITIMOS.

El Tribunal encontró, por lo tanto, que los motivos determinantes y la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso se inspiraron en la codicia y el afán de ganancia de los acusados, a costa del patrimonio ajeno, lo cual no le dio la convicción de que éstos no son peligrosos para la sociedad y que no volverían a delinquir. Por lo tanto, no fueron del todo arbitrarias y caprichosas las razones que tuvieron en cuenta los señores Magistrados del Tribunal de Medellín, al negar al reo Gutiérrez Duque, en la sentencia acusada, el beneficio de que habla y que reclama el demandante.

En consecuencia, tampoco existen fundamentos aceptables para que la causal examinada pueda ser acogida.

Como el señor Secretario de la Sala informó que el procesado José Rubén Castañeda no formuló demanda de casación, el recurso por éste propuesto deberá declararse desierto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º—NO CASAR la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha veinticinco de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, por la cual se confirmó la del Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, en la que se condenó a Abraham Tello Gutiérrez y a José Rubén Castañeda Leal, a la pena privativa de la libertad de un año de prisión y a las incorporales de rigor, como responsables del delito de "Abuso de confianza", cometido en perjuicio de María D. Pineda de Zapata.

2º—Declarar DESIERTO el recurso de casación interpuesto por el reo José Rubén Castañeda Leal contra la expresada sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Bendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Ploquinio León L., Secretario.



NIEGASE EL RECURSO DE REVISION INTERPUESTO CONTRA UNA SENTENCIA QUE IMPUSO CONDENAS POR DELITO DE CHANTAJE. — CAUSALES 1ª Y 5ª DE REVISION. — PRUEBA INDICIARIA. — VALOR PROBATORIO DE GRABACIONES MAGNETOFONICAS

1.—Las sentencias contradictorias a que se refiere el ordinal 1º del artículo 571 del C. de P. Penal para fijar el primer motivo del recurso de revisión, nada tienen que ver con las que se profieren, de contenido igual o distinto, en las dos instancias a que está sometido en general el proceso penal; puesto que, a más de que hace parte de un todo e integran una unidad jurídica absoluta e irrevocablemente insoluble, la de segunda instancia subordina y prevalece sobre la de primera, sin menoscabar y mucho menos destruir aquella unidad que se forma con la necesaria concurrencia de ambas.

2.—Puesto que la idea de contradicción jurídica debe ser excluida del ámbito que es propio y pertenece a los fallos que se dictan como consecuencia y determinación de las dos instancias del proceso, lógicamente y de manera imperiosa tiene que concluirse que cuando el ordinal 1º del artículo 571 del C. de P. Penal señala como motivo de revisión el hecho de que se estén cumpliendo condenas "en virtud de sentencias contradictorias", se refiere, sin duda, a las que se pueden expedir, por unos mismos hechos delictuosos, en procesos distintos, precisamente con el carácter de contradictorias.

3.—La prueba, al ser apreciada para la formación del juicio lógico que supone la tarea de valorarla, obra como indicio, es decir, en el carácter de hecho, toda vez que indicio, en el campo de la ley y de la doctrina procesal, no puede ser sino un hecho. Pero el que ella, en este preciso terreno, tenga la exacta equivalencia a hecho, no quiere decir que se confunda con su objeto, que es aquello que debe ser acreditado y que "consiste en la cosa, la circunstancia o el acontecimiento cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso". En este otro aspecto el término prueba reviste, evidentemente, una muy distinta acepción.

4.—La prueba, tomada esta palabra en su acepción de acción de probar, hace referencia al medio o instrumento de que se echa mano, por estar previamente determinado en la norma legal, para demostrar la verdad de un hecho, cosa, circunstancia o acontecimiento que, en función de ella misma y en lo atinente al proceso en que tiene expresión, constituya su objeto. De ahí que, en este sentido o acepción que admite la palabra, el término prueba no puede tomarse, en rigor, como equivalente a hecho.

5.—Conforme al Código de Procedimiento Penal, las pruebas en su acepción de medios destinados a demostrar hechos, cosas, circunstancias y acontecimientos de trascendencia jurídica en el proceso, son la inspección ocular, los indicios, el testimonio, el documento, la confesión y la peritación; todas las cuales sin excepción, están gobernadas por el principio de la autenticidad que es el que, con el carácter de esencial, les da vida y permite su legítima apreciación. Este principio recoge la prueba en su origen claramente determinado, en las condiciones de forma y de fondo que concurrieron para su producción y en su contenido mismo, que es en donde la autenticidad debe obrar con mayor rigor y severidad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL. — Bogotá, cuatro de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres)

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de revisión que se interpuso contra la sentencia del 25 de noviembre de 1957 por medio de la cual el Juzgado 8º Penal del Circuito de Bogotá condenó, por el delito de chantaje ,entre otros, al señor José Targa Abril, imponiéndole la pena de veintiseis meses de prisión y las correspondientes accesorias.

ANTECEDENTES:

En auto cabeza de proceso de fecha 13 de octubre de 1955, el Juzgado 8º de Instrucción Criminal, con fundamento en denuncia que presentó la señora Amparo Sedó de Targa el 11 del mismo mes, se ordenó la investigación a que se contrae este negocio que, previo los trámites fijados en el Decreto 0014 del citado año, fue fallado en primera instancia por el Juzgado 10º Penal Municipal de Bogotá mediante sentencia del 19 de enero de 1957, en donde se condenó, como responsables del delito de chantaje, a los señores Jaime Espinosa Cárdenas, Enrique Espinosa Cárdenas y N. Martin o Martil, el primero, a la pena principal de veinticinco meses de prisión, y a los otros dos, a la de doce meses de prisión cada uno, absolviéndose, en cambio, por el mismo delito, al señor José Targa Abril. Este fallo lo revisó, en segunda instancia, el Juzgado 8º Penal del Circuito también de Bogotá en el suyo de 25 de noviembre del mismo año, donde se dispuso confirmar la pena impuesta al señor Jaime Espinosa Cárdenas, revocar la del señor Enrique Espinosa Cárdenas para en su lugar absolverlo, elevar a veinticuatro meses de prisión la pena aplicada al señor N. Martin o Martil y, por último, revocar la absolución del señor José Targa Abril para en su defecto condenarlo, como responsable del predicho delito de chantaje, a la pena de veintiseis meses de prisión y accesorias pertinentes.

DEMANDA

De los tres sujetos que resultaron condenados en la sentencia de segunda instancia que se acaba de reseñar, la cual quedó debidamente ejecutoriada, el señor José Targa Abril, por conducto de apoderado, interpuso contra ella el recurso de revisión, invocando como causales las previstas en los ordinales 1º y 5º del artículo 571 del C. de P. P. La primera de estas dos causales, sin que se hubiera insistido en ella en el alegato de conclusión que presentó el recurrente, se plantea, en el libelo en que se propuso el recurso, así:

"La primera instancia la conoció el Juzgado Décimo Penal Distrital de Bogotá y la segunda el Juzgado Octavo Penal del Circuito, siendo absolutoria la primera y condenatoria la segunda para mi patrocinado por el delito de CHANTAJE.

"La pena impuesta al señor José Targa Abril fue de veintiseis meses (26) de prisión.

"Los sindicados en la instructiva fueron los señores Jaime Espinosa Cárdenas, Enrique Espinosa Cárdenas, N. Martin o Martil y José Targa Abril, de los cuales fueron condenados en la primera instancia los tres (3) primeros nombrados y absuelto el último, y en la segunda instancia fue absuelto el señor Enrique Espinosa Cárdenas, y condenados los otros tres".

"De lo anterior se deduce que las sentencias de primera y segunda instancia fueron contradictorias para el señor José Targa Abril".

SE RESPONDE:

Las sentencias contradictorias a que se refiere el ordinal 1º del artículo 571 del C. de P. P. para fijar el primer motivo del recurso de revisión, nada tienen que ver con las que se profieren de contenido igual o distinto— en las dos instancias a que, en general, está sometido el proceso penal, puesto que, a más de que hacen parte de un todo e integran una unidad jurídica absoluta e irrevocablemente insoluble, la de segunda instancia subordina y prevalece sobre la de primera, como es racional, sin menoscabar y mucho menos destruir aquella unidad que se forma con la necesaria concurrencia de ambas.

En estos términos, excluída la idea de contradicción jurídica del ámbito que es propio y pertenece a los fallos que se dictan como consecuencia y determinación de las instancias, lógicamente y de manera imperiosa tiene que concluírse en que el predicho artículo 1º, al sentar como motivo de revisión el hecho de que se estén cumpliendo condenas "en virtud de sentencias contradictorias", se refiere, sin duda, a las que se puedan expedir, por unos mismos hechos delictuosos, en procesos distintos, precisamente con el carácter de contradictorias. Este criterio es el

mismo que sostiene el señor Procurador conforme a las razones siguientes que la Sala comparte:

"Si la revisión es un recurso extraordinario que 'supone un examen nuevo de la cosa juzgada o del objeto procesal', según lo enseña el procesalista Jiménez Asenjo en su obra titulada 'Derecho Procesal Penal'. Si por virtud de tal recurso y de acuerdo con el citado autor, el principio de la cosa juzgada, queda en suspenso y efectivamente no se cumple o verifica 'cuando aparezca que las bases materiales en que se sustenta son evidentemente falsas'. Si esto y aquello que llevamos dicho es de la esencia del recurso de revisión, entonces no se comprende cómo ataca el apoderado de José Targa Abril el fallo ejecutoriado que condena a éste, exhibiendo como única razón la consistente en poner de manifiesto que dicho fallo contradice la absolución con que a su defendido favoreció el Juez de primera instancia.

"Esta inconciliabilidad denunciada, en modo alguno corresponde al motivo de revisión que consagra el Código de Procedimiento Penal en el ordinal 1º de su artículo 571; y si hubiera sido efectivamente consagrada como causal de revisión, entonces cabría afirmar que en vez de reglamentar un recurso extraordinario de impugnación contra sentencias ejecutoriadas y contradictorias, se habría creado una tercera instancia, a la cual sería posible recurrir todas las veces que un fallo absolutorio de primer grado, fuera revocado y sustituído en segunda instancia por uno condenatorio, o viceversa. De esta suerte, la fuerza vinculante y obligatoria de la cosa juzgada, sería ninguna por la sola virtud de discrepar el Juez ad quem del juzgamiento hecho por el a-quo".

El señor Targa Abril, de acuerdo con las razones expuestas, no se encuentra dentro de la situación a que se refiere el ordinal 1º del artículo 571 del C. de P. P. y entonces, como es lógico, no prospera el primer grado que alega, por conducto de su apoderado, para solicitar la revisión que le interesa.

El motivo de revisión que se aduce con invocación del ordinal 5º del predicho artículo 571 del C. de P. P. aparece planteado, dentro del memorial en que fue propuesto el recurso que es tema del examen, así:

"Al proceso se hizo llegar una cinta magnetofónica que no se tradujo en ninguna de las dos instancias, sino que los señores Jueces se conformaron con guardarla sin darle la importancia que tiene para la definición de la verdadera situación jurídica de mi patrocinado.

"De la traducción de la cinta a que se hace referencia se desprende cuando menos indicios graves de la inocencia del señor José Targa Abril".

De manera que, como se expresa en lo transcrito, el hecho, nuevo o prueba no conocida a tiempo de los debates y que al decir del recurrente viene a establecer la inocencia del señor Targa Abril o por lo menos a proporcionar graves indicios con relación a esa inocencia, se encuentran en la cinta magnetofónica de que se habla en la misma transcripción. Importa pues, fijar las condiciones en que llegó al proceso contra el citado sujeto la cinta en cuestión.

La referida cinta fue entregada, en el "carácter de confidencial", por el señor apoderado de la parte civil constituída en el proceso contra el señor Targa Abril, al juzgador de la primera instancia, quien ni siquiera se la agregó al expediente, por cuya razón el de segunda tuvo que reclamársela, el cual tampoco la tomó en cuenta, limitándose a colocarla entre los cuadernos de ese expediente. En estos términos la cinta sólo vino a funcionar en el momento de interponer el recurso de revisión.

En el término de prueba contemplado en el artículo 573 del C. de P. P. se escuchó la grabación de la mencionada cinta y, de otro lado, se sacó la debida versión mecanográfica. Según pudo establecerse a través de los tonos y matices de las voces que se aprecian en la dicha grabación, el contenido de ellas se contrae a la conversación en forma de preguntas y respuestas, de dos hombres y una mujer, en torno a hechos delictuosos de que se siente víctima la última y que pueden ser imputables a un tal Jaime, que participa en la charla, a un Enrique, hermano de éste y a un señor José Targa, aludido como marido de la mujer indicada.

Carácter de la grabación:

El señor Procurador sostiene, en el concepto que emitió sobre el mérito del recurso, que la grabación magnetofónica de que se trata no tiene ningún carácter de prueba, parecer que expresa conforme a las razones siguientes:

"Antes de proceder a considerar el contenido ideológico de la mencionada cinta magnetofónica, precisa dejar establecido si es dable o no calificar de elemento de prueba la conversación a que se contrae la misma cinta, conversación que, al parecer, sostienen tres personas, pues al escu-

charse la grabación, se perciben claramente dos voces masculinas diferentes y una voz femenina.

"Acerca de este primer respecto, observa el Despacho que de autos se sabe, por manifestación escrita hecha al Juez Octavo del Circuito Penal, el 11 de febrero de 1957, por el doctor Hernando Garavito Muñoz, entonces apoderado de oficio del señor Targa Abril (ver folio 195 del cuaderno principal), que la cinta magnetofónica en cuestión le fue entregada al titular del Juzgado Décimo Penal Municipal de Bogotá "por el abogado de la querellante, en carácter confidencial". Se sabe también que el doctor Garavito expresó a su vez que como el abogado de la señora Amparo Sedó de Targa "estima tal cinta como una prueba, no debe permanecer en carácter estrajudicial (sic) y darle al funcionario del conocimiento el valor que pueda tener procesalmente".

"Dicha solicitud de la defensa dio lugar a que el Juzgado Octavo Penal del Circuito ordenara pedir al Décimo Penal Municipal la cinta de que se habla, lo que en efecto se hizo mediante oficio Nº 47 del citado mes de febrero.

"En los anteriores términos, la cinta fue agregada de manera oficial al informatorio.

"De otra parte, recuérdase que el abogado recurrente doctor Bendeck Olivella, de acuerdo con el deseo manifestado por su patrocinado el señor Targa Abril en el memorial visible al folio 228, pidió durante el término probatorio correspondiente a la revisión intentada, que fuera escuchada "y vertida en su contenido material e ideológico la cinta magnetofónica que obra en el expediente de revisión, y la cual inexplicablemente, no fue materia de apreciación en las faces del proceso ordinario". (fl. 42, cuad. 4º).

"Pedida por la defensa la práctica de tal prueba, sabemos también que la H. Corte accedió a ello, considerando procedente "oír y verter" el contenido de la cinta.

"Nos parece que esta determinación de la H. Corte, fue tomada para facilitarle al acusado José Targa Abril una oportunidad que tendiera a hacer efectiva su defensa, apelando al medio que su apoderado, el doctor Bendeck Olivella, juzgó apropiado para justificar la solicitud hecha de revisión de la causa. Y aunque esa misma Superioridad no calificó de antemano como prueba conducente "el contenido ideológico de la cinta", el Ministerio Público, en gracia de discusión y en beneficio de la brevedad, se abstiene de demostrar aquí que la conversación grabada aducida como hecho nuevo indicativo de la inocencia del acusado (conversación que al ser escuchada, revela que es sostenida por una mujer, a quien los otros interlocutores llaman Amparo, y por dos hombres, uno primero a quien llaman Jaime, y un segundo que se denomina abogado de Amparo y a quien tilda el otro hombre de doctor), **en modo alguno constituye o corresponde a uno de los medios de prueba que en materia criminal consagra el Código de Procedimiento vigente".**

El señor apoderado del recurrente, no obstante lo extenso y prolijo de su alegato de conclusión, se abstuvo de referirse al parecer del señor Procurador respecto a que la grabación magnetofónica de que se habla, "en modo alguno constituye o corresponde a uno de los medios de prueba que en materia criminal consagra el Código de Procedimiento vigente". En este particular, de sumo interés, por cierto, ningún comentario se hizo y mucho menos se ensayó el más mínimo argumento encaminado a rebatir ese punto de vista de tan nítida trascendencia para el éxito del recurso. El citado alegato, sin embargo, contiene en el capítulo 3º, denominado ¿OBRO COMO PRUEBA LA CINTA MAGNETOFONICA? algunos renglones en donde se aducen las razones que permiten presentar como prueba la expresada cinta. Ellos son del tenor siguiente:

"Comencemos por establecer, con un somero análisis, que tal cinta y su contenido ideológico es un hecho como cualquier otro de la fenomenología fáctica. ¿En qué sentido? En el sentido en que uno de los redactores del Código de Procedimiento Penal, el doctor Rueda Concha, le dio a tal acepción, al afirmar en la Comisión Redactora: "Recalcando que para el Código que ahora elaboramos, todas las pruebas son hechos; que una mancha de sangre es un hecho, que es igualmente un hecho la declaración de un testigo, etc". De donde venimos en conocimiento de que, en la terminología del legislador, prueba es sinónimo de hecho. Más ello acontece cuando sobre ese **hecho bruto** se han sucedido ciertas operaciones que van desde admitirlo por conducente, por su valor indiciario o indicador, hasta decretar su práctica de acuerdo con su naturaleza y con el ritual que la ley prescribe, y de hacerlo de ese modo, parte viva del proceso".

Se considera:

En verdad el doctor Rueda Concha, quien fue el autor de la ponencia respecto al título de las

pruebas en la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal, ajustó su criterio, en el particular a que se refiere lo transcrito, precisamente a las enseñanzas de Dellepiane, según se desprende de todo cuanto expuso para fundamentar su trabajo y que aparece en el Acta número 133 de la sesión del 25 de enero de 1937, publicada en el Tomo II, págs. 56 y ss. de los Trabajos Preparatorios del Código de Procedimiento Penal.

De acuerdo con Dellepiane, "todas las pruebas llamadas directas o naturales se reducen, en último análisis, a la prueba de indicios", porque, "el testimonio de los testigos y todos, absolutamente todos los medios probatorios, se resuelven en verdaderos indicios de culpabilidad o de inocencia, al ser apreciados para la formación de nuestros juicios". (Nueva Teoría de la Prueba, pág. 62).

De modo que para este autor toda prueba, "al ser apreciada para la formación de nuestros juicios, se resuelve en indicio de "culpabilidad o de inocencia". El doctor Rueda Concha se identifica con este parecer a través de lo siguiente:

"Aunque es verdad, como dice Dellepiane, que toda prueba se reduce al indicio, yo no he querido emplear la palabra "indicio", porque no estamos acostumbrados a esa terminología, y de adoptarla, podría creerse que han quedado excluidas otras clases de pruebas distintas del indicio.

"La afirmación de Dellepiane es rigurosamente exacta, por la unidad del punto de partida y por la unidad del proceso lógico que recorre la inteligencia en toda prueba. El punto de partida es siempre un fenómeno perceptible por los sentidos. El proceso lógico se desenvuelve siempre en tres etapas: observar, suponer y verificar. A lo observado, se le suponen todas las hipótesis que puedan explicarlo; luego, van eliminándose las distintas hipótesis, hasta dejar una sola, a la cual adhiere la inteligencia *necesariamente*".

Es digno de anotarse la reflexión del doctor Rueda Concha en el sentido de que no se adopta la palabra "indicio" en fuerza de la falta de costumbre para esa terminología, reflexión que formuló para justificar la forma como quería se redactara el que vino a ser el artículo 208 del C. de P. P., que decía así a la letra:

"Artículo.—Dos o más pruebas *incompletas* constituyen plena prueba, si cada una está probada plenamente, y si su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de demostrarse".

Con esta fórmula creyó el doctor Rueda Concha sortear la dificultad respecto al uso desacostumbrado de la palabra indicio, y afianzar su concepto, acorde con el de Dellepiane, en orden a que toda prueba se resuelve, a la postre, en un indicio, como es obvio, siempre que ella haya de apreciarse "para la formación de nuestros juicios", en razón "de culpabilidad o de inocencia". Pero esa fórmula no fue aceptada porque se estimó que la frase "si cada una está probada plenamente", podía prestarse a confusiones, frase que se sustituyó entonces por la que contiene el citado artículo 206: "Si los hechos que las constituyen están probados plenamente". El doctor Rueda Concha terminó por acoger esta última fórmula, en la que entendió comprendidas sus ideas, calcadas, como así puede decirse, en el autor que tuvo por bien invocar.

La prueba, pues, al ser apreciada para la formación del juicio lógico que supone la tarea de valorarla, obra como indicio, es decir, en el carácter de hecho, toda vez que indicio, en el campo de la ley y de la doctrina procesal, no puede ser sino un hecho. Pero el que ella, en este preciso terreno, tenga la exacta equivalencia a hecho, no quiere decir que se confunda con su objeto, que es aquello que debe ser acreditado y que "consiste en la cosa, la circunstancia o el acontecimiento cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso". En este otro aspecto el término prueba reviste, evidentemente, una muy distinta acepción.

En esta segunda acepción, la palabra prueba, como acción de probar, hace referencia al medio o instrumento de que, por estar previamente determinado en la norma legal, se echa mano para demostrar la verdad de un hecho, cosa, circunstancia o acontecimiento que, en función de ella misma y en lo atinente al proceso en que tiene expresión, constituye su objeto. De ahí que, en esta otra significación, el término prueba no pueda tomarse, en rigor, como equivalente a hecho.

El entendimiento de la prueba en esta acepción de medio destinado a demostrar hechos, cosas, circunstancias y acontecimientos de trascendencia jurídica en el proceso, obliga a penetrar en la esfera que es propia de los que la ley autoriza y disciplina con ese fin específico, los cuales, conforme el Código de Procedimiento Penal, son los de inspección ocular, los indicios, el testimonio, el documento, la confesión y, por último, la peritación. Estos medios de prueba, sin ninguna excepción, están gobernados y regidos por el principio de autenticidad, que es el que, con el carácter de esencial, les da vida y permite su legítima apreciación. Este principio recoge la prue-

ba en su origen claramente determinado, en las condiciones de forma y de fondo que concurrieron para su producción y en su contenido mismo, que es en donde la autenticidad debe obrar con mayor rigor y severidad.

En el caso de autos, el recurrente, como atrás quedó advertido, aduce como hecho o prueba nueva, que después de la condena del señor Targa Abril viene a demostrar su inocencia, una cinta magnetofónica en la que figura grabada la conversación de dos hombres y una mujer, en torno a hechos que se relacionan con los que determinaron la sentencia que afectó al mencionado señor Targa Abril.

De la predicha cinta magnetofónica lo único que se sabe, conforme a escritos de uno de los defensores que el señor Targa Abril tuvo en el proceso, es que el señor apoderado de la parte civil que allí se constituyó, se la entregó, "en el carácter de confidencial", al señor Juez que conoció de la primera instancia del negocio, el cual ni siquiera la agregó como parte del expediente. Cómo obtuvo el apoderado en cuestión esa cinta magnetofónica? Nadie está en capacidad de decirlo. Cómo se produjo la grabación que en ella figura? Tampoco se conoce nada al respecto. En qué fecha fue grabada esa conversación? Se ignora. Quién hizo la grabación? Acudiendo a las conjeturas, podría decirse que el mismo que presentó la cinta magnetofónica. Quiénes son, exactamente, las tres personas distinguidas por sus voces, que participan en la conversación? La exactitud en este particular es imposible. Apenas puede hacerse la conjetura, bastante probable, de que son el mismo apoderado que presentó la cinta magnetofónica, su representada doña Amparo Seeó de Targa y el sujeto Jaime Espinosa Cárdenas, que al igual que el señor Targa Abril, fue condenado. La conversación fue grabada con absoluta fidelidad y en esa suerte quedaron registradas todas las frases y palabras que salieron de los interlocutores? En este particular la ignorancia es absoluta, lo que, desde luego, es muy grave, si se tiene en cuenta que esta clase de grabaciones, como es del dominio de cualquiera, permite intercalaciones, supresiones y desvíos de toda índole en el mismo momento en que se está haciendo, bastando para ello maniobrar sobre el mecanismo del aparato grabador, por cierto de muy fácil manejo. La grabación de la cinta, con posterioridad al momento en que ello ocurriera, fue sometida a arreglos, a modificaciones intencionadas y aún a supresiones? No podría afirmarse, pero tampoco negarse, ya que esa cinta, con su grabación, no estuvo sometida a control de ninguna especie, ni en el momento de ser grabada ni de ahí en adelante hasta cuando la recibió el señor Juez de la primera instancia del proceso. Y la verdad es que la grabación de una cinta magnetofónica puede modificarse, a capricho y también muy fácilmente.

Las reflexiones que se acaban de formular en torno a la cinta magnetofónica y la grabación que en ella se encuentra, a través de preguntas y respuestas, son suficientes para sostener, sin ningún esfuerzo ni riesgo de equivocación, que esa cinta, con su contenido, en modo alguno reviste el carácter de prueba ni puede distinguírsele con esa denominación. La cinta y su contenido se encuentran al margen de cualquier principio que tienda a proporcionarles, así sea en mínimo grado, autenticidad, condición que es esencial para que pueda hablarse de que existe una prueba. Y si la cinta magnetofónica no es prueba ni puede, por ende, acogérsele en esa significación, lógicamente se concluye en que el recurso de revisión, fundado en el ordinal 5º del artículo 571 del C. de P. P., como se le propuso en segundo término, no puede prosperar, precisamente por ausencia del hecho o prueba nueva que exige el aludido texto legal para respaldarlo.

Por lo demás, aceptando, en vía de hipótesis, que la cinta magnetofónica fuera prueba y, de otra parte, que tuviera el carácter de legalmente producida, no por ello el recurso vendría a prosperar, puesto que el predicho ordinal 5º exige no sólo que con posterioridad a "la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas no conocidas de los debates", sino también, —lo que es más importante— que esos hechos o pruebas "establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad", eventos que en forma alguna plantea la cinta en cuestión.

La cinta magnetofónica contiene, como se dejó advertido, la conversación de dos hombres y una mujer en torno, al parecer de los mismos hechos que dieron origen a la condena contra el señor Targa Abril. A uno de los hombres, sin que figure el nombre, se le distingue con el calificativo de doctor y el carácter de abogado de la mujer, la cual es llamada con el nombre de Amparo y aparece como esposa del señor Targa Abril, la

persona que en realidad, constituye el centro de aquella conversación. El otro hombre se distingue con el simple nombre de Jaime y parece ser el mismo Jaime Espinosa Cárdenas, que, al lado del señor Targa Abril, resultó también condenado.

El sujeto calificado de doctor y distinguido como apoderado de la mujer a quien se da el nombre de Amparo es el que lleva la dirección de la conversación y el que interroga, podría decirse que con exclusividad, a lo largo de toda ella, dirigiéndose en cada una de las preguntas, al tal Jaime, del cual busca sacar declaraciones, precisas y claras, que comprometan al señor José Targa Abril como autor o cómplice de las actividades delictuosas de que se siente víctima la mujer especificada con el nombre de Amparo. En estos términos, como de suyo se comprende, no es posible encontrar en lo que dice este personaje, absolutamente nada que tienda a plantear la inocencia del señor Targa Abril, del que en todo momento da por sentado que es responsable de los hechos dolosos de que se queja la tal señora Amparo.

La mujer Amparo que participa en la conversación, lo único que hace a lo largo de ella es acusar con todo vigor al que llama su marido, señor Targa Abril, precisamente del delito de chantaje. Para demostrarlo basta reproducir algunos apartes de la versión que se tomó a máquina de la cinta magnetofónica. Dicen así:

"Voz mujer. Estuvimos sentados, estuvimos un rato sentados y no vimos a nadie, Jaime. De dónde pudieron tomar esas fotografías. Después de tomadas quién sabe por qué me hizo mal, sabiendo mi marido lo sinverguenza que es, que nunca trabaja, nada más sacando a robarme la plata, Jaime. Sabían que con esas fotografías, mi marido tenía un arma más contra mí como siempre, no? Y darle esas fotografías o vendérselas a él, o es que entre él y vosotros hacéis todo contra mí? Porque eso es lo que no entiendo, si es que entre todos os pusisteis de acuerdo contra mí, Jaime. Porque él me sacó $ 2.000.oo, a ustedes también sé que les dio".

"Voz mujer.—Después si le dijo... le dijo cómo para sacarme más plata? Y sería por eso que vino a la casa a amenazarme... sería después de esta conversación que vino a la casa, que se quería estar allí, o bien que ... seis mil pesos, porque el tenía ahora la sartén por el mango, y tenía un cañón que me dispararía todos los días. Que para que él se callara y me entregara las fotografías tenía que dar seis mil pesos, era eso lo que le dijo".

"Voz mujer.—... fotografías ahora mismo me dijo mi marido cuando le di los $ 1.000.oo que él no tenía más fotografías, después resultó que sí tenía más fotografías, para sacarme seguramente más plata. Tú también tienes fotografías?"

La acusación de chantaje que contienen los apartes transcritos, con respecto al señor Targa Abril, que es el que, conforme a la grabación, figura como marido de la mujer que habla en los términos copiados, es muy clara y apenas cabe observar que las fotografías aludidas tienen que ser aquellas mismas afrentosas y obscenas que se encuentran en el proceso y que sirvieron de fundamento para condenar, por el citado delito, al dicho señor Targa Abril.

Por último, el sujeto que figura en la conversación grabada con el nombre de Jaime, hace, a su turno, cargos al señor Targa Abril, como se puede apreciar en lo siguiente que se toma de la versión mecanográfica del contenido de la cinta:

"V. H. (doctor) Usted ha dicho antes que este hombre sí le hizo proposición para sacarle dinero a su mujer. Usted por qué no quiere explicar eso...

"V. H. (Jaime) Francamente doctor no explico eso... sería complicar a Enrique.

"V. H. (doctor) El hermano?

"V. H. (Jaime) Si, hermano mío.

"V. H. (doctor) Pero hombre qué tiene que ver Enrique con la conversación que ustedes tuvieron.

"V. H. (Jaime) Porque ellos dos sí se aliaron.

"V. H. (doctor) Ellos dos se aliaron, a entonces con usted no hubo nada pero el hermano, con el marido se aliaron para sacarle el dinero.

"V. H. (Jaime) Al ir yo a declarar esas cosas, entonces tendría que entrar a hacerle cargos a Enrique.

... ...

"V. H. (doctor) Bueno, pero su hermano aceptó o no la proposición.

"V. H. (Jaime) Tanto que le sacaron a Amparo $ 2.000.oo.

"V. H. (doctor) Así lo de los $ 2.000.oo, sacarle a Amparo $ 2.000.oo ya era una combinación entre su hermano y el marido.

"V. H. (Amparo) Y el marido, fue así.

"V. H. (Jaime) El marido.

"V. H. (doctor) Bueno y usted cómo sabe, se lo ha explicado su hermano.

"V. H. (Jaime) Porque... no señor, no es mi hermano. Porque él...

"V. H. (doctor) El marido.

"V. H. (Jaime) El marido le propuso a mi hermano, y al otro señor sin saber que Enrique era hermano mío, les propuso a ellos, o no les propuso directamente, sino que les dijo, pues, sino sabían quién, se podría hacer cargo de quitarme a mi del medio de Amparo. Con eso quiso decir pues que si había alguna persona, no, que hiciera algo contra mí, quiso decir que matarme o alguna cosa así. Entonces mi hermano le dijo que sí, que él sabía. Entonces fue mi hermano y me dijo a mí.

"V. H. (doctor) Bueno pero eso no, eso no es lo que hablamos, es decir...

"V. H. (Jaime) Un momentico. Al Enrique no aceptar lo que se iba a hacer contra mí porque no podía porque es hermano mío, es lógico que si él hubiera planteado cualquier problema para chantajear a Amparo, no había aceptado, porque Amparo no tenía que ver nada con él. Y creo que hasta Enrique no ha recibido más plata que el cheque de $ 300.oo

"V. H. (doctor) Así que usted cree que no le entregaron a su hermano los $ 700.oo.

"V. H. (Jaime) Creo que no.

"V. H. (doctor) Su hermano tiene que haberle dicho, que no ha recibido más... que esto, o él ha recibido más, tuvo que haberle dicho.

"V. H. (Jaime) No, no me dijo, me dijo estamos esperando, seguramente todavía no le habían quitado los $ 2.000.oo a la señora Amparo.

"V. H. (doctor) Aún no se le habían quitado los dos mil pesos.

"V. H. (Jaime). Seguramente no".

Como puede verse, el sujeto que figura en la conversación con el nombre de Jaime, aunque en forma reticente y evasiva, señala que su hermano Enrique estuvo aliado con el marido de la mujer de nombre Amparo, es decir, con el señor Targa Abril, para sacarle dinero, ilícitamente, a esa misma mujer. Más adelante aparece en la versión lo que sigue:

"V. H. (doctor) El problema es difícil si usted no aclara la situación, si usted no nos aclara la situación en este problema... esta mujer está en una situación muy difícil porque no puede demostrar la verdad. No puede demostrar que su marido estaba de acuerdo con su hermano para hacerle un chantaje a la esposa.

V. M. (Amparo) Sabiendo que es verdad que tu mismo dices que es así, que le propuso a Enrique.

V. H (Jaime) Es una cosa lógica, doctor. Si Enrique va y dice **yo me alié con el señor para quitarle $ 2.000.oo a la señora**, se va para la cárcel.

V. M. (Amparo) No porque él no dice que fue él, el que lo propuso, primero fue...

V. H. (Jaime) En cambio sí lo podría hacer yo, **yo podría decir el señor se alió con mi hermano, para quitarle esa plata a la señora Amparo**, búsquenlo, yo sé que no lo cogen.

V. H. (doctor) Bueno pues, si usted sabe esto, porque no lo dice usted al Juez.

V. H. (Jaime) Yo estoy diciendo que no lo voy a decir al Juez".

El tal Jaime, según puede verse en este otro aparte de la conversación grabada en la cinta magnetofónica, insiste en que su hermano Enrique tuvo como aliado al marido de doña Amparo para quitarle a ésta dinero. Y continúa la versión, un poco adelante, en esta forma:

"V. H. (doctor) Es decir el hermano que fue a ver al marido.

V. H. (Jaime) Sí el hermano que fue a ver al marido. Cuando el señor Targa fue al Monte Blanco a entrevistar a la señora Amparo él no tenía ni fotografías ni cartas.

V. M. (Amparo). Pero él me dijo que tenía las fotografías y demás.

V. H. (Jaime). El le pudo haber dicho, pero no las tenía. Enrique se fue de donde Daniel por ahí como a las seis o siete de la mañana. Es decir el **negocio lo hicieron con el señor Targa poco más o menos como entre diez y once de ese mismo día.**

V. M. (Amparo). Pero días antes le había, le habían mostrado pero no se las habían dado, sino.....

V. H. (Jaime) Bueno las fotografías, sí sabría... las hubieran mostrado. Se las habían podido mostrar... se las hubieran mostrado. Se las habían podido mostrar, las cartas no. Le hablarían de cartas porque sabían que existían las cartas, y que había la probabilidad de conseguirlas, pero esa noche que usted llegó..... él no tenía las cartas.

V. M. (Amparo). Ese día me dijo él que tenía las fotografías y las cartas. Que no las tuviera es distinto.

V. H. (Jaime). Bueno le hablarían de cartas a él porque tenían las probabilidades que las conseguían. Entonces cuando **ellos hicieron el negocio**, y tal, y yo no sé qué negocio harían, o **cómo sería la alianza en fin**, bueno. Entonces cuando Amparo, yo no sé cómo fue la cosa. Que no sé qué de unas cartas. Entonces yo me fuí a la casa a buscar las cartas, entonces Cecilia me dijo: las cartas las sacó Enrique..... directamente le dije,

V. H. (Doctor). Eso es lo importante, que es lo que le explicó Enrique. Qué combinación había entre el marido y Enrique.

V. H. (Jaime). Enrique me dijo esto. Me dijo hombre yo le llevé las cartas al señor Targa y unos retratos porque yo quiero que usted, se entregue a su señora, a sus hijos y tal, la señora Amparo no le conviene, esto por aquí, por allá. El no me dijo que le habían dado plata. El señor Targa fue el que me dijo que le había dado plata a él.

V. H. (Doctor). Bueno entonces si no le dijo que le había dado plata, cómo es que sí es testigo.

V. H. (Jaime). Porque después de que el señor Targa me dijo a mí entonces yo ya lo cogí, le dije hombre yo sé que a Uds. le dieron tanto. Entonces fue cuando él me dijo: ¿Y por qué lo sabe usted? Le dije: porque la señora Amparo me dijo a mí que el marido le había quitado $ 2.000.00. Me dijo: ¿le quitó $ 2.000.00? Le dije sí, le quitó $ 2.000.00. Ah! ahora voy a ver; sí voy hablar con él, que no es que, que sí sé cuando, a mí no me vienen a... machucar así, yo no sé cómo fue que dijo. Quiso decir, pues, no?, que le habían salido adelante, el señor Targa.

V. H. (Doctor). El señor Targa les había salido adelante en el chantaje.

V. H. (Jaime). Sí... Entonces... porque le iban a salir con un cheque chimbo, que yo no sé qué. Dijo lo tienen Martil. Dije le compró el cheque. Yo pensando con ese cheque no?, hacerle cualquier cosa al señor Targa, la intención mía, conseguir el cheque y no fue más. Entonces yo necesito hacerme al cheque, entonces ellos me trajeron el cheque... entonces vi un cheque firmado Targa no sé qué, cobrar el 20 no sé qué. Entonces le fui a dar a Enrique una plata y no me la quiso recibir por el cheque. No hombre coge...

V. H. (Doctor). ¿Pero le explicó su hermano la combinación que había entre los dos, entre él y el marido?

V. H. (Jaime) No, eso no... le había sacado el señor Targa los $ 2.000.00 a Amparo... espere haber si él es el que no sé qué y sí sé cuándo a mí no me vienen a... a... chantajear, yo no sé cómo quiso decir. El quiso decir, pues, que el señor Targa les había salido adelante a ellos. Me imagino yo no? Que debió... alianza allí, y ellos le facilitaron, pretextos para él sacar la plata y después repartir. El señor Targa no repartiría con ellos. Quiso coger todo y una cosa así. Porque yo hablé... Mire yo hablé con Enrique, le dije hombre después de que estuve aquí... La situación está así y así y así. Me dijo yo no me presento, si a mí me cogen voy y digo cómo son las cosas, pero yo no me presento".

De modo que, como puede verse, el tal Jaime que participa en la conversación, también formula cargos al señor Targa Abril, presentándolo, como paso a paso lo dice, en alianza con su hermano Enrique para arrebatar dineros, mediante un chantaje, a la señora Amparo que figura como interlocutora en la conversación grabada y como cónyuge del citado Targa Abril. En estos términos se concluye en que la cinta magnetofónica, en vez de proclamar la inocencia del predicho sujeto, la complica, por donde resulta que el recurso, aún aceptando que la cinta fuera prueba, no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NIEGA el recurso de revisión que fue interpuesto contra la sentencia de que se trató en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L.

Secretario.

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO QUE DETERMINA QUE SE CASE PARCIALMENTE UNA SENTENCIA RECAIDA EN UN PROCESO POR PECULADO, A EFECTO DE REDUCIR LA PENA IMPUESTA

1.—Aún en la hipótesis de que el arma permutada por el acusado no estuviese destinada al uso oficial del Juzgado, sino que constituyera o hubiera constituido elemento material de un proceso penal, por ejemplo, es evidente que también en tal calidad se hallaba bajo la custodia y responsabilidad del Juez, y que por tanto éste, al permutarla, violó el deber de probidad, traicionando el normal cumplimiento de sus funciones oficiales, nota característica, en la ley y en la doctrina, del delito de peculado.

2.—La disposición del artículo 429 del Código Penal que otorga una reducción de la pena cuando el responsable restituye antes de la sentencia de primera instancia el objeto que fue materia de la infracción o indemniza a la persona ofendida, se refiere de manera exclusiva a los "Delitos contra la Propiedad", contemplados en los Capítulos I a V del Título XIV, como lo expresa con toda claridad el mismo enunciado del capítulo en que tal disposición se contiene. Así que con referencia al peculado, por ejemplo, no tiene aplicación el citado artículo 429.

3.—Generalmente el peculado en su modalidad culposa requiere la intervención de un tercero que, aprovechando precisamente la conducta imprevisiva o negligente del funcionario o empleado público encargado de la custodia de los caudales o efectos que se le han confiado, se apropia de éstos o hace uso indebido de los mismos.

4.—Al analizar doctrinariamente la causal segunda de Casación, la Corte ha expresado en múltiples oportunidades el criterio de que la finalidad de aquélla consiste esencialmente en subsanar los ostensibles errores de hecho en que haya incurrido el juez ad-quem, pero que en manera alguna se enfrenta a producir un replanteamiento valorativo de pruebas ya analizadas o examinadas con un mínimo de buen juicio o sindéresis, porque ello equivaldría a sustituir académicamente un discernimiento por otro, desquiciando la autonomía conceptual del fallador de instancia.

5.—Al fijar la pena correspondiente al peculado cometido por el funcionario acusado, el fallador se negó a concederle la reducción que consagra el artículo 3º del Decreto 2858 de 1951. Adujo, como fundamento de su determinación, el hecho de que el acusado no restituyó el revólver por él recibido, sino la máquina de escribir que había permutado por el arma. Estima la Sala que el fallador incurrió en error y que, dadas las circunstancias especiales que rodean el caso en estudio, no se rompe la equidad inmanente en la norma citada, al apreciar la entrega de la máquina como un equivalente de la restitución específica. Esto no significa, sin embargo, que tal criterio deba aceptarse por vía general, sin discriminación alguna.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -- SALA DE CASACION PENAL. — Bogotá, ocho de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

El Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Buga, previos los trámites del Decreto 0012 de 1959, profirió sentencia condenatoria contra Raúl Viveros Pérez, como responsable del delito de peculado, imponiéndole la pena principal de dos (2) años de prisión, más las accesorias correspondientes, con fecha dieciseis de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve. Asimismo lo condenó, en abstracto, al pago de los perjuicios causados con la infracción.

El Tribunal Superior del referido Distrito confirmó lo resuelto por la instancia mediante fallo del 2 de febrero del año próximo pasado, decisión contra la cual el procesado interpuso el recurso extraordinario de casación.

Ante la Corte, Raúl Viveros Pérez constituyó apoderado al doctor Oscar E. Carvajal Navia, quien oportunamente formuló la demanda sobre cuyo mérito procede resolver, agotado como se halla el trámite del recurso.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Mediante Acuerdo número 2 del quince de enero de mil novecientos cincuenta y nueve, el Tribunal Superior del Distrito de Buga designó Juez Promiscuo Municipal de El Cairo, en calidad de interino, al señor Raúl Viveros Pérez, quien tomó posesión de dicho cargo el día 21 del mismo mes. Al posesionarse, el Juez Viveros Pérez recibió de su antecesor un revólver marca "Swey Wesson", calibre 38 largo, distinguido con el número 806421, que venía figurando en los anteriores inventarios con destino al uso del Juzgado. Posteriormente el Juez, por propia iniciativa y sin autorización legalmente válida, permutó el referido revólver por una máquina de escribir portátil, que tampoco pudo entregar a su sucesor, señor Marco Fidel Salamanca, cuando éste se posesionó del Juzgado Municipal de El Cairo, dando como explicación de tal conducta el hecho de tenerla en Tuluá, adonde se la había llevado para trabajar en asuntos relativos al Despacho. Más tarde y antes de proferirse en este proceso la sentencia de primera instancia, según consta al folio 102 v., cuaderno primero, del informativo, la envió al Juzgado del conocimiento.

Los anteriores hechos fueron investigados en virtud de denuncia presentada por el señor Carley Pulgarín Moreno, Personero Municipal de El Cairo, quien en escrito de fecha 19 de junio de 1959 (fls. 1 a 2) formuló, además, otros cargos contra el Juez Viveros Pérez, posiblemente configurativos de concusión o de cohecho. La investigación correspondió inicialmente al Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago y fue continuada y perfeccionada por el Juez 44 de Instrucción Criminal. Pasó luego el asunto al conocimiento del Juez Primero Superior de Buga, quien profirió la sentencia condenatoria ya citada, en la cual se ordenó al mismo tiempo expedir las copias pertinentes para averiguar las demás infracciones en que hubiera podido incurrir el sindicado, fallo que, recurrido, mereció la confirmación del superior.

LA DEMANDA

Para impugnar el fallo acusado, se invocan, en su orden, las contempladas en los numerales 4º, 1º y 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Pero la Sala, por razones de método, estudiará primero la cuarta y la segunda.

Causal 4ª

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Es tan confusa e incoherente la exposición de los motivos de cargo que la demanda plantea con respecto a esta causal, para armonizarlos con la nulidad supralegal que trata de demostrar, que el fallador se halla ante una difícil labor de interpretación, a fin de dilucidar cuál es el pensamiento que sobre la materia tiene el impugnador. Así, parece sostener el actor, en síntesis, lo siguiente:

a) Que en el caso de autos no se estableció si el revólver permutado por el Juez sindicado "pertenecía o no como arma oficial al Juzgado Municipal de El Cairo". "Con esta omisión, agrega el demandante, se violó el artículo 356 del C. de P.P., se menoscabaron los derechos de defensa de mi defendido por inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio penal, violación que incidió en el artículo 26 de la Constitución Nacional, ya que si se hubieran practicado esas diligencias, su situación jurídica se hubiera ampliamente mejorado, estructurándose posiblemente solamente (sic) una infracción de carácter administrativo".

b) Que tampoco se practicó la diligencia de avalúo del referido revólver, conforme al artículo 314 del C. de P.P., pretermitiéndose así "una

vital formalidad de procedimiento, lo cual implica, a su vez, una violación del artículo 26 de la Carta".

c) "La sentencia es violatoria de la ley procedimental en razón de que se violaron los artículos 5º, 7º y 1º del C. de P.P." y el "artículo 44 de la ley 153 de 1887 que ordena al juzgador aplicar la ley permisiva o favorable, de preferencia a la restrictiva o desfavorable", por lo cual también se violó el artículo 26 de la Constitución.

Y para precisar su pensamiento sobre el particular, expresa el demandante:

"En efecto, es norma más favorable al procesado la aplicación del artículo 429 del Código Penal que dice:

> 'Si antes de que se pronuncie sentencia de primera instancia, o antes del veredicto del jurado, si fuere el caso, el responsable restituye el objeto que fue materia de la infracción o indemniza a la persona ofendida de los perjuicios que se le hayan causado, la sanción se disminuirá de una sexta parte a la mitad'.

En otros términos: como en el expediente está demostrado que el procesado hizo entrega al Juez del conocimiento de la máquina que permutara por el revólver, la disposición aplicable es la que acaba de transcribirse. Y un poco adelante agrega el demandante:

"Siendo la norma anterior de rigurosa aplicación en el caso de mi defendido, los falladores tomaron como fundamento para su fallo el 'Decreto Extraordinario número 1851 de 1951 (diciembre 4)' (subrayo), conforme lo dice en su fallo visible en la parte final del folio 109 del informativo que nada tiene que ver con el delito de peculado. Como dicho fallo mereció la confirmación del Tribunal Superior hay que concluír que el Tribunal también se equivocó al citar una norma por otra. El Tribunal ha debido citar y fundamentar su fallo en el Decreto Extraordinario 1858 de 4 de septiembre de 1951, que fue el que modificó el artículo 151 del C. Penal en su artículo 3º y como juzgador de segunda instancia, estaba obligado a corregir cualquier error en que hubiera incurrido el inferior. 'Nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege' que son dos cánones de importancia fundamental en las leyes de procedimiento penal, se encuentran consignados en el artículo 1º del C. de P.P. (sic) y fueron preterm itidos por el juzgador de segunda instancia en el fallo proferido, factor que incide en menoscabo de sus derechos de defensa, violándose por tal motivo el artículo 26 de la Constitución Nacional, por olvido de las 'formalidades legales' que deben imperar en todos los juicios penales, por ausencia de la 'plenitud de formas' que la Carta Fundamental ordena se tengan en cuenta al privar de la libertad a un ciudadano".

d) Al negársele al procesado la solicitud que formulara para estudiar el proceso y preparar su defensa, durante el término previsto por el artículo 3º del Decreto 0012 de 1959, se violó el artículo 26 de la Constitución.

Se considera:

Ninguno de los motivos de impugnación apuntados contiene la eficacia necesaria para que la Corte tome la determinación prevista en la letra b) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal. En efecto:

En el informativo está sobradamente demostrado que el arma permutada por el Juez Viveros Pérez venía figurando en los inventarios entre los enseres del Juzgado Promíscuo Municipal de El Cairo. En la diligencia de inspección ocular practicada al referido Despacho el 4 de agosto de 1959 (fls. 46 a 47, cuaderno 1º), se lee lo siguiente:

"En el acta de Inventario por el cual se recibe el señor Raúl Viveros Pérez, levantada el 21 de enero de 1959, bajo el Título d) 'libros de la oficina, muebles y enseres', en la página 8, número 38, lo siguiente: '38.- Un revólver marca Swcy Wesson, calibre 38 largo, pavonado de negro, de seis recámaras, distinguido con la serie S. V. número 806421, destinado al uso del Juzgado Promíscuo Municipal de El Cairo (V.)'. Aparecen firmando esta diligencia el Juez saliente señor Pablo E. Huérfano C. el Juez que recibe, Raúl Viveros Pérez y el Secretario ad-hoc Luis Eduardo Giraldo".

Precisamente por ello el Juez Viveros Pérez, al hacer entrega del Juzgado a su sucesor, señor Marco Fidel Salamanca, el 11 de junio del citado año, hizo constar que el mencionado revólver lo había cambiado por "una máquina de escribir Wndervood (sic) tipo portátil, color gris, con su correspondiente estuche, la cual no entrega en estos momentos por tenerla en Tuluá' Y que la entregaría "oportunamente". (F. 47).

Por lo demás, el procesado, en su indagatoria, ratificó lo expresado en los documentos que acaban de mencionarse. (Fls. 65 a 68 v.).

Todo lo cual está corroborado por la decla-

ración del señor Pablo E. Huérfano Castro, persona que como encargado del Juzgado Municipal de El Cairo entregó el Despacho al Juez Viveros, y quien luego pasó a desempeñar las funciones de Secretario del mismo: "Como yo había hecho el inventario por el cual el señor Viveros entregaba y allí había anotado el revólver, el mismo señor Viveros me dijo que esa hoja la cambiara porque como el responsable de ese revólver era él que él sabría qué constancia iba a dejar sobre la no aparición del revólver". (Ff. 44 v.).

Pero aún en la hipótesis, no demostrada, de que el arma permutada por Viveros no estuviese destinada al uso oficial del Juzgado, sino que constituyera o hubiera constituido elemento material de un proceso penal, por ejemplo, es evidente que también en tal calidad se hallaba bajo la custodia y responsabilidad del Juez, y que por tanto éste, al permutarla, violó el deber de probidad, traicionando el normal cumplimiento de sus funciones oficiales, nota característica, en la ley y en la doctrina, del delito de peculado.

Menos entidad contiene el cargo consistente en haberse pretermitido el avalúo del revólver del cual dispuso el sindicado, porque si bien ello puede achacarse a una falta de diligencia del instructor, dista mucho de constituir el fundamento de una nulidad constitucional, "máxime si tal justiprecio para los fines de la evaluación de la pena, —como acertadamente lo expresa la Procuraduría en su contestación a la demanda— aparecía más que sobreentendido, ya que la cuantía del peculado está limitada por dos extremos: hasta tres mil pesos, la menor: y de tres mil pesos en adelante, la mayor". "Y se cae de su peso —anota asimismo el Procurador— que un revólver como el cuestionado, reputado, además, en caso alguno va a exceder de un valor de tres mil pesos, que por otra parte, favorece la causa del sindicado".

En cuanto al cargo consistente en que habiendo entregado el Juez Viveros Pérez la consabida máquina de escribir al Juzgado del conocimiento antes de proferirse la sentencia de primera instancia, no se aplicó al caso de autos el transcrito artículo 429 del Código Penal, norma más favorable al acusado que la contenida en el artículo 3º, inciso 2º, del Decreto número 1858 de 1951, violándose así, indirectamente, el artículo 26 de la Carta, basta observar que la disposición del artículo 429 se refiere de manera exclusiva a los "Delitos Contra la Propiedad", contemplados en los Capítulos I a V del Título XVI de aquella obra. El mismo enunciado del Capítulo VI de dicho Título, cuyo artículo inicial es precisamente el 429, lo está expresando con suma claridad: "Disposiciones comunes a los capítulos anteriores". El cargo, pues, carece de fundamento.

Luego el demandante anota que el Tribunal cometió el yerro de citar el "Decreto número 1851 de 1951 (diciembre 4)", en vez de aludir al Decreto número 1858 de 4 de septiembre del mismo año, que era el pertinente. Tal error, en verdad, es intrascendente, y bien pudiera denominarse un "lapsus calami". No puede formularse seriamente un cargo de tal naturaleza, desvertebrado el pensamiento que el fallador de segunda instancia ha plasmado a través de una determinada sentencia. Además, aunque se hubiese demostrado la importancia de ese motivo de impugnación, él no sería procedente con respecto a la causal cuarta. Y ocurre que, por otra parte, con el propósito de comunicarle entidad al argumento apoyado en el error de máquina apuntado, el recurrente incurre en una verdadera distorsión de las ideas. En efecto, a renglón seguido afirma: "El Tribunal ha debido citar y fundamentar su fallo en el Decreto Extraordinario 1858 de 4 de septiembre de 1951, que fue el que modificó el artículo 151 del C. Penal en su artículo 3º..." Ostensible contradicción, si se recuerda que ya antes había expresado que la disposición aplicable era la del artículo 429, por ser la más favorable.

Para refutar la tacha que atrás quedó consignada en el aparte d), la Sala estima suficientes las consideraciones de la Procuraduría sobre el particular:

"Siguiendo el curso de su libelo en el numeral tercero, trae algunos apartes de jurisprudencia de la H. Corte y afianzándose en ellas, sin correlación alguna, solicita la invalidación de la sentencia dizque por habérsele negado al sindicado detenido su comparecencia al Juzgado con la consiguiente ampliación de términos judiciales para hacer el estudio del expediente y proveer plenamente a su defensa. Es decir, que el recurrente halla como violatorio de la ley, que el Juez no se hubiera salido de los términos y procedimientos judiciales en aras de un capricho desproporcionado de un sindicado, manteniéndose dentro de los términos del artículo 3º del Decreto Nº 0012 de 1959 que era el aplicable; y que el sindicado no desaprovechó como lo demuestra el alegato que a pesar de la negativa pudo llegar a los autos a folios 91 y 95, que por otra parte, revela un buen conocimiento del negocio".

A lo anterior cabría agregar que el auto mediante el cual el Juez negó la aludida solicitud del procesado, lejos de constituir un acto arbitrario o caprichoso, se halla fundado en una prudente doctrina de la Corte, como puede verse al folio 90 vto. del informativo.

Causal 2ª

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

No obstante la falta de coherencia y de trabazón lógica que se advierte en los argumentos esgrimidos en la demanda para impugnar la sentencia acusada con fundamento en esta causal, lo cual deteriora, como es obvio, la eficacia demostrativa de los mismos, es posible, sin embargo, con un criterio de amplitud, deducir la finalidad de destacar que el Tribunal incurrió en el error de desestimar un hecho demostrado en el proceso: el de la entrega que el sindicado hizo de la máquina formulada, antes de proferirse la sentencia de primer grado.

En realidad, tal hecho está acreditado en el expediente con la atestación secretarial que obra al folio 102 vto. Por este aspecto, y sin que sean necesarias lucubraciones sobre el particular, el cargo debe prosperar.

Lo que sí no se advierte en el fallo acusado es error manifiesto sobre el factor doloso del peculado por el cual se condenó al Juez Viveros Pérez. El Tribunal, aunque sintéticamente, relaciona un conjunto de hechos, a los cuales se aludió al tratar de la causal cuarta, que confirman el aspecto intencional en el caso de autos y desplazan la hipótesis de un pretendido peculado culposo. Generalmente el peculado en su modalidad culposa requiere la intervención de un tercero que, aprovechando precisamente la conducta improvisiva o negligente del funcionario o empleado público encargado de la custodia de los caudales o efectos que se le han confiado, se apropia de éstos o hace uso indebido de los mismos.

En parecidos términos ha dicho la Corte al respecto en reiteradas oportunidades:

"De aquí dimana que tenga que existir, en casos como éstos, un vínculo de causalidad que úne a las dos personas por cuya actividad se produce el extravío o la pérdida de los efectos o caudales puestos bajo la custodia del funcionario negligente. Dicho vínculo debe surgir de que precisamente la culpa del funcionario es la que dé ocasión a que el delito se cumpla, puesto que sin el descuido, la negligencia o la imprevisión del funcionario, no habría podido realizarse el acto en virtud del cual se cometiera la defraudación". (Autos de 21 de octubre de 1948, LXV, 165, y de 26 de enero de 1951; sentencia de agósto 11 de 1951, LXX, 161).

En el proceso no existe asidero alguno para considerar, siquiera como probable, el supuesto de un peculado culposo. Y, por el contrario, las pruebas examinadas en la sentencia recurrida, demuestran muy fundadamente la presencia del elemento intencional en la conducta del agente activo de la infracción.

Al analizar doctrinariamente la causal segunda de Casación, la Corte ha expresado en múltiples oportunidades el criterio de que la finalidad de aquélla consiste esencialmente en subsanar los ostensibles errores de hecho en que haya incurrido el juez ad-quem, pero que en manera alguna se endereza a producir un replanteamiento valorativo de pruebas ya analizadas o examinadas con un mínimo de buen juicio o sindéresis, porque ello equivaldría a sustituir académicamente un discernimiento por otro, desquiciando la autonomía conceptual del fallador de instancia.

Así, con innegable poder de síntesis expresaba esta Corporación en fallo del 21 de mayo de 1956:

"La causal segunda de casación no se encamina a que la Corte, en un caso concreto, emprenda el estudio de todas las pruebas del proceso para decidir si está o no demostrado el cuerpo del delito, o la responsabilidad del, incriminado, o las circunstancias modificadoras que hayan influido en la individualización de la pena. Ello es tarea propia de los juzgadores de instancia. Lo que dicha causal permite en este recurso extraordinario es examinar si el Tribunal, al apreciar las pruebas, incurrió en un yerro extremo y evidente que lo llevó a dar por establecido un hecho que no sucedió, o a negar la existencia del que sí acaeció, o a no tomar en cuenta otro que se halla acreditado en los autos; o también cuando a los elementos de convicción les atribuyó un valor probatorio que la ley no les dá, o les desconoció el que ésta les asigna". (Casación de José Guillermo Suárez, G. J. Tomo LXXXII, pág. 650).

Causal 1ª.—Violación de la ley penal.

Aunque el demandante mezcla aquí motivos de impugnación cuya improcedencia con respecto a la causal primera es manifiesta, también con un sentido de amplitud es posible deducir que el pensamiento cardinal del apoderado quedó consig-

nado de la siguiente manera: "Como está suficientemente demostrado el H. Tribunal aplicó indebidamente la ley sustantiva por error al citar el Decreto Extraordinario 1851. La disposición aplicable al caso de autos vendría a ser el Decreto 1858 del 4 de diciembre de 1951".

Ya dentro del aparte relativo a la causal cuarta se expresó que la equivocación consistente en el cambio de número del Decreto aludido carece de importancia, porque del contexto general del fallo impugnado surge con absoluta nitidez que el decreto al cual evidentemente quiso referirse el Tribunal fue el número 1.858 de 1951. Una solución contraria equivaldría a sacrificar el auténtico pensamiento del juzgador ad-quem en aras de un error mecánico, lo que sería irrito y absurdo. Patente, pues, la invalidez de tal reparo y apareciendo claro que el Tribunal no quiso referirse sino al Decreto 1858 de 1951, y concretamente a su artículo 3º, preciso es aceptar que aquella corporación incurrió en el error de derecho de no hacer la reducción de pena que tal disposición autoriza, yerro que a su vez dimana de no haber tomado en cuenta el hecho demostrado de la entrega de la máquina permutada por el Juez incriminado. Es cierto que el Tribunal, compartiendo el criterio del Juez a-quo sobre el particular, se abstuvo de reconocer esa circunstancia atenuante con apoyo en la consideración de que no hubo verdadera devolución del arma permutada, pero la Sala estima que, dadas las características especiales o sui generis que rodean el caso subjudice, no se rompe la equidad inmanente en la norma citada al apreciar la entrega de la máquina como un equivalente de la restitución específica, lo cual no significa que tal criterio deba aceptarse por vía general, sin discriminación alguna. Prospera, pues, el motivo de impugnación por este aspecto.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de analizar y refutar, a la luz de las causales alegadas, los cargos que la demanda comporta, concluye su respuesta con los siguientes conceptos:

"Como se deja expresado en los comentarios que se han hecho alrededor de cada una de las causales alegadas por el recurrente, no se han esgrimido argumentos valederos para infirmar la sentencia, por lo cual debe mantenerse su vigencia total. Y en lo tocante a las peticiones finales agrupadas en el mote de CONCLUSIONES carecen de toda procedencia en el recurso, ya que el otorgamiento de la condena condicional es una facultad privativa del Juzgador de instancia, inseparable de la sentencia y obedece a la convicción íntima del Juez adquirida mediante un proceso de evaluación subjetiva de éste sobre determinadas circunstancias, cuyo justiprecio no puede salirse de la órbita de su poder soberano".

Consecuentemente, solicita de la Corte "se sirva NO CASAR la sentencia".

Como puede observarse, la Sala comparte, en lo substancial, la opinión del señor Procurador, inclusive en cuanto se refiere a la solicitud de la condena condicional. Discrepa sólo del distinguido colaborador en lo atinente a los yerros de hecho y de derecho que fueron señalados con oportunidad del estudio de las causales segunda y primera, pues mientras el señor Agente del Ministerio Público no los halló suficientemente demostrados por el recurrente, la Corte ha creído encontrar en la demanda el soporte dialéctico necesario para fundar y hacer viable una invalidación parcial del fallo recurrido. Así, la pena de dos años de prisión impuesta al procesado en la sentencia impugnada se reducirá en una tercera parte, conforme al artículo 3º, inciso 2º, del Decreto Extraordinario número 1.858 de 1951.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto de la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA parcialmente la sentencia acusada del Tribunal Superior de Buga, a efecto de reducir a un (1) año cuatro (4) meses de prisión la pena privativa de la libertad impuesta al procesado Raúl Viveros Pérez. Las sanciones accesorias que entrañen duración quedan reducidas al referido lapso.

Como el responsable ha satisfecho en detención

preventiva la pena aquí señalada, ORDENASE su libertad incondicional. Dése aviso telegráfico al Director de la Penitenciaría Nacional de Palmira, con las advertencias de rigor.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

INUTIL IMPUGNACION CONTRA UNA SENTENCIA CONDENATORIA RECAIDA EN PROCESO POR HOMICIDIO CON INTERVENCION DE JURADO

En sentencia de 3 de noviembre de 1944 dijo la Corte lo siguiente: "Por dos razones no es pertinente en los juicios en que interviene el jurado la causal segunda de casación: la primera, porque el jurado es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso, según su íntima convicción; y la segunda, porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrado como causal de casación, según lo dejó establecido la comisión redactora del Código de Procedimiento Penal. Es éste, por tanto, un problema de estudio exclusivo de las instancias".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL — Bogotá, marzo trece de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

VISTOS:

Cumplida la tramitación correspondiente, procede la Sala a resolver sobre el recurso de casación interpuesto por el procesado Rafael Castellanos contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 22 de junio de 1960, por la cual, al confirmar la de primera instancia del Juzgado 2º Superior de esta misma ciudad, le impuso la pena de ocho (8) años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio consumado en la persona de Adelio Bustos Fajardo.

HECHOS Y DESARROLLO DEL PROCESO

Se desprende del informativo que Rafael Castellanos residía, para la época en que ocurrieron los hechos porque fue condenado, en la vereda de "La Agüita" de la jurisdicción municipal de Palmé (Cundinamarca).

El día 9 de septiembre de 1958, luego de concluídas, en la tarde, sus labores agrícolas, regresó Castellanos con su esposa y sus hijas Lilia y Elisabeth a su casa de habitación, en donde maltrató de obra a estas últimas por haberse demorado en el camino.

Hallando acudido Bustos Fajardo, novio de Lilia y con quien había acordado contraer matrimonio en el mes de diciembre siguiente, pidió a Castellanos que no siguiera castigando a las nombradas, pues el retardo en llegar a la casa se debió únicamente a que habían entrado a la de Bustos a tomar un poco de "guarapo".

Por esta única intervención de Adelio en el incidente familiar de Castellanos, éste desenfundó su revólver y le hizo varios disparos a aquél, uno de los cuales hirió a Bustos en la cabeza, ocasionándole inmediatamente la muerte, de acuerdo con lo que declaran varios testigos.

Rafael Castellanos, en su declaración de inquirir, confiesa haber disparado su revólver contra Adelio Bustos, de quien dice que "inmediatamente dio una vuelta y cayó". Pero alega que lo hizo porque aquél lo agarró del cuello o intentó sacar un revólver. Sin embargo, esta última parte de la versión dada por el procesado no tuvo confirmación alguna en el informativo, ni siquiera en lo declarado por los familiares de Castellanos.

Llamado a juicio Rafael Castellanos, a los jueces de conciencia les fue propuesto el siguiente cuestionario:

"Cuestión única.—¿El acusado Rafael Castellanos, mayor de edad y demás (sic) condiciones civiles y personales consignadas en el auto de proceder, es responsable de haber ocasionado la

muerte a Adelio Bustos Fajardo, con intención de matar y obrando con alevosía, según hechos realizados el día nueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), en la vereda de Tudela (sic), municipio de Paime, en este Distrito Judicial?".

Y terminada la audiencia pública, el Jurado contestó que Castellanos "sí es culpable de homicidio voluntario, sin alevosía. Aclaramos: responsable".

Con fundamento en este veredicto el Juzgado 2º Superior, mediante fallo de 22 de octubre de 1959, condenó a Rafael Castellanos a la pena principal de ocho (8) años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, providencia que fue confirmada por la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, objeto del recurso.

LA DEMANDA DE CASACION

Afirma el demandante que "los falladores de instancia violaron en forma directa los artículos 255 del C. de P. P., en concordancia con los artículos 28 y 362 del Código Penal, así como el artículo 25 ,ordinal 2º, de la misma obra".

Y luego de un examen de las pruebas de cargo, a las que hace diferentes tachas, expresa que "un sereno examen de la cuestión nos llevará a la inequívoca deducción de que Rafael Castellanos actuó en legítima defensa subjetiva de la vida, en legítima defensa objetiva del honor de su hija Lilia, y en un estado agudo de ira justa, por la imprudencia de la hija y la intolerable intromisión del occiso en el seno de su hogar, a recriminarlo por un acto que como padre estaba cumpliendo".

Agrega que el veredicto "ha debido concluir en la no responsabilidad, por falta de pruebas, o por haber actuado en legítima defensa..." Rafael Castellanos.

Para terminar, anota el recurrente lo que pasa a transcribirse:

"El veredicto fue injusto conforme a las anteriores anotaciones. Todavía hubiese podido aceptarse un veredicto que reconociera responsabilidad, pero en el grado atenuante de la ira justa, por grave provocación. Sobre este particular nadie puede excusar la omisión de este reconocimiento. Está gráficamente demostrado el estado de ira. Las mismas mujeres que combatieron a Rafael no pudieron negar este estado del alma de su esposo y padre. El estado de ira y la justicia de ella, están plenamente demostrados en los autos.

"El veredicto ha sido notoriamente injusto, y es menester que se produzca un nuevo jurado. Pero como el artículo 567 no acepta como argumento para casación el hecho de que el veredicto sea contrevidente, es menester condicionar la demanda de casación al numeral 2º de dicho artículo, que reza: '2º Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

Seguramente al observar el demandante que la declaración de que el veredicto de los jueces de conciencia es contrario a la evidencia de los hechos, no es materia del recurso de casación, sino de las instancias, acepta que "sólo puede sustentarse la demanda de casación en la previsión atrás transcrita...", (esto es, la causal 2ª del artículo 567 del C. de P. P.).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Estima el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que no es del caso invalidar la sentencia objeto del recurso, pues, de una parte, las supuestas violaciones de la Ley Penal no "pasan de ser una afirmación gratuita" del demandante, y, de otra, "el recurrente no echó de ver que la causal segunda a que alude el artículo 567 del C. de P. P., conforme a reiteradísima jurisprudencia de la H. Corte, no es admisible cuando se trata, como en el presente caso, de un juicio en que interviene el jurado".

Para resolver se considera:

El Juez de derecho se ajustó, en este proceso, al veredicto de los jueces de conciencia, quienes no reconocieron ni la eximente de responsabilidad penal a que se refiere el ordinal 2º del artículo 25 del C. P., ni la atenuante señalada en el artículo 28 de la misma obra. El cargo, pues, de que en el fallo recurrido se violaron las disposiciones citadas no resulta demostrado por el demandante.

Igualmente, como lo anota el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, la causal 2ª de casación no procede en los juicios en qué interviene el Jurado, como en numerosas oportunidades lo ha afirmado esta Sala.

"Por dos razones...", dice la Corte en sentencia de 3 de noviembre de 1944 (G. J. Tº LVIII, pág. 289)... "no es pertinente en los juicios en que interviene el jurado la causal segunda de casación: la primera, porque el Jurado es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso, según su íntima convicción; y la segunda, porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrado como causal de casación, según lo dejó establecido la comisión redactora del nuevo Código de Procedimiento. Es éste, por tanto, un problema de estudio exclusivo de las instancias".

* * *

Por lo expuesto, la Corte —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia a que se ha hecho mérito en este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Bogotá.

Primitivo Vergara Crespo .— Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

A CAUSA DEL INDEBIDO PLANTEAMIENTO E IRREGULAR TRAMITACION DE UN INCIDENTE DE COLISION DE COMPETENCIAS, LA CORTE SE ABSTIENE DE DIRIMIRLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL — Bogotá, marzo trece de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

VISTOS:

El Juez Primero Superior de Pasto, en providencia del cuatro de febrero del presente año, resolvió enviar el proceso que se adelanta contra Fernando García Cáceres por "falsedad en documentos", a la Corte Suprema, para que esta entidad dirima una colisión negativa de competencia que aquel funcionario considera le ha planteado al Tribunal Superior de Bogotá.

ANTECEDENTES

Dio origen a este proceso contra García Cáceres, el hecho de haberle sido encontrado en su poder, cuando fue capturado en la ciudad de Guayaquil, por figurar asimismo complicado en el negocio llamado "del 5 y 6", la cédula de ciudadanía número 4256407 expedida en Bogotá a nombre de Claudio Chivita Bernal, con la fotografía de aquél y una tarjeta de turismo expedida en Ipiales, por el Cónsul del Ecuador, también a nombre de Chivita Bernal y firmada como viajero por éste, pero con la fotografía de García Cáceres.

La investigación la inició el Juez Quinto de Instrucción Criminal del "SIC." en esta ciudad; el 24 de enero de 1957 y fue perfeccionada por el Juez Segundo de Instrucción Criminal, como comisionado del Juez Quinto Superior de Bogotá, a quien le correspondió el conocimiento de este negocio, por reparto.

Este último Juzgado, después de cerrar la investigación, por auto del 1º de julio de 1957, y de recibir el concepto de su colaborador Fiscal, por providencia del 22 de agosto del mismo año, abrió causa criminal contra Fernando García Cáceres "por el delito de falsedad en documentos públicos" y por el específicamente contemplado en el artículo 245 del C. P.

Además, por auto del 30 de agosto de 1957, el Juez del conocimiento concedió al sindicado García Cáceres el beneficio de libertad provisional.

Contra estas dos últimas providencias, por no estar de acuerdo con la calificación específica hecha por el Juez Quinto Superior, interpuso recurso de alzada el Fiscal de este Juzgado y el recurso fue concedido por providencia del 9 de noviembre de 1957.

El Tribunal Superior de Bogotá, por auto del 12 de septiembre del año pasado, acogiendo la solicitud del Fiscal 4º del Tribunal, resolvió:

Declarar nulo todo lo actuado en el proceso a partir del auto mediante el cual el Juzgado declaró cerrada la investigación; abstenerse de conocer de los recursos de apelación referidos; y enviar el negocio al Juez Superior del Distrito Judicial de Pasto, por razón de competencia, por conducto del mismo Juzgado Quinto de Bogotá.

El Tribunal decidió declarar la nulidad de lo actuado, a partir del auto en que el Juzgado Quinto Superior de Bogotá cerró la investigación, por estimar que se presentaba la causal de nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 198 del C. de P. P. debido a que los hechos admitidos por el sindicado García Cáceres indicaban que no fue en Bogotá en donde éste alteró la cédula de Claudio Chivita, y que nada señalaba que aquél hubiese hecho uso de ese documento en Bogotá o en alguna parte correspondiente al Dis-

trito Judicial de esta ciudad "y que todo parece indicar que García Cáceres pudo haberlo empleado al sacar la tarjeta de turismo, en la ciudad de Ipiales, perteneciente al Distrito Judicial de Pasto, lo cual obliga a suponer (dice el Tribunal), que fue en dicha ciudad en donde se verificó la alteración del documento de identidad referido".

El Juez Quinto Superior de Bogotá, en cumplimiento a lo resuelto por el Tribunal Superior de Bogotá, por auto del 23 de septiembre de 1960, remitió el sumario al reparto de los señores Jueces Superiores del Distrito Judicial de Pasto.

El Juez Primero Superior de Pasto, a quien le correspondió el conocimiento del negocio, por reparto, por auto de' 19 de octubre de 1960, declaró nuevamente cerrada la investigación y dispuso pasar el negocio, para concepto de fondo, a su colaborador Fiscal, el que, en su vista, conceptuó que "del estudio detenido de los autos cabe la observación de que no es el Juez Superior de Pasto el competente para conocer del negocio, y que en consecuencia, el Fiscal ha de abstenerse de emitir el ameritado concepto". El Fiscal agregaba que "No queda más que regresar el asunto al Juzgado 5º Superior de Bogotá, para que, de no aceptar tan obvias razones, pase el sumario ante la Corte Suprema de Justicia para que dirima la cuestión de competencia", considerando, en consecuencia, que la colisión debía promoverla el Juzgado Superior de Pasto, en sentido negativo, al Juez 5º Superior de Bogotá.

El Juez Primero Superior de Pasto, aunque estuvo de acuerdo con su colaborador Fiscal en que la competencia para conocer de este asunto correspondía a los Jueces Superiores de Bogotá, resolvió enviar el negocio directamente a esta Corporación, en lugar de proponer primero la colisión de competencia al Juez 5º Superior de Bogotá, como se lo había pedido su Fiscal, estimando que así planteaba adecuadamente una colisión de competencia negativa que debía decidir esta Corporación, con el Tribunal Superior de Bogotá.

Además, el Juez Primero Superior de Pasto, en la misma providencia del cuatro de febrero de este año, en que resolvió enviar el proceso a la Corte, revocó oficiosamente, el auto del 19 de octubre de 1960, que ya se encontraba ejecutoriado, por el cual había declarado nuevamente cerrada la investigación.

Se considera:

Estima la Sala que la colisión de competencia negativa que el Juez 1º Superior de Pasto ha pretendido plantear en este asunto al Tribunal Superior de Bogotá, ha sido propuesta en forma completamente inadecuada, por las razones siguientes:

Porque el Tribunal Superior de Bogotá, al declarar la nulidad en este proceso, a partir del auto del 1º de julio de 1957, por medio del cual el Juez Quinto Superior de Bogotá declaró cerrada la investigación, retrotrajo la actuación a la etapa sumarial y dejó, en consecuencia, sin validez alguna todo lo actuado desde dicho auto, quedando, por lo tanto, sin valor entre otros actos procesales, el auto de proceder del 22 de agosto de 1957 y el auto del 30 de agosto del mismo año, por medio del cual se concedió la libertad provisional al sindicado García Cáceres, providencias éstas que fueron objeto de las apelaciones otorgadas, por medio del auto del 9 de noviembre de 1959, que también quedó sin valor por efecto de la nulidad decretada.

Ahora bien, la providencia por medio de la cual el Tribunal declaró nulo todo lo actuado en este proceso, quedó ejecutoriada antes de enviarse el negocio al Juez Primero Superior de Pasto, y por ello dicha nulidad ya no puede sanearse ni revalidarse lo anulado, ni por el mismo Tribunal de Bogotá ni por esta Sala.

De lo dicho se sigue que si la Corte resolviera dirimir la colisión de competencia negativa, en la forma en que le ha propuesto el Juez Primero Superior de Pasto al Tribunal de Bogotá, en el sentido de que esta entidad es la competente, se llegaría al absurdo de obligar a que dicho Tribunal entrara a resolver las apelaciones que no decidió de unas providencias que quedaron sin validez alguna, cuales son el auto de proceder y el que concedió la libertad provisional al sindicado, proferidas por el Juez Quinto Superior de Bogotá.

En otros términos, el Tribunal Superior de Bogotá, por efecto de la nulidad por él declarada, carece ya de toda posible competencia para conocer de las apelaciones de unas providencias que perdieron toda eficacia, como consecuencia de la declaratoria de dicha nulidad.

Por lo tanto, si el Juez Primero Superior de Pasto insiste en considerar que este negocio no es de su competencia sino de la de los Jueces Su-

periores de Bogotá, debe principiar, como se lo solicitó su colaborador Fiscal, por provocar la colisión al Juez Quinto Superior de Bogotá, que fue a quien le correspondió primeramente, por reparto, el conocimiento de este negocio, y no plantear una colisión, en la forma que ha pretendido hacerlo, al Tribunal Superior de Bogotá.

Solamente en el caso de que el Juez Superior de Pasto le provoque la colisión de competencia al Juez 5º Superior de Bogotá, y éste no esté de acuerdo con aquél, se plantería una colisión que sí le correspondería dirimir a esta Sala, por tratarse de Juzgados pertenecientes a distintos distritos judiciales.

En consecuencia, esta Sala deberá abstenerse de dirimir una colisión de competencia, que como se ha visto, ha sido planteada en forma inadmisible, dado el estado actual en que se encuentra el proceso, por efecto de la nulidad declarada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE DE DIRIMIR la colisión de competencia negativa propuesta por el Juez Primero Superior de Pasto al Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Juzgado de origen.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.



INVALIDEZ DE LA SENTENCIA CONDENATORIA ACUSADA, POR HABER RECAIDO EN UN PROCESO, POR HOMICIDIO, VICIADO DE NULIDAD CONSTITUCIONAL, A CAUSA DE LA INDEBIDA APLICACION DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL DECRETO 0012 DE 1959

Nítido planteamiento de la Sala sobre la irretroactividad de la ley procesal desfavorable al reo.

1.—El texto del artículo 26 de la Constitución Nacional, el artículo 5º del Código de Procedimiento Penal y el 44 de la Ley 153 de 1887 en una forma categórica consagran y reiteran el canon de la retroactividad de la ley permisiva o favorable en materia penal y, por lo tanto y a contrario sensu, el canon de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable. Pero debe observarse que ni el texto constitucional, ni los textos legales citados, hacen distinción alguna entre leyes sustantivas o adjetivas ni procesales.

2.—Existe una generalizada tendencia a suponer que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en cuanto dispone que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir", restringe o limita el canon constitucional de la retroactividad de la ley penal más favorable y, por tanto, el de la no retroactividad de la restrictiva, únicamente al campo de las leyes penales sustantivas: que por consiguiente, las leyes procesales, aunque sean más desfavorables que la ley anterior, tienen efecto inmediato aun sobre hechos ilícitos cometidos con anterioridad a su vigencia. Pretender darle este alcance al citado artículo de la Ley 153, equivale, desde luego, a darle una aplicación preferente a un texto legal sobre un precepto constitucional, como es el artículo 26 de la Carta.

3.—El procedimiento que consagra el Decreto 0012 de 1959 restringió, en forma notoria y grave, los medios de defensa consagrados en la legislación procesal anterior, la cual estaba vigente todavía cuando se cometió el hecho por el cual se juzgó y condenó al sujeto sindicado en estos autos. Síguese de lo dicho que al aplicarse, como se aplicó, a este proceso una ley desfavorable y restrictiva, como lo es el Decreto mencionado, posterior al delito que dio origen a la investigación, se violó lo dispuesto y consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

4.—Es preciso tener en cuenta la diferencia fundamental que existe, en cuanto a sus efectos, entre la acción de inexequibilidad, consagrada por el artículo 214 de la Carta, acción que es la que compete privativamente a la Corte en Pleno, y la excepción de inconstitucionalidad, establecida en el artículo siguiente, excepción que no solamente puede ser reconocida por cualquiera de las Salas de la Corte, sino por cualquier Juez de la República, sin que ello entrañe usurpación de la jurisdicción privativa de la Corte Plena.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL Bogotá, marzo catorce de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

VISTOS:

Procede esta Sala a resolver el recurso de casación sustentado por el doctor Omar Valencia Aristizábal, en su calidad de apoderado de Bernardo Monsalve Carmona, contra la sentencia de segunda instancia de fecha veintiseis de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, proferida por el Tribunal Superior de Manizales, fallo en el que se condenó al citado procesado a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias de rigor como responsable del homicidio consumado en Reinaldo Hincapié.

ANTECEDENTES

Los hechos que originaron este proceso los relata el Tribunal de Manizales de la manera siguiente:

"José Reinaldo Hincapié fue muerto de un disparo de pistola en la noche del sábado siete de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete, en la ciudad de Santa Rosa de Cabal, en una taberna situada frente a la estación del ferrocarril. Quien resultó occiso, venía sosteniendo relaciones carnales con Isabel Ruiz Osorio (alias "Chaba"), la que en tiempo anterior fuera concubina de Bernardo Monsalve. Este la había abandonado cuando dicha mujer se hallaba en el quinto mes de embarazo, y fue entonces cuando vinieron las relaciones de ella con Hincapié. Tales circunstancias parece que fueron las que indispusieron a Bernardo para cobrar grave aversión contra Reinaldo. En todo caso, este último iba —en la noche de los hechos— acompañado por Alberto Rodas, y al cruzar por cierto pasillo o zaguán, vio que la nombrada mujer y Monsalve estaban conversando. Les dirigió la palabra —dice un testigo presencial que por chanza o broma—, diciéndoles: "allí los veo, no?" Por esto nada más, con arranque de indignación, Monsalve contestó: "Sí, hijueputa". Luego, con la misma actitud de palabras se operó el siguiente diálogo: HINCAPIE: Hijueputa quién? MONSALVE: Ve, Reinaldo: tratás con Bernardo Monsalve. HINCAPIE: —Eso sí. No se equivoque, pues. La incidencia por el momento quedó cancelada, y en seguida Hincapié y su compañero (Rodas) entraron a la cantina, que es a continuación. Después de haber tomado una cerveza, Reinaldo se levantó del asiento, en vía de ir al retrete u orinal; pero como dicho servicio funciona en uno de los extremos de cierto pasillo o corredor adyacente, tuvo ocasión de quedar otra vez a la vista del adversaro. Cruzaron nuevas palabras, y fue entonces cuando Monsalve, sacando una pistola, disparó. Herido de muerte el señor Hincapié, alcanzó a dar unos pocos pasos y cayó agonizante. Después de algunos minutos se presentó al lugar el señor Inspector Primero de Policía, quien practicó la diligencia de levantamiento del cadáver".

Iniciada y perfeccionada la investigación por el Inspector Primero de Policía Municipal de Santa Rosa de Cabal, el Juez Segundo Superior de Manizales, la declaró cerrada y dispuso correr traslado al Fiscal para que emitiera concepto, por auto del 27 de noviembre de 1958 (f. 4, cuaderno 1º).

Rendido el concepto fiscal, el Juzgado del conocimiento, en providencia del 13 de julio de 1959, dispuso poner el negocio a disposición de las partes por el término de tres días, para alegar, dándole así aplicación inmediata al Decreto Extraordinario 0012 de junio 4 del mismo año. Se advierte que cuando el Juez dictó esa providencia, el negocio se encontraba a su despacho para la calificación del sumario estando ya vencido el término legal para dicho efecto.

El Juzgado Segundo Superior de Manizales, en sentencia de fecha 17 de agosto de 1959, condenó al sindicado Bernardo Monsalve a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias del caso. Contra este fallo interpuso apelación el defensor de Monsalve. Al conocer del recurso el Tribunal ordenó poner el proceso, por tres días, a disposición de las partes, en la Secretaría, para que manifestaran si tenían pruebas por pedir. Vencido este término y presentados, tanto por el Fiscal 2º del Tribunal, como por el defensor, las alegaciones correspondientes, fue dictada la sentencia de segunda instancia, objeto del recurso de casación, por medio de la cual se confirmó la proferida por el Juez de primera instancia.

DEMANDA DE CASACION

El señor apoderado de Monsalve Carmona presentó la correspondiente demanda de casación dentro del término legal, la que reúne las condi-

ciones legales aplicables y se ajusta, por lo tanto, a la técnica procesal de este recurso extraordinario. En dicha demanda se invoca como única causal la cuarta de las autorizadas por el artículo 567 del C. de P. P., es decir, por ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Con fundamento en la causal invocada formula el cargo siguiente:

"Se violó el precepto contenido en el artículo transcrito (26 de la Constitución Nacional) ya que habiéndose sucedido el hecho el día 7 de diciembre de 1957, se juzgó y condenó con arreglo a una legislación posterior, la contenida en el Decreto 0012 de 4 de junio de 1959, lo cual origina irremediablemente una nulidad sustancial en el proceso, desde el auto que dio comienzo a la indebida aplicación de la ley".

Para demostrar este cargo, el recurrente analiza cómo el Decreto 0012, lejos de ser favorable al procesado, es, por el contrario, restrictivo y desfavorable a quienes se les aplique el procedimiento en él establecido, "pues les restringe hasta tal punto el derecho de defensa, que prácticamente éste desaparece y se niega por completo".

CONCEPTO DEL MINISTERIO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, a quien correspondió llevar la voz del Ministerio Público en este asunto, después de un detenido estudio de la demanda concluye que el cargo único formulado a la sentencia no ha sido demostrado, y que, en consecuencia, no puede prosperar la causal invocada. En la debida oportunidad la Sala se ocupará de las réplicas contenidas en el concepto del colaborador Fiscal.

CAUSAL CUARTA

Como se ha visto, para sustentar la única causal invocada para impugnar la sentencia acusada, el demandante afirma que se incurrió en una nulidad constitucional, deducida de lo dispuesto en el artículo 26 de la Carta, por cuanto se juzgó y condenó al acusado de acuerdo con el procedimiento establecido en el Decreto Extraordinario 0012 de 4 de junio de 1959, posterior al hecho imputado y a la iniciación del proceso, y por ser dicho Decreto restrictivo y desfavorable en relación con la ley vigente en el momento en que el delito se consumó.

Para demostrar su tesis el recurrente razona de la manera siguiente:

"Es sabido que la violación de normas fundamentales de procedimiento acarrea la nulidad de lo actuado a partir del instante procesal en que se produjo la violación. Naturalmente, no es todo desconocimiento o violación de la ley procedimental la que produce irremisiblemente una nulidad en el proceso penal, pues la ley ha señalado concreta y taxativamente las causales en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal. Además, hay nulidades constitucionales que deben reconocerse: 'Las nulidades constitucionales deducidas de lo dispuesto por el artículo 26 de la Constitución Nacional, aunque no se hallan consagradas en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, deben reconocerse y declararse cuando existan". (Sentencia, 5 de diciembre de 1945, LIX, 1.022).

"¿Cuál fue la ley procedimental violada que determinó la nulidad del juicio en el caso que nos ocupa? Especialmente la contenida en el artículo 26 de la Constitución Nacional, expresión o síntesis de los dos cánones fundamentales, universales e inviolables relativos al procedimiento 'NEMO JUDEX SINE LEGE' y 'NEMO DAMNATUR NISI PER LEGALE JUDICIUM', pues establece que "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

"Se violó el precepto contenido en el artículo transcrito, ya que habiéndose sucedido el hecho el día 7 de diciembre de 1957, se juzgó y condenó con arreglo a una legislación posterior, la contenida en el Decreto número 0012 de 4 de junio de 1959, lo cual origina irremediablemente una nulidad sustancial en el proceso, desde el auto que dio comienzo a la indebida aplicación de la ley posterior.

"Ha dicho la H. Corte: 'según los principios generales que en Colombia están aceptados y promulgados por los artículos 26 de la Constitución, 43 a 45 de la Ley 153 de 1887, 1º y 3º del C. P. y 5º del Código de Procedimiento Penal, constituye nulidad sustancial en el procedimiento penal el hecho de llamar a juicio a un sindicado y seguir causa con aplicación de leyes posteriores al delito y a la iniciación del proceso. Los mandatos de la Constitución no pueden ser normas muertas o ineficaces de los derechos fundamentales de la

persona humana —dijo la Corte en ocasión anterior— y agregó: por algo ha establecido el legislador que en los procesos penales será motivo de casación la ocurrencia de una nulidad sustancial en procedimiento. Y si hay un vicio de nulidad que pueda llamarse **sustancial**, esto es, que afecte la sustancia misma del procedimiento, es el de haberse tramitado éste de acuerdo con una ley que, por mandato constitucional, no podía aplicarse por no ser preexistente al delito". (Casación, 19 de febrero de 1943, LV, 629).

"El único caso en que debe aplicarse la ley posterior, es cuando ésta le es favorable al procesado. ¿Y podría afirmarse que el Decreto número 0012 de 4 de junio de 1959 es favorable al reo? La respuesta afirmativa sería absurda. Porque la realidad es la contraria: el Decreto citado es restrictivo y desfavorece a quienes sean 'juzgados' mediante el procedimiento por él establecido, pues los restringe hasta tal punto el derecho de defensa, que prácticamente éste desaparece y se niega por completo. Porque al no haber auto de proceder (se reemplazó por un auto que cierra investigación) no tiene la facultad de nombrar un defensor que lo represente en el juicio, por la sencilla razón —y digámoslo sin temor— de que no hay juicio verdadero. En cambio, la facultad de nombrar defensor está reconocida en la legislación anterior (artículo 432 del Código de Procedimiento Penal). Con la aplicación del Decreto a que nos venimos refiriendo, desaparece el término probatorio dentro del juicio, establecido en el artículo 444 del Código de Procedimiento Penal, lo cual resta posibilidad de defensa al sindicado. Tampoco hay audiencia pública, y esto es ya una negación del Habeas Corpus, derecho que ni la legislación de países totalitarios se han atrevido a desconocer; consecuencialmente a la supresión de la audiencia, se suprimió también el cargo de vocero siendo otra limitación a la defensa. Y, naturalmente, tampoco hay jurado de conciencia. Será entonces necesario insistir sobre el argumento de que el Decreto de marras no sólo no es permisivo y favorable sino que —por el contrario— es restrictivo y desfavorable? Creo que no.

"Podría argumentarse que el Decreto número 0012 de 4 de junio de 1959 es adjetivo, concerniente a la sustanciación y ritualidad de los juicios, y que por lo tanto le es aplicable el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, según el cual 'Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir'. Pero este argumento se destruye y queda sin fuerza jurídica alguna si se tiene en cuenta que la H. Corte ya se ha pronunciado sobre el particular, en la forma que sigue: 'Conforme a esta disposición (artículo 40 de la Ley 153 de 1887), cuando la nueva ley procedimental entra a regir, todos los procesos iniciados con anterioridad quedan bajo su vigencia, pero únicamente en cuanto hace referencia a la **sustanciación y ritualidad** de los mismos, porque el legislador supone o estima que la nueva ley está inspirada en mejores principios de defensa social y en medidas aptas para conseguir una pronta administración de justicia, sin **menoscabar los sistemas defensivos del procesado**, ya que éstos son postulados supremos de justicia penal, por los cuales no se puede agravar la situación del reo, sin exponerlo a una mayor probabilidad de ser condenado".

En apoyo de su tesis el impugnador cita jurisprudencia de la Corte aplicable al caso.

Argumenta, además, que si fuera aplicable al caso la norma contenida en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el haberse aplicado el Decreto 0012 origina una nulidad constitucional, pues cuando entró en vigencia este decreto estaba corriendo, y aún se había vencido, el término legal que el Juez tenía para calificar el sumario, ya que para este efecto había pasado a su despacho el proceso desde el 15 de enero de 1959, y solamente, por auto del 13 de julio se empezó a aplicar el decreto en mención.

Para sustentar este argumento dice el demandante:

"Pero corrió el término legal, y pasaron treinta, sesenta, noventa y más días, y vino el Decreto número 0012 de 4 de junio de 1959, que, como se dejó demostrado atrás, ponía en condiciones desfavorables a mi defendido. Debe y puede cargar el sindicado con las consecuencias de la pereza, negligencia y ninguna responsabilidad del Juez? Tremenda injusticia sería. Aquí cabe recordar la doctrina de la H. Corte, sobre los términos: "De las condiciones básicas y elementales del procedimiento penal —sencillez, rapidez, **continuidad**—, la segunda implica la institución de los términos, mediante los cuales se **garantizan y protegen** los intereses y derechos de las partes; así pues, el proceso, como conjunto de actos coordinados entre sí y convergentes al supremo objetivo de la actuación penal, no es indefinido, comporta un límite, no está subordinado —en cuanto al tiempo— al arbitrio del Juez ni de las partes.

Sobre aquellas condiciones y especialmente sobre los términos como fundamentos de la rapidez, los expositores de derecho procesal concuerdan invariablemente". (Concepto, 14 diciembre de 1948, LXV, 400)".

El señor Agente del Ministerio Público en su réplica a las tesis del recurrente pretende demostrar con especiosos argumentos que el Decreto 0012, por el cual fue juzgado Monsalve Carmona, por un hecho cometido con anterioridad a su vigencia, no es desfavorable a éste, pues le dio oportunidad de alegar sus derechos; porque la institución del jurado puede suprimirla el legislador, pues para ello lo autoriza el artículo 164 de la Carta; que tampoco puede afirmarse que el jurado sea una institución a favor del reo, "porque si bien puede emitir su veredicto absolutorio también puede hacerlo en sentido contrario". Al referirse al artículo 6º del Decreto citado que dispone que: "La designación de apoderado se hará conforme al C. de P. P. desde el momento de la indagatoria y con él se actuará hasta la terminación del proceso", el señor Procurador Delegado arguye que aunque no hay oportunidad legal para que el sindicado designe defensor, ni vocero, ello no le impide en lo más mínimo el ejercicio del derecho de defensa, pues el apoderado puede actuar "desde el momento de la indagatoria y hasta la terminación del proceso". Agrega, asimismo, para rebatir la tesis del recurrente que, la supresión del período de prueba —que existe cuando el procedimiento se hace por el trámite del C. de P. P.— no es necesaria ni perjudicial al procesado, por cuanto su apoderado puede pedir las pruebas que estime necesarias durante el perfeccionamiento del sumario.

Por último, el señor colaborador de la Sala, en su empeño de rebatir a todo tranco las tesis del recurrente, invoca el siguiente originalísimo argumento:

"Pero ocurre ,también, que en caso de aceptar el planteamiento del recurrente, es decir de que se ha incurrido en la violación del artículo 26 de la Constitución porque el decreto 0012 es lesivo del derecho de defensa del reo, la H. Corte al declarar la nulidad alegada no haría nada diferente a calificar, en forma sui generis, de inexequible dicho decreto, lo cual es privativo de la H. Corte en pleno y no de la Sala Penal. Inexequible por cuanto si sus preceptos violan el artículo 26 de la Carta, no es dable aplicarlos por el juzgador. Y es que, además, en el caso sub-júdice no se hace notoria la incompatibilidad entre la Constitución (artículo 26) y la ley (Decreto extraordinario 0012 de 1959), para que pudiera pensarse en darse 'preferencia a las disposiciones constitucionales' (artículo 215 C. N.). Se repite que dicho decreto establece un procedimiento que en nada lesiona el derecho de defensa del procesado".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 26 de la actual codificación constitucional dispone:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias del juicio.

"En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

En su primera parte el artículo transcrito, consagra expresamente la irretroactividad de la ley penal, pero a su vez establece, en su última parte como excepción, la retroactividad de la ley más favorable al reo. Por lo tanto, la ley desfavorable sigue el principio general de la no retroactividad.

El Código de Procedimiento Penal, en su artículo 5º también consagra reproduciéndolo el texto constitucional respecto a la retroactividad de la ley permisiva o favorable.

El Código Civil —artículo 44 de la Ley 153 de 1887— establece asimismo el principio de la retroactividad de la ley favorable o permisiva en materia penal, en los términos siguientes: "En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando sea posterior al tiempo en que se cometió el delito".

Debe observarse, ante todo, que ni el texto constitucional, ni los textos legales citados, que en una forma categórica consagran y reiteran el canon de la retroactividad de la ley penal permisiva o favorable en materia penal, y por lo tanto, y a contrario sensu, el canon de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, no hacen distinción alguna entre leyes sustantivas o adjetivas ni procesales. La observación es pertinente por cuanto existe una generalizada tendencia a suponer que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en cuanto dispone que: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir", restringe o limita el canon constitucional de la retroactividad de la ley penal más favorable, y por lo tanto, el de la no retroactividad de la restrictiva, únicamente al campo de las leyes penales sustanti-

vas, y que por consiguiente las leyes procesales, aunque sean más desfavorables que la ley anterior, tienen efecto inmediato aun sobre hechos ilícitos cometidos con anterioridad a su vigencia.

Pretender darle este alcance al citado artículo de la Ley 153, equivale, desde luego a darle una aplicación preferente a un texto legal sobre un precepto constitucional.

Con frecuencia, sobre todo en los últimos tiempos, se han dictado leyes y principalmente decretos leyes de carácter procesal que restringen, limitan y hasta suprimen casi completamente las garantías procesales de la defensa, consagradas por el C. de P. P., leyes a las que se da inmediata vigencia sobre las normas anteriores más benignas, suponiendo acaso que por tratarse de leyes sobre la ritualidad de los juicios están excluídas por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, del principio de la no retroactividad de la ley restrictiva.

Por esto oportunamente recuerda el demandante la jurisprudencia siguiente:

"Es verdad que ante la vigencia de una nueva ley procedimental, el reo no puede invocar o alegar derechos adquiridos por leyes procesales anteriores, pero la aplicación inmediata de la nueva ley sólo debe llevarse a efecto cuando con ella no se agraven las condiciones del acusado; de no ser así, la ley procedimental, lejos de tutelar los intereses sociales y los del procesado, los restringirá en perjuicio de éste". (Sentencia, 13 de septiembre de 1945, LIX, 539).

"A pesar de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 sobre la vigencia inmediata de lo relativo a la sustanciación y ritualidad de los juicios es doctrina constitucional y legal la de que ni siquiera lo que se refiere a procedimiento debe tener aplicación inmediata si en solicitud de parte, apareciere como menos favorable, a simple vista, que el procedimiento anterior". (Auto, 22 septiembre 1950, LXVIII, 232; 28 septiembre 1950, LXVIII, 271)".

El canon de la retroactividad de la ley penal favorable o permisiva, y por lo tanto, el de la no retroactividad de la ley desfavorable al sindicado está erigido por nuestra Carta en un principio supralegal, en una garantía constitucional, como uno de los derechos supremos reconocidos a la persona humana frente al poder del Estado, es decir, como uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable de todo ciudadano, que no puede ser desconocido por ninguna norma legislativa, cualquiera sea la naturaleza de ésta.

No se necesita hacer un gran esfuerzo comparativo para concluír que el procedimiento establecido por el Decreto 0012, aplicado a este proceso, es notoriamente restrictivo de las garantías procesales de la defensa establecidas con anterioridad a su vigencia.

Como acertadamente lo anota el recurrente, el Decreto 0012 suprime el término probatorio establecido en el artículo 444 del Código de Procedimiento Penal; la audiencia pública y consecuencialmente el cargo de vocero así como el jurado de conciencia. Pero no es esto solo, sino que además suprimió los recursos de apelación contra los autos de detención y contra los que rechacen la práctica de pruebas (artículos 5 y 15) y los carreos; también restringió las causales de nulidad establecidas en el Código de Procedimiento Penal, reduciéndolas a las de incompetencia de jurisdicción e ilegitimidad de la personería. Pero estas restricciones, con todo, no es lo más desfavorable u odioso que contiene el precitado Decreto, sino que al suprimir, además, la calificación del sumario, y por lo tanto, el auto de proceder, prácticamente eliminó el juicio penal propiamente dicho, al borrar la separación de las etapas del proceso, entre el sumario y la causa. El auto de proceder se ha consagrado tradicionalmente en nuestra legislación procesal penal y se ha considerado, con razón, por la jurisprudencia y la doctrina como un acto procesal de innegable trascendencia y necesario para la posibilidad de la defensa, pues él contiene el pliego de cargos que se presenta al acusado para que se defienda, por lo tanto, si dicho pliego no se le formula al acusado, difícilmente sabrá éste de qué tiene que defenderse, y en consecuencia cómo podrá defenderse. Además, la jurisprudencia tiene establecido que el auto de enjuiciamiento es la base de la sentencia y que dentro de cada género de delitos el fallador debe ceñirse a la calificación hecha en el auto de proceder.

Es suficiente el anterior somero análisis, para llegar a la indudable conclusión de que el procedimiento consagrado en el tantas veces citado Decreto 0012, sí restringió, y en forma notoria y grave, los medios de defensa consagrados en la legislación procesal anterior, vigente cuando se cometió el hecho por el cual se juzgó y condenó a Bernardo Monsalve Carmona.

Síguese de lo dicho, que al aplicarse a este proceso una ley desfavorable y restrictiva, posterior al delito a que dio origen, se violó lo dispuesto y consagrado en el artículo 26 de la Constitución,

y se incurrió en una causal sustancial que debe ser reconocida, invalidando lo actuado desde el auto de fecha 13 de julio, inclusive, con el que se inició la aplicación del Decreto 0012 de 1959.

El argumento que el señor colaborador Fiscal pretende hacer valer, a modo de réplica, fundado en que, en el caso de aceptarse el planteamiento del recurrente, "de que se ha incurrido en la violación del artículo 26 de la Constitución porque el Decreto es lesivo del derecho de defensa del reo, la Sala no haría nada diferente de declarar la inexequibilidad de dicho Decreto, lo cual es privativo de la Corte en pleno y no de la Sala Penal", es tan inane que no merece ser tenido en cuenta, pues dicho razonamiento lo que revela es que el señor Procurador Segundo Delegado no tuvo en mientes la diferencia fundamental que existe, en cuanto a sus efectos, entre la acción de inexequibilidad, consagrada por el artículo 214 de la Carta, acción que es la que compete privativamente a la Corte en Pleno, y la excepción de inconstitucionalidad, establecida en el artículo siguiente, excepción que no solamente puede ser reconocida por cualquiera de las Salas de la Corte, sino por cualquier Juez de la República, sin que ello entrañe una usurpación de la jurisdicción privativa de la Corte Plena.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, INVALIDA el fallo acusado y DECLARA NULO LO ACTUADO en este proceso a partir del auto del trece de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, en que el Juez Segundo Superior de Manizales dispuso poner el negocio a disposición de las partes por el término de tres días para que pudieran presentar sus alegatos, a fin de que se reponga el procedimiento de conformidad con la ley vigente cuando se cometió el delito por el cual se juzgó al recurrente Bernardo Monsalve Carmona.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pisciano León L., Secretario.



CONFIRMA LA CORTE, EN FAVOR DE UN JUEZ SINDICADO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO, EL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO DICTADO POR EL TRIBUNAL

1.—Consiste la acusación en que el Juez, al firmar la diligencia de absolución de unas posiciones, aseveró que se había surtido en forma legal lo que no ocurrió, pues el funcionario no intervino en tal acto con su presencia como lo demanda la ley, de modo que hubo una alteración ideológica de la verdad. Pero no sobra apuntar, en cuanto a este primer elemento del delito de falsedad en documentos públicos, la alteración de la verdad, que para que sea jurídicamente importante debe versar sobre uno o varios elementos esenciales de aquéllo sobre que recae como sería, en el caso presente, las preguntas o las respuestas que componen las posiciones. Lo que existió fue una omisión formal, es decir, atinente al rito que exige la ley para la absolución de posiciones, y no a la parte esencial, sustancial o de fondo. De suerte que no existiendo mutación de la verdad material, faltó una de las exigencias de ese elemento formativo del delito.

2.—Es sabido que el dolo equivale al aspecto subjetivo de la infracción, y que se califica como la plena conciencia que tiene el sujeto activo de que con su acción viola la ley penal, si se trata de dolo genérico; y como esa conciencia, cuando se encamina a la comisión específica de un delito determinado, si se hace referencia al dolo específico.

3.—No es posible hoy, a la luz de las modernas tendencias del derecho penal, sostener la existencia de delitos cuyo dolo esté implícito o vaya envuelto en la acción misma del delito, como ocurría en la época de los prácticos, cuando campeaba la famosa presunción de dolo, que se expresaba diciendo que en algunas infracciones, la acción criminosa in se dolum habet. El dolo, pues, debe demostrarse.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL — Bogotá, marzo catorce de mil novecientos sesenta y uno.

VISTOS:

(Magistrado Ponente: Dr Primitivo Vergara Crespo).

Por consulta revisa la Corte la providencia de primera instancia que el día ocho de septiembre de 1960 dictó el Tribunal Superior del Distrito de Manizales, providencia mediante la cual sobresee definitivamente en favor del doctor Diego Gómez Mejía, sobre quien recayó auto de detención, dictado por el Juez 136 de Instrucción Criminal, por el delito de falsedad en documentos públicos, cometida, según dicho auto, cuando aquél desempeñaba las funciones de Juez 3º Civil del Circuito de la mencionada ciudad.

A juzgar por los antecedentes configurados por lo creíble de las diferentes versiones consignadas en el proceso, dentro de un juicio hipotecario que se seguía en dicho Juzgado 3º Civil del Circuito de Manizales, y en el cual actuaba como demandante la Sucursal del Banco del Comercio en esa ciudad, y como demandado el señor Roberto Paeres Rubio, el apoderado del demandado solicitó como prueba la absolución de unas posiciones por parte del gerente del Banco del Comercio; y para el efecto presentó en el Juz-

gado el pliego cerrado contentivo de dichas posiciones, a fin de que le fuera dada la tramitación que es de rigor. Como representante legal del citado Banco, el señor Darío Londoño Isaza, su gerente, debía, pues, absolver dicho pliego; y en primer término, al serle notificadas el día 9 de mayo de 1960, a eso de las tres de la tarde, manifestó que comparecería al Despacho del Juzgado inmediatamente a responder el interrogatorio que le había sido formulado. El Secretario de ese Juzgado, señor Alberto Arango Lotero, en asocio del oficial mayor del mismo, señor Camilo Jaramillo, procedieron a iniciar dicha diligencia, comenzando el Secretario por abrir, por sí mismo, el susodicho pliego, ya que como lo demuestra la versión mejor estructurada en el proceso, el señor Juez 3º no se encontraba en ese momento en el recinto del Juzgado; y luego, por leer, una por una, las preguntas que el apoderado del demandado formulaba al absolvente. Este había solicitado, desde un principio,, que las cosas se hicieran de tal modo, que se le suministrara copia de esa diligencia, a lo cual accedieron los funcionarios, colocando, con ese fin, papel carbón a la hoja que contenía la actuación. Una vez terminada la diligencia, el señor Londoño Isaza firmó lo correspondiente, y se retiró, llevándose consigo las copias que había recibido, copias que, como es de suponer, las consultó luego con el abogado del Banco, tras de lo cual regresó al Juzgado, donde dirigiéndose al Secretario, le manifestó que había incurrido en algún error al rendir las posiciones, poniéndose de presente, además, que ese hecho era muy grave, por cuanto de ello pendía su porvenir como empleado bancario. A esto le respondió el Secretario del Juzgado, que esa diligencia, por cuanto aún no había sido suscrita por el Juez, carecía de todo valor legal, y que por lo tanto, para obviar esa situación, destruiría el papel que contenía la diligencia, rasgándolo, y agregando que luego se podría reiniciar la diligencia, como si nada hubiera pasado. De ese modo, conociendo por anticipado la esencia de las preguntas, por haberlas leído, comenzó Londoño Isaza a rendir de nuevo las posiciones, ya avanzada la tarde de ese día 9 de mayo, por lo cual, siendo hora de cerrar el Despacho, dejaron para continuar la diligencia al día siguiente, como en efecto se hizo, y terminó todo con el juramento que tomó el Juez al absolvente, y con la firma de la diligencia.

El relato anterior resulta de comparar las diferentes versiones que tanto el indagado como los declarantes principales en este asunto, rindieron dentro del proceso, versiones que en realidad presentan entre sí incongruencias y faltas de armonía en cuanto hace a detalles importantes, muy seguramente a causa del patente interés procesal de cada uno de ellos por defender su participación en los hechos, y a dejar a salvo su propia intervención, que en muchos puntos no concuerda con la que afirman haber tenido los otros actores.

Un hecho sí parece demostrado claramente, y es que con alguna posterioridad cuando el exjuez de Manizales, doctor Gómez Mejía, se dio cuenta de los hechos ocurridos el día 9 de mayo de 1960 en su Juzgado, por relato que de ello le hizo Camilo Jaramillo, su oficial mayor, contra Alberto Arango Lotero, su secretario, entre quienes había surgido cierta enemistad por cuestiones relativas al desempeño de sus respectivas funciones; noticiado de tales hechos, el doctor Gómez Mejía se apresuró a formular denuncia penal contra el Secretario Arango Lotero, por los mencionados hechos, de resultas de lo cual vino a quedar él, en la condición de acusado por falsedad en documentos públicos. Esa acusación se hace consistir en que, por el hecho de haber firmado las posiciones aludidas, que fueron tomadas sin su presencia, aseveró el Juez que la respectiva diligencia se había llevado a cabo en forma legal, o sea, como lo ordenan las correspondientes prescripciones del Código Judicial, que ordena que esa actuación se realice con la presencia del Juez, quien debe abrir el pliego, juramentar al absolvente y leer personalmente las preguntas calificadas previamente de admisibles, a fin de que el absolvente les de respuesta. Esa fue la base que tomó el Juez instructor antes mencionado para iniciar acción penal contra el doctor Diego Gómez Mejía por el delito de falsedad en documentos públicos, acusación de la cual fue sobreseído definitivamente en primera instancia por el Tribunal Superior de Manizales.

Se considera:

La configuración jurídica del delito de falsedad en documentos, de acuerdo con las prescripciones del Cap. 3º, Tit. VI, del Libro I del Código Penal, y especialmente en los artículos 231 a 240, que son referentes a la falsedad en documentos públicos, exige la comprobación de los siguientes elementos: a) la existencia de una alteración de la verdad en un documento público, destinado a

servir de prueba; b) que el responsable de esa alteración tenga la categoría de funcionario público en ejercicio del respectivo cargo; c) que exista un perjuicio efectivo, o uno potencial; y d) que exista dolo. Esta moderna enumeración de los elementos de ese delito, como se verá, no ha sido indiscutida ni general, sino que ha dado lugar a profundas elaboraciones y reelaboraciones, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Con todo, se probija, por las razones que en su lugar se expondrán, en relación con cada uno de esos elementos. Especialmente, la discusión ha versado sobre los dos últimos.

Lo cierto es que en el presente caso existió una alteración ideológica de la verdad, consistente en la inexactitud de la presencia del Juez en la diligencia tantas veces mencionada; y también es innegable que a quien se puede responsabilizar por esa anomalía, tenía la calidad de funcionario en ejercicio de sus funciones, como lo demuestran las comprobaciones respectivas que obran en el expediente. Pero no sobra apuntar, en cuanto al primer elemento, que la alteración de la verdad para que sea jurídicamente importante, debe versar sobre uno o varios elementos esenciales de aquéllo sobre que recae, y no como en el caso presente, en el cual lo que existió fue una omisión formal, es decir, atinente al rito que exige la ley para la absolución de posiciones, y no a la parte esencial, sustancial o de fondo, la cual hubiera sido falseada, cambiada o alterada si hubiera versado sobre las preguntas o las respuestas que componen las posiciones. No existió, pues, mutación o cambio de la verdad material, y por lo tanto, *faltó* una de las exigencias de ese elemento formativo del delito.

En cuanto al tercer elemento de los que se han enumerado, o sea el perjuicio efectivo o potencial, como elemento de la falsedad en documento público, el criterio de la Corte no ha sido uniforme, pues en ocasiones ha sostenido que "no hay necesidad de perjuicio real o potencial para que quede integrada esa figura jurídica" (cas. agosto 5 de 1949, G. J., T., LXVI, p. 477); en tanto que con anterioridad había afirmado que el escrito contentivo de la presunta falsedad debía hacer relación a hechos que tuviesen virtualidad para ocasionar perjuicios (auto, septiembre 6 de 1945, G. J., T. LIX, p. 528, y auto de abril 22 de 1949, G. J., T., LXV, p. 781); y en otra, posteriormente, aseveró que el dolo de la infracción radica en la conciencia y voluntad de afirmar un hecho falso para hacerlo aparecer como verdadero, **con peligro de los derechos ajenos** (subraya la Corte) (auto de febrero 9 de 1956, G. J., T. LXXXII, p. 146).

Esta misma inconsistencia conceptual hace que para el caso no sea preciso determinar el perjuicio real o potencial que el hecho pudo causar, porque no es este hecho el que se presenta como operante en el proceso, para configurar la falsedad incriminada, pues el examen a fondo del hecho demuestra que de la sola omisión de comparecencia al acto de las posiciones, omisión por otra parte censurable en un Juez, no se ha demostrado que haya derivado lesión en contra del patrimonio económico o moral de persona alguna. Sin duda, en cuanto al fracaso del solicitante de las posiciones en su tendencia a lograr una confesión judicial en materia civil, ese fracaso no se debió, y no se puede atribuir a la no presencia del funcionario juzgador, sino a la ligereza y al abuso de funciones de su Secretario, cuya actuación exorbitante facilitó el conocimiento de las preguntas por parte de terceras personas, desvirtuando, de ese modo la principal fuerza y la efectividad de ese medio de prueba, que no son otras que el aprovechamiento del impacto sicológico que sobre el absolvente producen, ya el ambiente severo de los estrados judiciales, ya en su propio temor de la responsabilidad que le acarrearía un mentira, o bien la misma forma intempestiva que por lo común afecta las preguntas que se consignan en un pliego de peticiones cerrado y que no conoce previamente. En esas condiciones, el delito atribuído al doctor Gómez Mejía adolece, por ese aspecto, de uno de sus elementos, ya que no aparece que existió voluntad alguna de afirmar un hecho falso con daño de intereses ajenos.

Con respecto a este último elemento de la falsedad, esto es, al dolo, es sabido que equivale al aspecto subjetivo de la infracción, y que se califica como la plena conciencia que tiene el sujeto activo de que con su acción viola la ley penal, si se trata de dolo genérico; y como esa conciencia, cuando se encamina a la comisión específica de un delito determinado, si se hace referencia al dolo específico. En el caso particular del delito de falsedad, es necesaria también la demostración de este elemento, aunque se trate de documento público, ya que no es posible hoy, a la luz de las modernas tendencias del derecho penal, sostener la existencia de delitos cuyo dolo esté implícito o vaya envuelto en la acción misma del delito, como ocurría en la época de los prácticos, cuando campeaba la famosa **Presunción de**

dolo, que se expresaba diciendo que en algunas infracciones, la acción criminosa in se dolum habet. Descartando el caso de la culpa, lo que encasilla jurídicamente una acción como delito, es la tendencia final de su autor, su intención de desafiar el ordenamiento jurídico y ponerse en abierta contradicción con sus mandatos; en una palabra, la existencia de dolo. Y en el presente caso, no aparece tipificado ni el dolo genérico ni el dolo específico con que haya obrado el presunto sindicado; no hay constancia procesal que así lo demuestre, puesto que —se repite— no aparece la demostración de que la no comparecencia del Juez en la diligencia de absolución de posiciones se debiera a preconcebida intención o propósito de violar la ley penal, ni cometer el delito particular de falsedad en documentos públicos. Por otra parte, a confirmar lo anterior, confluyen los antecedentes personales del doctor Gómez Mejía, sus condiciones de cumplido hombre de bien, traídas al proceso en forma de testimonios excepcionalmente atendibles, pues es tener en cuenta que para fallar en materia penal ordena el Código Penal Colombiano que se tenga en consideración la personalidad del sindicado. En este caso, los antecedentes del ex-juez acusado están diciendo que si no obró en el caso de autos con el celo y la absoluta diligencia que le exigiría el respeto estricto y riguroso de la letra de la ley, tampoco lo hizo con la deliberada y voluntaria tendencia de violar la ley no de causar perjuicios a persona alguna.

Queda, pues, sin piso la imputación de falsedad punible hecha al señor ex-juez de Manizales, doctor Gómez Mejía, por ausencia de algunos de los elementos constitutivos del delito, anteriormente estudiados, ya que sin ellos la infracción penal no se tipifica, y resulta, por lo tanto, no punible la conducta del mencionado ex-juez. De consiguiente, se impone la confirmación de la providencia que ha subido a esta superioridad en grado de consulta.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, una vez oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, con el cual está de acuerdo, CONFIRMA el sobreseimiento definitivo que por el delito de falsedad en documentos públicos, dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en sentencia de 8 de septiembre de 1960.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pompilio León L., Secretario.

INVALIDACION DE LA SENTENCIA CONDENATORIA ACUSADA, POR HABER RECAIDO EN UN PROCESO, POR HOMICIDIO, VICIADO DE NULIDAD CONSTITUCIONAL, A CAUSA DE LA APLICACION INDEBIDA DEL DECRETO 012 DE 1959.

Insiste la Sala sobre la irretroactividad de la ley procesal desfavorable. Detenido análisis de la facultad de los Jueces para aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

1.—La consagración por el Constituyente del equitativo principio de que "la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable" a que alude el inciso 2º del artículo 26, ampara a la persona en el juicio criminal no sólo por el aspecto sustantivo del derecho penal, como pudiera entenderse de las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887. Lo que la Carta establece en cuanto a la ley preexistente, en materia criminal, comprende por igual los preceptos sustantivos y de procedimiento, dejando a salvo, eso sí, el canon fundamental de la retroactividad, cuando la ley posterior es más favorable al imputado de la comisión de un delito.

2.—Sería contrario a la Constitución Nacional (artículo 26) imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, si cuando ese acusado delinquió regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa. El juicio previo debe descansar en la ley anterior al hecho del proceso, y la aplicación de una ley posterior a ese evento está condicionada a su carácter permisivo o favorable para el acusado.

3.—Desde el momento mismo en que el ordenamiento legal ostensiblemente contraviene el precepto constitucional y marca una franca incompatibilidad, la propia Carta impone al Juez, cualquiera que sea su categoría, adoptar para el caso concreto que decide y donde el conflicto surge, la excepción de inconstitucionalidad a que alude el artículo 215.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá marzo quince de mil novecientos sesenta y uno

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Por sentencia de 13 de agosto de 1959 el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Buga finalizó la instancia en este proceso **condenando**, por el delito de homicidio, a Walter Vidal, ex-Inspector de Policía del corregimiento de Naranjal, a la pena principal de 17 años de presidio, aparte de las correspondientes sanciones accesorias, luego de ceñir la actuación al procedimiento establecido en el decreto legislativo 0012 de 4 de junio de 1959. Del fallo recurrió en apelación el acusado, sin éxito, porque el Tribunal Superior del aludido distrito confirmó, en resolución del 27 de mayo del año próximo pasado, la sentencia del inferior, aunque con el salvamento de voto de uno de los magistrados integrantes de la Sala de Decisión.

Tanto el señor Fiscal del Tribunal como el defensor del acusado interpusieron en oportunidad el recurso extraordinario de casación, del cual procede la Corte a ocuparse de fondo, por estar agotada su tramitación.

Hechos:

De manera breve, por no interesar para las conclusiones de este proveído, los hechos que dieron origen al proceso pueden historiarse así:

En la noche comprendida del 21 al 22 de julio de 1958, en un establecimiento de cantina de la población de Naranjal, correspondiente al municipio de Bolívar (Departamento del Valle), fue muerto de varios disparos de revólver el señor Efraín García Gómez. Autor de ese homicidio resultó ser el acusado Walter Vidal, quien para entonces desempeñaba el cargo de Inspector de Policía de dicho corregimiento.

La investigación criminal correspondiente la inició el Secretario de la Inspección de Policía, nombrado ad-hoc para instruir el sumario por el Alcalde de Bolívar, en la misma fecha de los sucesos, pero posteriormente, a raíz de denuncia elevada por Nicolás Mejía Ocampo ante el Juzgado Penal del Circuito de Bordanillo, este Despacho dictó nuevo auto cabeza de proceso, practicó algunas diligencias y comisionó para continuar la instrucción al Juez Promiscuo Municipal de la misma ciudad. Una vez perfeccionada y después de algunos incidentes, asumió el conocimiento el Juzgado Primero Superior, el cual, no obstante haber dictado el auto de clausura de la investigación (noviembre 18 de 1958 —fls. 108—) optó por imprimir al negocio el trámite del decreto extraordinario 0012 de 1959, a petición del señor Fiscal colaborador, y fue así como dictó la providencia de 8 de julio de 1959 ordenando el nuevo y excepcional procedimiento.

Demandas de casación

Según lo ya expresado, contra el fallo del Tribunal Superior interpusieron el recurso de casación el representante del Ministerio Público y el señor defensor. Ambos formularon dentro de los términos legales las correspondientes demandas, de las cuales entra a ocuparse la Sala.

Impugnación del Ministerio Público

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Buga impugnó el fallo recurrido en el escrito que obra de folios 20 a 27 del cuaderno Nº 4. Es de advertir que esta demanda, deficiente en su confección por constituir un simple alegato de instancia, sin los fundamentos que son requeridos dentro de la técnica del recurso de casación, no fue ampliada por el señor Procurador Delegado en lo Penal, quien se limitó a manifestar, con base en el artículo 39 del decreto extraordinario 1154 de 1954, que no haría uso de la atribución allí consagrada.

Bajo el rubro de "Hechos y Antecedentes Procesales", el señor Fiscal hace una crítica a la prueba apreciada por el Tribunal para sustentar la condenación de Vidal y la que no mereció la debida estimación, tendiente a demostrar que el homicidio fue cometido por el acusado en legítima defensa, es decir, en las circunstancias previstas en el ordinal 1º del artículo 25 del C. P.

Porque hubo errada interpretación de los hechos en la sentencia, dice el recurrente que "viene a proponerse la demanda dicha, invocándose la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P.". Los reparos en el campo probatorio llevan todos al Ministerio Público a concluír que "a más de apreciar erradamente ciertos hechos, el H. Tribunal le atribuyó a otros en su fallo un valor probatorio que no tienen, produciéndose así los motivos que para la procedencia de la acción registra el numeral invocado del artículo 567 del C. de P. P.".

"Por lo tanto —termina el recurrente— dentro de la convicción de que en este negocio existe un caso de legítima defensa, muy comedidamente ruego a esa H. Sala invalidar la sentencia recurrida para, en su lugar, absolver al procesado". Pero, no obstante su pedimento, no invocó la causal primera de casación, a la que lógicamente debía hacer referencia, pues el error de hecho alegado tendría que derivar al de derecho, por errada o indebida aplicación de la ley penal.

No considera la Corte preciso estudiar a espacio los planteamientos hechos en la demanda de que se trata como que ante la formulada por el apoderado del acusado, tendrá que pronunciarse sobre la causal cuarta, de forzosa admisión en este proceso y por cuyas consecuencias se hace innecesario debatir todo otro motivo de casación.

Impugnación del apoderado

El libelo presentado por el doctor Modesto Rivera R., en ejercicio del poder conferido por el acusado, aparte de una relación comentada de los

hechos, contiene la impugnación melódica del fallo, cuya casación solicita con apoyo en las causales 1ª, 2ª, 3ª y 4ª del artículo 567 del C. de P. P., en el orden indicado.

De los motivos invocados precisa dar prelación, por su naturaleza y efectos procesales a la **causal cuarta**, pues de existir la nulidad supralegal en el juicio seguido contra el acusado Walter Vidal, su reconocimiento a virtud del recurso extraordinario de casación, impondría la decisión de reponer el procedimiento en la parte afectada en las formas procesales.

Dicha **causal cuarta** la sustenta así el recurrente:

"Aunque el orden de las causales habría sido enunciar la 4ª en primer término, ya que demostrada ella, no hay necesidad de examinar las otras que aluden al fondo del negocio. Hube de dejarla para el final, toda vez que incide en una nulidad constitucional que es nueva en Colombia, y por ello requiere un detenido estudio.

"Siendo así que el hecho delictuoso tuvo lugar el día 21 de julio de 1958, el Juzgado 1º Superior le aplicó el decreto legislativo 0012 de 1959, que no era aplicable, ya que el procedimiento ordinario venía en vigencia y era más favorable al procesado, y debió el Juzgado aplicar la ley de la favorabilidad adquirida por el procesado, conforme a las voces del artículo 44 de la Ley 153 de 1887.

"Naturalmente que el procedimiento ordinario es más favorable al procesado Walter Vidal, ya que tiene enjuiciamiento, tuvo término probatorio, y lo más importante, la intervención del jurado.

"Aquí se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, toda vez que se le juzgó por un procedimiento que no le era favorable, máxime que el hecho se había consumado en la vigencia de una ley preexistente. Y bien se ha dicho que nadie podrá **'ser juzgado', sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que dá lugar al juicio.** (Artículo 43, Ley 153 de 1887).

"No considero necesario extenderme en mayores consideraciones de orden constitucional para demostrar que no podía emplearse, en el caso de Walter Vidal, un procedimiento híbrido, como se empleó en su juzgamiento.

"La H. Corte habrá de pronunciarse contra el procedimiento mixto, toda vez que él implica una violación de la Constitución Nacional, hasta el punto que ya el señor Delegado de la Procuraduría General de la República se ha pronunciado en tal sentido.

"RESUMEN DE LOS CARGOS

"a)—Ser la sentencia violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional, ya que se profirió sentencia de segunda instancia sobre un juicio viciado de nulidad, puesto que se le aplicó un procedimiento que no era el propio de este juicio. El procedimiento ordinario era el viable, porque es más favorable al procesado y en las leyes penales se prefieren las favorables y permisivas a las desfavorables o restrictivas. Aceptada esta causal no es necesario examinar las otras, por eso en el resumen le he dado prelación".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1ª—El artículo 26 de la Constitución Nacional estatuye:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

En desarrollo de los principios que esta norma consagra sobre legalidad del delito, la pena y el juicio, de una parte, y retroactividad de la ley permisiva o favorable en **materia criminal**, los códigos —Penal y de Procedimiento— establecen:

"Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella". (C. P. Art. 1º).

"La ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". (C. P. Art. 3º).

"No se podrá imponer sanción alguna por infracción en la ley penal, sino de conformidad con las disposiciones legales sobre procedimiento y en virtud de sentencia dictada por juez competente". (C. de P. P., Art. 1º).

"En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior al acto que se imputa, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". (C. de P. P., Art. 5º).

2º—Se ha entendido, con relación al artículo 26 de la Carta, que éste no consagra garantías para la persona sino en la esfera de la **represión**

penal, vale decir, que únicamente en materia criminal consagra los tutelares principios de **juicio previo, ley anterior** al hecho juzgado y **jueces naturales**; no así en el campo del derecho privado —sustantivo y procesal— donde los conflictos derivados de un tránsito de legislaciones, deben ser resueltos con aplicación del artículo 30 de la Constitución, en cuanto garantiza los "derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores".

3ª.—En la ley penal, tomada en su contenido sustantivo, que define los hechos punibles y determina las sanciones, el principio general de la, no retroactividad rige como para el común de las leyes, pero está excepcionado por razones preponderantes, en beneficio de los infractores, para hacerla retroactiva cuando es más favorable o benigna que la ley anterior bajo cuyo imperio pudieron tener ocurrencia hechos todavía no juzgados, e incluso sentenciados.

4ª.—La consagración por el Constituyente del equitativo principio de que "la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", a que alude el inciso 2º del artículo 26, no ampara a la persona en el juicio criminal sólo por el aspecto sustantivo del derecho penal, como pudiera entenderse de las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la ley 153 de 1887.

Lo que la Carta establece en cuanto a la ley preexistente, en materia criminal, comprende por igual los preceptos sustantivos y de procedimiento, dejando, eso sí, a salvo el cánon fundamental de la retroactividad, cuando la ley posterior es más favorable al imputado de la comisión de un delito.

5ª.—Admitido que las normas procesales son de orden público, no sujetas a dilaciones en su cumplimiento y aplicación porque respecto de ellas no pueda hablarse de "derechos adquiridos" que inhiban al legislador para modificar la competencia y la ritualidad de los procesos en curso, y que por la misma razón no prima la ley de procedimiento vigente al momento de la infracción, como es opinión de algunos tratadistas de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Penal, lo evidente es que, aún frente a ese supuesto que interpretaría con arbitrarias restricciones la primera parte del artículo 26 de que se trata, la segunda parte del mismo texto, hace imperativo en lo sustantivo y en lo procesal, caso de tránsito en las legislaciones, aplicar la ley más favorable.

6ª.—Las leyes de procedimiento no sólo están destinadas a fijar competencias y disponer ritualidades adjetivas de los juicios criminales. Muchas de sus disposiciones, las más importantes, consagran los recursos contra las providencias judiciales, los términos probatorios, el debate dentro del plenario, la asistencia profesional del acusado, los medios de defensa, los recursos extraordinarios, los motivos de detención preventiva, entre otras cosas, todas ellas tan fundamentales, que de un procedimiento a otro pueden de modo esencial afectarse los derechos del sujeto pasivo de la acción penal.

7ª.—Sería contrario a la Constitución Nacional imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, si cuando ese acusado delinquió regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa.

8ª—El alcance del artículo 26 de la Constitución Nacional y de los textos penales antes transcritos no permite dudar sobre las anteriores consideraciones. **El juicio previo** debe desarrollarse en la ley anterior al hecho del proceso, y la aplicación de una ley posterior a ese evento está condicionada a su carácter permisivo o favorable para el acusado.

En la Comisión de Estudios Constitucionales designada el 11 de julio de 1952 e instalada el 4 de agosto del mismo año, consignó en el acta Nº 5 estas observaciones el doctor Eleuterio Serna sobre el artículo 26, que textualmente se transcriben del Tomo Primero de Estudios Constitucionales, publicación oficial del Ministerio de Gobierno del año de 1953:

"Este artículo ha pasado por muchas criba, y siempre lo han dejado intacto en todas las reformas habidas. Comprende las leyes de procedimiento, tal vez en una forma muy amplia, porque dice: 'En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable'.

"El artículo 26 tiene tres partes completamente deslindadas: la primera: 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute' La ley sustantiva, es decir, la que consagra el derecho o la que establece la pena, respeta completamente la situación, tiene que ser preexistente.

La segunda parte: 'Ante tribunal competente'; eso es cuestión de organización judicial. Y la tercera. 'Observando la plenitud de las formas propias de cada juicio', o sea el procedimiento.

"No creo que se pueda hablar de derechos adquiridos, porque yo puedo tener derechos adquiridos respecto de una ley sustantiva que me consagra un derecho; igualmente tengo un derecho constitucional a que se me haga justicia, pero no por determinado juez o por determinado tribunal, porque eso entra en organización de orden público.

"El Estado es quien dice: la mejor forma de hacer justicia es por este tribunal dual, por este juzgado único, o por un juez que se llame de tal o cual manera.

"Ahora, las formas propias de cada juicio, es decir, la manera como se prevé el debido procedimiento de la ley, le corresponde organizarlo como orden público, al Estado.

"La prueba es que todos los códigos judiciales dicen que 'las leyes de procedimiento son de aplicación inmediata'; y no se habla propiamente de derechos adquiridos, sino de situaciones que ya se han consumado. Por ejemplo, los términos que ya se han corrido, o que han empezado a correr, los incidentes que se han tramitado. Esto salva lo que algunos han llamado derechos adquiridos en el procedimiento. Pero aquí simplemente se contempla la cuestión de la competencia, que es de orden público, y la cuestión de las formas propias de cada juicio. Yo creo que la única manera de que constitucionalmente se garantizara un derecho adquirido, bien a un tribunal o a un juez determinado, sería decir que había derecho al juez natural, y aún así no se protege perfectamente.

"En la penúltima Constitución argentina se decía: 'El ciudadano tiene derecho a su Juez Natural'. De modo que si un juez estaba tramitando un asunto, no se lo podía cambiar al interesado, porque ese era su Juez Natural, sino cuando terminara dicho negocio, para evitar las comisiones ad hoc, que se forman por los tribunales en determinados casos. Pero la misma jurisprudencia en la Argentina moderó el recurso de ese principio, porque vio los graves inconvenientes. Al Estado no se le pueden atar las manos para que él organice, como crea conveniente, su justicia. A mí me da el derecho de que se me haga justicia, pero el mismo Estado me dice en qué forma, por qué camino, cuáles son las formas propias de cada juicio, cuál es el juez competente, cuáles los términos, en qué época se presentan las pruebas, es decir, todo lo de la tramitación.

"Esto no es solamente jurisprudencia nuestra, sino de otros países. Recuerdo una polémica que hubo a propósito de un artículo semejante en el Brasil.

"No sé si sería grave el que en este momento fuéramos a establecer alguna modificación al artículo 26. Este artículo es el que ha servido precisamente para constituir los consejos verbales de guerra. En él se han apoyado, y dice: 'No hay retroactividad', porque aun cuando se cambie el tribunal no se afecta el derecho, porque no hay derecho a un juez natural, no tiene uno a un juez propio. La justicia se hace por el organismo que la ley vaya indicando en cada caso.

"Ciertas situaciones de que habla el doctor Bernal Jiménez indican que en realidad hay que proteger las leyes, porque también sería absurdo que el legislador, por ejemplo, declarare nulo el proceso determinado, o que suprimiera el término probatorio. Al venir una nueva legislación se protegen las formas procedimentales, como garantía primordial del derecho que tratan de tutelar todos los códigos judiciales, en el mundo. Eso es una doctrina general.

"Se presenta aquí la tesis de la defensa en materia criminal, que es de importancia esencial. 'La ley permisiva o favorable en materia criminal', ya no dice 'en material penal'. Esto nos está dando a entender que aquí se comprenden no sólo las leyes sustantivas, sino también las de procedimiento. Y así, si hay una ley de procedimiento favorable en tiempo de normalidad, y el reo la invoca, así como la sustantiva, el juez le aplica la disposición procedimental favorable, como ocurre en el caso de prescripción de las penas. Por esto me parece que el artículo está bien redactado".

Los artículos que en el C. de P. P. desarrollan el mandato de la Constitución, al ser debatidos en la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, que elaboró el proyecto de Código de Procedimiento Penal, tuvieron una exacta interpretación, coincidente con los puntos expuestos, según puede leerse en las actas correspondientes, que en lo que interesa pasan a describirse:

"PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO Y EN LA COMPETENCIA DEL JUEZ. Se pone en discusión el artículo 1º del Título mencionado, que dice:

"Artículo. No se podrá imponer sanción alguna como consecuencia de infracciones de la ley penal, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de leyes especiales, y en virtud de sentencia dictada por el juez competente'.

"a) — Análisis del artículo 26 de la Constitución Nacional.

"**Doctor Moncada.**—En mi opinión, más claro y nitido el texto constitucional del que fue tomado este artículo; sería, por lo tanto, partidario de que nos limitáramos a reproducirlo textualmente.

"**Doctor Rey.**—No estoy de acuerdo. Aquí el artículo verifica un desarrollo del cánon constitucional, especial para el procedimiento; conservando, desde luego, la exactitud de aquel texto.

"Yo me permitiría proponer, eso sí, que en vez de 'o leyes especiales', se dijera 'leyes que lo modifiquen o reformen', puesto que hay leyes de carácter general que, sin embargo de dicho carácter deben aplicarse.

"**Doctor Escallón.** Pero tendremos entonces por fuera de la disposición a leyes como la que reglamenta la justicia militar, ya que ella no modifica ni reforma el Código de Procedimiento. Se aplica a determinados casos.

"**Doctor Rey.**—Para esos casos especiales, la modifica. Me parece que sí estaría incluída en la fórmula que he propuesto. En cualquier hipótesis, es lo cierto que el artículo que discutimos debe contener una parte destinada a las leyes que en el futuro puedan modificar el Código que ahora elaboramos. Con su redacción original el artículo las excluye, como quiera que menciona únicamente las leyes de carácter especial.

"Fuera de este particular, para mí no ofrece la menor duda que el texto constitucional se refiere tanto a los juicios civiles como a los criminales.

"Artículo 26 de la Constitución.—Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"Tan evidente es lo que vengo sosteniendo, continúa el Dr Rey, que en el 2º inciso el constituyente creyó necesario empezarlo con las palabras 'En materia criminal'. No veo ninguna razón justificativa de tales términos si fuera verdad que el primer inciso transcrito hace referencia solamente a los juicios criminales. Y en estas condiciones, me parece por demás obvio que en el Título que se discute se incluya una disposición que desarrolle el principio constitucional en forma especial para el procedimiento penal.

"**Doctor Moncada.**—No interpreto la Constitución de la misma forma, y creo, por el contrario, que el artículo comentado se relaciona únicamente con los juicios criminales. 'Nadie podrá ser juzgado', empieza diciendo el artículo, y en materia civil no se juzga, propiamente hablando, a una persona. Se toma en cuenta actos jurídicos o hechos jurídicos, para hacer cumplir los primeros o imponer las consecuencias que señala la ley para los segundos, independientemente de consideración a la persona.

"**Doctor Rey.**—¿Y entonces por qué la expresión 'autoridad de cosa juzgada', que es consecuencia del cánon constitucional, se dice de ambos procedimientos, el civil y el penal?

"**Doctor Moncada.**—Aforismo es ese emanado, más que del cánon constitucional, de normas universales de derecho. Por lo demás en la realidad no es cierto que en el proceso civil se deba juzgar siempre de acuerdo con las leyes preexistentes al acto que se imputa, pues las leyes de procedimiento, según la misma ley civil, tienen efecto general inmediato.

"Los doctores Escallón y Rueda Concha objetan estas últimas observaciones que respecto de la cuestión sustantiva tiene necesariamente que juzgarse siempre en armonía con leyes preexistentes al acto que se imputa.

"**Doctor Rueda Concha.**—El cánon constitucional se aplica a la materia civil, sin lugar a duda, por lo que respecta a la ley sustantiva.

"**Doctor Moncada.**—La necesidad de la preexistencia en la cuestión sustantiva de la materia civil, no surge del artículo constitucional que ahora comentamos, sino de' principio en virtud del cual deben respetarse los derechos adquiridos, igualmente consagrados en disposición del constituyente.

"El doctor Moncada lee el comentario respectivo del señor Samper, en el cual no habla para nada de la materia civil.

"..... .....

"**Doctor Rueda Concha.**—Me parece innecesario este artículo, pues ya en el Código Penal se estatuyó en forma por demás clara y precisa el mismo precepto:

"Artículo 1º del Código Penal. Nadie puede ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por la ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella.

"Los dos cánones fundamentales de la ley penal: 'Nullum crimen sine lege' y 'Nulla poena

sine lege' se encuentran consignados, como se ve, en el Código Penal. Si, por otra parte, los dos cánones fundamentales relativos al procedimiento: 'Nemo Judex sine lege' y 'Nemo damnetur nisi per legale juditium', los hemos establecido en el primer artículo del presente título, aprobado en la pasada sesión, me parece que sobra el que ahora discutimos: sería una repetición inútil.

"La Comisión conviene en las razones del doctor Rueda Concha, y, en consecuencia, se prescinde del artículo discutido".

"Artículo. No se podrá imponer sanción alguna por infracciones de la ley penal, sino de conformidad con las disposiciones legales sobre procedimiento y en virtud de sentencia dictada por el juez competente".

"La frase aditiva 'sobre procedimiento' fue propuesta por el doctor Rey".

9ª—La Corte —Sala de Casación Penal— en distintos fallos ha reafirmado el criterio de aplicación a la ley procesal, en el tránsito de instituciones de juzgamiento, del principio consagrado en el artículo 26, doctrinas que aparecen citadas en sentencia proferida recientemente, que versa sobre un caso idéntico al que aquí ahora se resuelve, y en la cual esta misma Sala consideró válida la impugnación con fundamento en la causal cuarta. Se dijo en dicha sentencia:

"Debe observarse, ante todo, que ni el texto constitucional, ni los textos legales citados, que en una forma categórica consagran y reiteran el cánon de la retroactividad de la ley penal permisiva o favorable en materia penal, y por lo tanto, y a contrario sensu, el cánon de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, no hacen distinción alguna entre las leyes sustantivas o adjetivas ni procesales. La observación es pertinente por cuanto existe una generalizada tendencia a suponer que el artículo 40 de la ley 153 de 1887, en cuanto dispone que: 'Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir', restringe o limita el cánon constitucional de la retroactividad de la ley penal más favorable, y por lo tanto, el de la no retroactividad de la restrictiva, únicamente al campo de las leyes penales sustantivas, y que por consiguiente las leyes procesales, aunque sean más desfavorables que la ley anterior, tienen efecto inmediato aún sobre hechos ilícitos cometidos con anterioridad a su vigencia.

"Pretender darle este alcance al citado artículo de la Ley 153, equivale, desde luego a darle una aplicación preferente a un texto legal sobre un precepto constitucional.

"Con frecuencia, sobre todo en los últimos tiempos, se han dictado leyes y principalmente decretos leyes de carácter procesal que restringen, limitan y hasta suprimen casi completamente las garantías procesales de la defensa, consagradas por el C. de P. P., leyes estas que se da inmediata vigencia sobre las normas anteriores más benignas, suponiendo acaso que por tratarse de leyes sobre la ritualidad de los juicios están excluídas por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, del principio de la no retroactividad de la ley restrictiva.

"Por esto oportunamente recuerda el demandante la jurisprudencia siguiente:

" 'Es verdad que ante la vigencia de una nueva ley procedimental, el reo no puede invocar o alegar derechos adquiridos por leyes procesales anteriores, pero la aplicación inmediata de la nueva ley sólo debe llevarse a efecto cuando con ella no se agravan las condiciones del acusado; de no ser así, la ley procedimental, lejos de tutelar los intereses sociales y los del procesado, los restringirá en perjuicio de éste'. (Sentencia, 13 de septiembre de 1945, LIX, 539).

" 'A pesar de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 sobre la vigencia inmediata de lo relativo a la sustanciación y ritualidad de los juicios, es doctrina constitucional y legal la de que ni siquiera lo que se refiere a procedimiento debe tener aplicación inmediata si, sin solicitud de parte, apareciere como menos favorable, a simple vista, que el procedimiento anterior'. (Auto, 22 septiembre de 1950, LXVIII, 232; 29 septiembre 1950, LXVIII, 271).

"El canon de la retroactividad de la ley penal favorable o permisiva, y por lo tanto, el de la no retroactividad de la ley desfavorable al sindicado está erigido por nuestra Carta en un principio supralegal, en una garantía constitucional, como uno de los derechos supremos reconocidos a la persona humana frente al poder del Estado, es decir, como uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable de todo ciudadano, que no puede ser desconocido por ninguna norma legislativa, cualquiera sea la naturaleza de ésta.

"No es necesario hacer un gran esfuerzo comparativo para concluir que el procedimiento establecido por el Decreto 0012, aplicado a este proceso, es notoriamente restrictivo de las garantías

procesales de la defensa establecidas con anterioridad a su vigencia.

"Como acertadamente lo anota el recurrente, el Decreto 0012 suprime el término probatorio establecido en el artículo 444 del Código de Procedimiento Penal, la audiencia pública y consecuencialmente el cargo de vocero así como el jurado de conciencia. Pero no es esto solo, sino que además suprimió los recursos de apelación contra los autos de detención y contra los que rechacen la práctica de pruebas (artículos 5º y 15) y los careos; también restringió las causales de nulidad establecidas en el Código de Procedimiento Penal, reduciéndolas a las de incompetencia de jurisdicción e ilegitimidad de la personería. Pero estas restricciones, con todo, no es lo más desfavorable u odioso que contiene el precitado decreto, sino que al suprimir, además, la calificación del sumario, y por lo tanto, el auto de proceder, prácticamente eliminó el juicio penal propiamente dicho, al borrar la separación de las etapas del proceso, entre el sumario y la causa. El auto de proceder se ha consagrado tradicionalmente en nuestra legislación procesal penal y se ha considerado, con razón, por la jurisprudencia y la doctrina, como un acto procesal de innegable trascendencia y necesario para la posibilidad de la defensa, pues él contiene el pliego de cargos que se presenta al acusado para que se defienda, por lo tanto, si dicho pliego no se le formula al acusado, difícilmente sabrá éste de qué tiene que defenderse, y en consecuencia cómo podrá defenderse. Además, la jurisprudencia tiene establecido que el auto de enjuiciamiento es la base de la sentencia y que dentro de cada género de delitos el fallador debe ceñirse a la calificación hecha en el auto de proceder.

"Es suficiente el anterior somero análisis, para llegar a la indudable conclusión de que el procedimiento consagrado en el tantas veces citado Decreto 0012, sí restringió, y en forma notoria y grave, los medios de defensa consagrados en la legislación procesal anterior, vigente cuando se cometió el hecho por el cual se juzgó y condenó a Bernardo Monsalve Carmona.

"Síguese de lo dicho, que al aplicarse a este proceso una ley desfavorable y restrictiva, posterior al delito a que dio origen, se violó lo dispuesto y consagrado en el artículo 26 de la Constitución, y se incurrió en una causal sustancial que debe ser reconocida, invalidando lo actuado desde el auto de fecha 13 de julio, inclusive, con el que se inició la aplicación del Decreto 0012 de 1959.

"El argumento que el señor colaborador fiscal pretende hacer valer, a modo de réplica, fundado en que, en el caso de aceptarse el planteamiento del recurrente, 'de que se ha incurrido en la violación del artículo 26 de la Constitución porque el decreto es lesivo del derecho de defensa del reo, la Sala no haría nada diferente de declarar la inexequibilidad de dicho decreto, lo cual es privativo de la Corte en pleno y no de la Sala Penal', es tan inane que no merece ser tenido en cuenta, pues dicho razonamiento lo que revela es que el señor Procurador Segundo Delegado no tuvo en miente la diferencia fundamental que existe, en cuanto a sus efectos, entre la acción de inexequibilidad, consagrada por el artículo 214 de la Carta, acción que es la que compete privativamente a la Corte en Pleno, y la excepción de inconstitucionalidad, establecida en el artículo siguiente, excepción que no solamente puede ser reconocida por cualquiera de las Salas de la Corte, sino por cualquier Juez de la República, sin que ello entrañe una usurpación de la jurisdicción privativa de la Corte Plena". (Sentencia de 14 de marzo de 1961).

10ª—El Decreto Legislativo 0012, que dictó especiales normas de procedimiento criminal, aplicables sólo a los Departamentos en estado de sitio, fue expedido y entró en vigencia el 4 de junio de 1959.

El delito porque se juzga al acusado Walter Vidal tuvo cumplimiento el 21 de julio del año inmediatamente anterior, es decir, que para entonces los procesos penales estaban sometidos a otro procedimiento, de orden general, que regía, sin distinciones, para todo el territorio de la República. Conforme a las normas establecidas en éste, el juzgamiento del homicidio por el Juez Superior se hace previo auto de vocación a juicio, susceptible de apelación en el efecto suspensivo; hay término para solicitar y practicar pruebas; audiencia pública, con intervención del jurado, y doble instancia para el fallo. Todas estas garantías sufrieron abolición o mengua con el Decreto 0012, por lo que cabe la afirmación apodíctica de que es más favorable, sustancialmente, el procedimiento anterior para los intereses del acusado y que sus preceptos hacen menos precario el derecho de defensa.

En este orden de ideas, el planteamiento de nulidad supralegal en el caso de autos, por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, es válido, no empece a que el artículo 10 del De-

creto 0012, en su ordinal c) dispone que "A los sumarios en curso se aplicarán las normas establecidas en este decreto".

Desde el momento mismo en que el ordenamiento legal ostensiblemente contraviene el precepto constitucional y marca una franca incompatibilidad, la propia Carta impone al juez, cualquiera sea su categoría, adoptar para el caso concreto que decide y donde el conflicto surge, la excepción de inconstitucionalidad a que alude el artículo 215 (artículo 54 del Acto Legislativo número 1 de 1945).

La atribución que para los jueces surge del artículo 215 de la Constitución Nacional, se ahonda en la tradición jurídica del país y sus orígenes están estrechamente vinculados a la organización democrática del Estado.

Refiriéndose, a la administración de justicia en los Estados Unidos, Duc de Noailles, para relevar el rango de este poder, expresa: "Lejos de estar siempre ligado por la voluntad parlamentaria, el Juez americano no es su fiel intérprete, sino en tanto ella ha respetado los límites del pacto fundamental. Antes de aplicar las leyes, examina si son conformes a la constitución; en caso contrario tiene el derecho y el deber de considerarlas como no dictadas. Esta intervención del juez en las fuentes mismas de la ley crea un poder judicial en la más lata acepción del término y lo clasifica a justo título como el tercer poder del gobierno".

El profesor argentino M. A. Montes de Oca (Lecciones de Derecho Constitucional) expone:

"La doctrina sobre las atribuciones judiciales, en punto a la conservación de la constitución, surge clara en el estudio de todas las cuestiones que puedan ocurrir, si se tiene presente las siguientes reglas:

"1ª—La magistratura 'no puede romper lanza con el legislador (ni con nadie) por opiniones abstractas, ni discutir con él puntos de derecho o motivos de oportunidad'.

"2ª—Para provocar su intervención se requiere un conflicto y un peticionante, cuyos derechos personales se encuentren realmente afectados. Sólo entonces la potestad legislativa puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegitimidad.

"De este modo, aunque la sentencia judicial no tenga, como no tiene, trascendencia efectiva fuera del caso en que se pronuncia, advierte a las cámaras y al presidente los obstáculos que los jueces opondrán a la aplicación de leyes que conceptúan inconstitucionales. La prudencia obligará siempre a respetarlos, si son razonables y acertados".

En su Derecho Penal Argentino —Tomo Primero, Parte General— anota el tratadista Ricardo C. Núñez:

"La efectividad de esas garantías que son seguridades que la Constitución le da a los habitantes del país, está a cargo del Poder Judicial, por vía de la declaración de inconstitucionalidad de toda la ley, reglamento, decreto o acto de las autoridades que los desconozcan. Todos los jueces, de cualquier jerarquía y fuero, pueden interpretar y aplicar la Constitución en los casos concretos cuyo conocimiento les corresponde y controlar si las leyes, reglamentos, decretos o actos de las autoridades guardan o no conformidad con ella, absteniéndose de aplicarlos si encuentran que se le oponen.

"A ese examen sólo lo pueden efectuar en pleitos o casos concretos, y no por vía de medida general fuera del pleito, ni como declaración abstracta dentro de éste. Pero tratándose de materia penal, que está al margen de los intereses puramente individuales y corresponde a la esfera del interés público, los tribunales pueden, en los casos sometidos a su conocimiento, examinar por propia iniciativa la constitucionalidad de las normas en cuestión y negar la aplicación de las que consideren inconstitucionales".

11ª—La doctrina así elaborada concuerda cabalmente con el régimen institucional colombiano. Lo que el artículo 215 de la Constitución establece es no sólo una facultad del juez para conservar el imperio de la Carta en un caso sub-judice, sino un mandato imperativo en guarda de las garantías supralegales. Las decisiones que se adopten en concreto tienen los precisos efectos sobre la situación a que se contraen, lo que está indicando que cuando en las instancias ordinarias de un juicio, o a virtud de recurso extraordinario, se acepta la excepción de inconstitucionalidad, esa jurisdicción en aspecto alguno invade la que es privativa de la Corte Suprema de Justicia (Sala Plena), conforme al artículo 214 de la Constitución, consagratorio de la acción pública de inexequibilidad.

12ª—Conclusión de lo hasta aquí expuesto es que en este proceso prospera el recurso de casación interpuesto, con base en la causal cuarta, por

nulidad constitucional, lo que da lugar a proceder en la forma indicada por el ordinal b) del artículo 570 del C. de P. P.

DECISION:

Visto lo anterior, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA el fallo recurrido a que se ha hecho mérito, y ORDENA devolver el proceso al juez del conocimiento, por conducto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, para que se reponga el procedimiento, conforme a lo expresado en la parte motiva, a partir del auto de ocho de julio de mil novecientos cincuenta y nueve. (Fls. 109 vto. del cuaderno primero).

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.



A CAUSA DE COMPLETA FALTA DE TECNICA EN LA DEMANDA DE CASACION, LA CORTE DECLARA DESIERTO EL RECURSO INTERPUESTO CONTRA UNA SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITO DE ROBO

Es cierto que la Corte, en ocasiones, ha procedido con un criterio de amplitud en favor del acusado, entrando a considerar ciertas demandas de casación técnicamente defectuosas, a fin de no sacrificar la justicia a un riguroso formalismo. Pero no puede llegar hasta el extremo de suplir las deficiencias esenciales en que haya podido incurrir el recurrente en su demanda, para entrar en un estudio de fondo. Lo contrario equivaldría a dar cabida a que el recurso de casación se convirtiera, de hecho, en una tercera instancia, lo que sería desvirtuar completamente la naturaleza y finalidad legal de este recurso excepcional.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, marzo quince de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

VISTOS:

Por sentencia de fecha diez y nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, confirmó la de primera instancia proferida por el Juez Tercero Superior de la misma ciudad que condenó a Carlos Julio Melo Parra o Carlos Julio Garzón Garzón, como responsable del delito de "robo" a la pena principal de siete años de presidio y a las accesorias de rigor, así como al pago de perjuicios civiles.

Contra aquella sentencia del Tribunal, interpuso recurso extraordinario de casación el abogado doctor Jorge Pinzón Urdaneta, en su condición de apoderado de Melo o Garzón.

HECHOS:

El 28 de marzo de 1959, en las horas de la tarde, irrumpieron los cacos en la casa de habitación de los esposos Carlos Gómez Escobar y Sofía Echeverry, situada en la ciudad de Manizales, y mientras éstos se encontraban ausentes en la población de Cartago, sustrayéndose mediante el empleo de violencia hecha a las cerraduras y puertas de la casa, joyas y objetos de valor que fueron estimados en la suma de noventa mil pesos ($ 90.000.00), de acuerdo con diligencia de fls. 64 vto. y 65.

El robo se llevó a cabo debido a la eficaz colaboración que les prestó a los autores materiales la muchacha del servicio doméstico María Ruby Vallejo Castaño, de 14 años de edad.

Esta menor hizo una relación de la forma como se consumó el ilícito, atribuyendo, en un principio, la autoría de él a Arnulfo Cubillos. Posteriormente dio una versión diferente y afirmó que los responsables fueron Conrado y Javier Murillo Osorio, individuos, que dice la Vallejo, le ofrecieron dinero para que colaborara con ellos.

Posteriormente apareció como comprometido Carlos Julio Melo Parra o Garzón Garzón, quien en su injurada confesó que había llegado a Manizales procedente de Bogotá, habiéndose unido en Pereira a otro sujeto que lo invitó a consumar un robo, que en efecto cometieron en Manizales, siendo capturado por la policía. La responsabilidad de este individuo se comprobó con las huellas dactilares encontradas en algunos objetos de propiedad de la familia ofendida, según informe o dictamen rendido por tres dactiloscopistas del Sic en Manizales.

DEMANDA:

Dos son las causales que invoca el doctor Pinzón Uránneta, apoderado del reo Melo o Garzón. La segunda y la cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal en su concepto expresa que la demanda no reúne los requisitos de técnica procesal que para estos casos exige la ley, de forma y sustanciales, y que por lo tanto, no debe ser casada por la Corte la sentencia acusada. Sus reparos al respecto los expone así:

"La demanda no está tan ceñida, como debiera, a la técnica prescrita por el artículo 531 del Código Judicial, aplicable por mandato del artículo 7º del C. de P. P. En efecto, el resumen de los hechos que culminaron con el ilícito no se ve por parte alguna. Unicamente hace una somera referencia del estado dactiloscópico sobre las huellas o fragmentos digitales que quedaron estampadas en el sitio de los acontecimientos, tildándolo de deficiente por hacer referencia a fragmentos y no a huellas propiamente, recayendo en lamentable confusión de términos, ya que el alcance de la expresión del informe, es de porción de huellas, número de huellas, grupos de huellas y no propiamente las partes en que se divide una huella.

"Cita los textos legales que considera infringidos y después de transcribir el texto de la causal segunda de casación, se limita a enunciarla, seguido de un ligero comentario que no se puede considerar suficiente fundamento de ella, como lo ha venido prescribiendo la jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia, cuando dice hablando de las causales: "pues no basta invocarlas cuando por otra parte no se les funda; porque en ese supuesto la demanda adolece de un defecto sustancial que consiste en la falta de demostración en forma clara y precisa de los fundamentos que sirvan de base a la causal invocada". (Sent. de mayo 20/47. Tomo 192 (sic) G. J.)".

SE CONSIDERA:

Fundada razón tiene el señor colaborador Fiscal en los reparos que hace al libelo, por la completa falta de técnica al proponer el recurso, pues la demanda es apenas un corto alegato de instancia, en la que ni siquiera se hace la relación de los hechos, requisito exigido por el artículo 531 del Código Judicial, y en la que se limita el recurrente a invocar las causales segunda y cuarta y a la cita escueta de las disposiciones legales que considera violadas, pero sin entrar en una verdadera demostración jurídica de las causales invocadas, ni en un planteamiento claro y preciso de los fundamentos que sirven de apoyo a cada una de estas causales.

En relación con los requisitos de técnica procesal, tanto de forma como de fondo, que la ley exige para que la Corte entre a considerar el recurso extraordinario de casación, esta Sala, reiteradamente ha expuesto lo siguiente:

"Para que en casación prospere la demanda —ha dicho la Corte— es indispensable que la persona que ejercita ese derecho se ciña estrictamente a los términos señalados por la Ley, no sólo en su aspecto de forma sino en su contenido intrínseco o de fondo. Es la unidad de estos dos factores lo que estructura jurídicamente una demanda para que la Corte con fundamento en ella pueda hacer el estudio de los problemas que en ésta se plantean. Si la demanda es una crítica de la sentencia frente a la ley, porque fue violada, mal interpretada o indebidamente aplicada —como se asegura que ocurre en este caso— deber de quien acusa la sentencia es el de anotar esos errores para que sean corregidos.

"Pero a este final no se llega por la simple presentación de un memorial o alegato, ni por la referencia que en él se haga de haber expuesto el problema en otra oportunidad y dentro del mismo proceso, ni por la cita escueta de las disposiciones que se dicen violadas o mal aplicadas, sino mediante la demostración y análisis de cada una de las causales invocadas. De no ser así, el recurso de casación se convertiría en una tercera instancia y la técnica que debe presidirlos sería inoperante. Por eso, hay que repetirlo, la Corte como Tribunal de Casación, sólo estudia las demandas que vengan ajustadas a la Ley". (G. J. Tomo LXXXI)".

También esta Sala ha sostenido, dándole aplicación en varias ocasiones al artículo 565 del C. de P. P., al declarar desierto el recurso, cuando la demanda de casación contiene defectos esenciales de técnica procesal, que: "Cuando el artículo 565 del C. de P. P. dice que el recurso debe declararse desierto si no se fundare en la oportunidad legal, no sólo está indicando la ausencia de todo escrito tendiente a respaldar el propósi-

to de impugnación, sino también el caso en que la demanda a que se refiere el inciso segundo del artículo 563 ibidem, no indique la manera precisa de los hechos y las razones jurídicas en que se base el recurrente y que sirvan a la Corte para hacer un estudio concreto de la providencia recurrida en relación con las causales que se invoquen".

Es cierto que la Corte, en ocasiones, ha procedido con un criterio de amplitud en favor del acusado, para no sacrificar la justicia a un riguroso formalismo; pero no puede llegar hasta el extremo de suplir las deficiencias esenciales en que haya podido incurrir el recurrente en su demanda, como ocurre en el presente caso, para entrar en un estudio de fondo, pues a esto la inhiben dichas deficiencias, porque lo contrario equivaldría a dar cabida para que el recurso de casación se convirtiera, de hecho, en una tercera instancia, lo que sería desvirtuar completamente la naturaleza y finalidad legal de este recurso excepcional.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo en parte con él, DECLARA DESIERTO el recurso interpuesto contra la sentencia del diez y nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve del Tribunal Superior de Manizales, por la cual se condenó a Carlos Julio Melo Parra o Carlos Julio Garzón Garzón a la pena principal de siete años de presidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

ERROR DE APRECIACION DE UNA PRUEBA EN QUE SE FUNDAMENTO LA SENTENCIA ACUSADA PARA CONDENAR AL PRESUNTO AUTOR INTELECTUAL DE UN HOMICIDIO IMPERFECTO

Lo que manda el artículo 28 de la Carta es que el juzgamiento se haga "conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". No puede el juzgador en las instancias, dejar de aplicar el procedimiento señalado en la ley preexistente, así pueda considerar que en él se restringen los medios de defensa del procesado, salvo que ese estatuto sea derogado o se haya declarado inexequible en todo o en parte.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL — Bogotá, marzo diecisiete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

VISTOS:

Cumplidos los trámites correspondientes, procede la Sala a resolver sobre el recurso de casación interpuesto por el procesado Lisdarls o Sisdaris Rojas Galeano contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de 11 de mayo de 1960, por la cual confirma la de primera instancia de 28 de enero del mismo año proferida por el Juzgado 2º Superior de la misma ciudad y por la cual le fue impuesta al recurrente y al procesado Israel José Barco Suárez, la pena de once años y cuatro meses de presidio, para cada uno, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito imperfecto de homicidio cometido en la persona de Antonio Suárez Posada.

HECHOS Y DESARROLLO DEL PROCESO

Del informativo, adelantado según el procedimiento señalado en el Decreto 012, de 4 de junio de 1959, se desprende lo siguiente:

a)—El día domingo, catorce de junio de mil novecientos cincuenta y nueve, transitaba el señor Antonio Suárez Posada por la calle 25 entre las carreras 22 y 23 de la ciudad de Tuluá, cuando entre siete y siete y media de la mañana fue atacado en forma sopresiva por un sujeto que, capturado momentos después en la calle 26 con la carrera 26 dijo llamarse Israel José Barco Suárez.

Este individuo ocasionó a Suárez Posada varias heridas, descritas así, por los médicos legistas que lo examinaron:

"...herida punzocortante y penetrante de tres centímetros de largo, en la región precordial, que interesó tejidos blandos; herida punzocortante, de cinco centímetros de largo, sobre el reborde condro-costal derecho, penetrante, que interesó hígado (sic), en su convegidad (sic). Fue operado...". "La incapacidad definitiva fue de veinte días...". (Informes de los fls. 24 y 71 del primer cuaderno).

b)—Realizó la captura de Barco Suárez el detective número 1.518, quien, informa lo siguiente (documento de 16 de junio de 1959, fls. 4 y 4 v. del primer cuaderno):

"Interrogado Barco García (sic), negó en un principio ser el autor del delito, no obstante habérsele decomisado un cuchillo con evidentes señales de sangre, el cual lo portaba en uno de los bolsillos del pantalón. Ya en el día de hoy, en que fue nuevamente interrogado, manifestó estar dispuesto a decir toda la verdad sobre los hechos, agregando o exponiendo que sí fue el autor del delito y que lo hizo movido por la oferta

de $ 1.500.00 que le ofreciera el sujeto Lisdaris Rodas, para que ultimara al señor Antonio Suárez, persona que le sería previamente señalada, puesto que él (Barco) desconocía al sujeto que debía ser su víctima. Añadió, además, que la suma convenida o sea los $ 1.500.00 le iban a ser entregados una vez cumplida la misión, por un dependiente que tiene actualmente el señor Suárez.

"Manifestó también que Lisdaris le dijo que tenía que ultimar a Suárez, debido a que éste fue el autor intelectual de la muerte de su padre, de nombre Alfredo Rodas, lo cual lo había hecho con el fin de quedarse con un negocio de compra y venta de café que poseían en la carrera 21 número 27 A 05.

"Interrogado para que dijera quién había sido la persona que le señaló al señor Suárez, cuando salía de la residencia número 22-56, de la calle 25, dijo haber sido el mismo Lisdaris, el cual se encontraba situado en la carrera 22 con la calle 25, esquina, con un vestido gris entero, camisa blanca, de cuello pero que no tenía corbata...".

c)—El procesado Israel José Barco Suárez fue oído en declaración de inquirir en dos oportunidades, así:

1ª—El 19 de junio de 1959, habiendo dado la siguiente versión de los hechos:

"El día domingo 14 de los corrientes, a eso de las siete y media de la mañana, me encontraba yo un poco borracho, me encontraba en una cantina del barrio Sinaí; en eso llegó un sujeto al cual no conozco, y me dijo que fuera donde el señor Lisdadis (sic) Rojas; yo fui a la casa del citado Sr., la cual se encuentra por los lados del estadio y me dijo que nos viniéramos para el centro de la ciudad; cuando veníamos me dijo: 'Ola: voy a hacer matar al señor Antonio Suárez'; y me dijo luego: 'si vos lo matas, te pago mil quinientos pesos'. Yo le dije que aceptaba. Luego él me dijo que si yo caía en la cárcel, él me ponía abogado, para que me defendiera. Luego llegamos al parque Boyacá y me dijo que esperáramos un rato allí, mientras el señor Antonio Suárez salía de la iglesia en donde se encontraba oyendo misa; yo a este señor Suárez no lo conozco; el citado Lisdaris Rodas me dijo que fuéramos hasta la puerta de la iglesia, fuimos y entonces me dijo que ese era el señor que había que matar, señalándome a un señor robusto, de edad, que se encontraba oyendo la misa en la puerta de la iglesia: luego nos vinimos y nos sentamos en el parque a esperar al señor Antonio Suárez, para matarlo allí en el parque; para este fin yo tenía un cuchillo que me prestó un amigo mío de nombre Alfredo Martínez, pero este señor no sabía para qué era el cuchillo. Me puse a esperar al citado señor Suárez, y entonces Lisdaris se fue para los lados de la 'Trans-Salónica' a esperarme una vez cometida la muerte del señor Suárez; pero yo me quedé allí en el parque dormido y al rato vino Lisdaris y me dijo que el citado señor Antonio Suárez ya había pasado y yo por quedarme dormido no había podido matarlo; el citado Lisdaris Rodas me dijo que me fuera los lados (sic) del café Caruzo y esperara allí al Sr. Suárez; y yo me fui para la dirección indicada y entonces él se entró a misa? cuando estuve en la esquina del café Caruzo pasó el señor Antonio Suárez, y a mí me dio miedo y lo dejé pasar; yo me dirigí al café en donde queda la 'Trans-Salónica' y allí me encontré con el citado Lisdaris; él me dijo que qué había de la cosa; yo le dije que a mí me daba miedo; entonces él me dijo que fuera donde el depósito del señor Suárez, que allí un empleado de dicho señor también estaba de acuerdo para la muerte del señor Suárez; yo a ese empleado no le sé el nombre, pero como dije antes, estaba también de acuerdo de que mataran al señor Antonio Suárez. El mencionado Lisdaris me dijo que me parara en la esquina y allí esperara al citado señor Suárez; yo me fui para la esquina de la carrera 22, calle 25, y allí me puse a esperar al señor Suárez; en eso vi que venía el señor Suárez y le pegué no recuerdo cuántas puñaladas: yo le pegué las puñaladas en la parte del estómago, cuando yo le pegué las puñaladas a dicho señor, yo me fui corriendo hacia el centro, en donde fui cogido. Quiero manifestar que el señor Lisdaris Rodas me dijo antes de suceder la tragedia que cuando yo matara al señor Antonio Suárez, lo empujara al suelo y le sacara un bolsillo del pantalón, para que las autoridades dijeran que lo habían matado por robarlo, pero yo no hice eso".

En el interrogatorio que luego le fue hecho, dice que a Lisdaris Rodas lo conocía desde siete años atrás, y que otra persona comprometida en los hechos es un empleado del mismo Antonio Suárez, de nombre Jairo.

2ª—El 28 de julio siguiente, ocasión ésta en que dice lo que pasa a transcribirse:

"Lo que quiero decir es que el doce de junio de este año yo me encontraba en el café 'La Montaña' en las horas de la tarde, por ahí a la una, con unos amigos tomándome un tinto, amigos que se llaman Abelardo Escobar y Fabio Arias, el pri-

mero vive por 'Puente Negro' y el otro no sé yo por dónde es que vive, entonces yo les dije que si ellos sabían en dónde había modo de trabajo, modo de yo trabajar, y ellos me dijeron que fuera a un depósito de café que queda por la galería, que allá conseguía trabajo, que el dueño era don Antonio Suárez. Yo me fui y le dije a ese señor que si me daba trabajo, y él me dijo que no; entonces yo le dije que me regalara para comer, porque no tenía nada para comer, y él me contestó de mala gana, queriéndome como echar vainas y sátiras, que no me daba nada, que qué me iba a dar a mí. Entonces a mí me dio rabia por eso y ahí fue cuando al domingo me lo encontré y volví y le dije y volvió a echarme vainas y todo eso, entonces yo a lo último tuve que hacer lo que hice, ¿me entiende? Yo para hacerme a la defensa, metí al muchacho... ¿Cómo es que se llama? Sisdaris Rodas. Pero el muchacho no está metido en ese asunto, yo ni lo conocía a él, ni él me conocía a mí tampoco, lo vine a conocer porque allá en la cárcel me lo mostraron; eso porque el muchacho dicen que era enemigo de ese señor Suárez, y por eso fue que yo lo metí en ese asunto, pero él no se siente culpado en nada de eso; pero qué más será...".

A las preguntas que le fueron hechas, respondió que "lo único que él me dijo una vez..." (se refiere a Lisdaris Rodas) ... "es que yo por qué había hecho eso con él, de acusarlo como cómplice y yo le dije que por temorización lo había hecho en meterlo a él en ese asunto; y él me dijo que no tenía por qué meterlo en líos, porque no éramos conocidos, ni siquiera éramos amigos, pues, y por eso resolví yo venir a declarar esta vaina".

Cuando el proceso se encontraba en el Tribunal Superior de Buga, antes de ser ordenada la fijación en lista para "alegar de conclusión", Barco Suárez presentó un memorial, en el que dice lo siguiente:

"Debo exponer más claramente que en mi conciencia no está correcto el caso de que el señor Sisdaris Rodas Galeano se encuentre sindicado como el autor intelectual de los hechos consumados en contra del señor Antonio Suárez, de Tuluá.

"Quiero manifestar francamente que dicho señor es inocente de tales hechos, porque sucedo que no es él quien se aprovechó de mi escaso espíritu para ordenarme u ofrecerme dinero para que consumara tal delito, todo esto es una contradicción de mi parte por no llegar al desacuerdo con el propio culpable de ello.

"Quiero su Sría (sic) que conforme sea conocida la investigación, sea ordenada la captura del señor Jairo Pérez, que es él quien debe responder en el grado de autor intelectual del citado insuceso, ya que dicho sujeto fue quien verdaderamente me sobornó para que cometiera el delito ofreciéndome una gran suma de dinero, ya que seguramente la aspiración que él tenía era de conseguirse gran parte de los bienes del ofendido Suárez.

"Además tengo para declarar que el señor Jairo Pérez, me puso en conocimiento que si por tal hecho yo caía en poder de la justicia, no lo fuera a delatar de algo, que él me ayudaría a salir ya que él tenía buena influencia en Tuluá y que en el caso si me detenían que manifestara a las autoridades que había sido el señor Sisdaris Rodas quien me había ofrecido la suma de mil quinientos pesos para que asesinara al citado Suárez, esto lo hizo por una venganza con Rodas, por asuntos baladíes, según me lo llegó a manifestar Pérez; yo lo hice de incriminar a Rodas por temor a las amenazas que Pérez me hacía, si no lo hacía como él me había dicho".

Más adelante agrega que "sin lugar a duda alguna, Sr. Magistrado, que es el señor Jaime Pérez quien debe responder ante Dios y ante la ley por este hecho criminoso, mientras que el señor Sisdaris Rodas debe ser puesto en libertad, ya que no tiene ninguna participación en el ilícito mencionado.

"Ruego encarecidamente a su Sría (sic) me conceda la petición antes hecha, es decir, hasta que los hechos queden plenamente establecidos, ya que, repito, considero que la sentencia condenatoria para el señor Rodas debe ser revocada con su libertad, y en cambio aplicada al señor Jairo Pérez, que es el directo responsable".

d) Practicada la diligencia de indagatoria de Lisdaris Rodas Galeano, niega rotundamente los cargos que primeramente le hiciera Barco Suárez. Asimismo, Jairo Pérez Betancourt rechaza las afirmaciones del mismo Barco Suárez, sobre complicidad suya en el delito de que fue víctima el nombrado Antonio Suárez Posada.

e)—Fuera de lo anterior, no hay prueba alguna de cargo contra los nombrados Rodas Galeano y Pérez Betancourt. Unicamente supone el ofendido Antonio Suárez (declaración rendida el 24 de junio de 1959, fecha para la cual ya el procesado Barco Suárez había hecho imputaciones a Rodas Galeano, dentro de su primera versión de los hechos), que "el único autor intelectual lo es Sindaris Rodas Galeano, que pudo hacerlo por

venganza... por cuanto yo tuve negocios en compañía con el padre de él, persona a quien también asesinaron en esta ciudad, y a raíz de eso hubo partición de bienes, y al parecer él no quedó satisfecho".

Otros testimonios, como los de Arturo Romero (fl. 14 v.); Libardo Virgen (fl. 15); y Hernando Tobón, se refieren únicamente a los hechos cumplidos por Barco Suárez. Este último declarante, sobre este particular, informa lo que pasa a trascribirse (fl. 41):

"El día domingo, 14 del mes próximo pasado, como a eso de las seis de la mañana, llegué yo a mi casa de habitación, situada en la calle 25 número 22-56, pero antes de entrar a mi casa vi a un sujeto desconocido para mí que se encontraba parado junto a un tubo de luz. Cuando el sujeto vio que yo lo estaba viendo, salió y se fue. Allí en donde yo vivo, vive el Sr. Antonio Suárez; al rato volví a salir nuevamente; don Antonio Suárez se estaba vistiendo, como dije antes volví a salir nuevamente y vi que el sujeto que momentos antes había visto, se encontraba parado en la esquina de la calle 22, mirando hacia la casa nuestra; fui a las galerías y regresé nuevamente a la casa y allí en la esquina se encontraba todavía el sujeto; entré a mi casa, en esas salía don Antonio para la calle, yo entré y me acosté a dormir, al rato me llamó mi mamá María de Jesús Marín, diciéndome que habían matado a don Antonio; salí a la calle y pude ver que llevaban al sujeto que momentos antes yo había visto parado junto al poste de la luz y en la esquina; a don Antonio Suárez ya se lo habían llevado para el hospital. Al sujeto, cuando yo lo vi en la esquina, lo vi conversando con dos sujetos más, que no conozco, pero eran como jóvenes...".

A esas dos personas que el declarante Tobón dice haber visto en compañía de Barco Suárez se refiere éste, en su declaración de inquirir el 28 de julio de 1959, diciendo que "esos son dos muchachos de Salónica; no, no había sino uno solo, llamado Aldemar Estrada, que estaba por esos días trabajando en esa región y se había desmontado del carro allí donde yo esperaba a ese señor Antonio, y me parece que todavía está en Salónica o en Trujillo trabajando".

Pues bien:

Ninguna otra prueba, ni diligencia se practicó en el proceso. Y dispuesto el traslado a las partes para alegar, mediante auto de 30 de octubre de 1959, el Juzgado 2º Superior de Buga profirió la sentencia a que se ha hecho alusión, la que fue confirmada por la del Tribunal Superior de la misma ciudad, objeto del recurso.

LA DEMANDA DE CASACION

En metódica y juiciosa demanda, el doctor Miguel Angel Marín Vanegas acusa el fallo recurrido con fundamento en las causales 2ª, 4ª y 1ª del artículo 567 del C. de P. P., a las cuales se refiere en el orden indicado, así:

CAUSAL SEGUNDA

Dice el demandante, luego de transcribir lo previsto en el artículo 203 del C. de P. P., que "el instructor...." (que lo fue la Inspección 2ª de Policía de Tuluá)... "dejó de cumplir a cabalidad con su deber, pues se limitó a aceptar sin reservas la confesión del autor material, haciendo de ella una interpretación acomodaticia, dándole plena credibilidad en lo desfavorable para uno de los supuestos autores intelectuales y desechando esa misma confesión con relación al otro cómplice, dándole cabida en esta forma absurda al criterio aberrante de que el confesante y a la vez acusador como testigo único decía la verdad, toda verdad cuando aludía a Sindaris Rodas Galeano y mentía con desfachatez cuando así acusaba a Jairo Pérez...".

Agrega que "el Tribunal se empeñó en darle pleno valor probatorio a esa confesión, en cuanto acusaba a Rodas Galeano y de manera sistemática se negó a admitir siquiera como posible la rectificación repetida en dos oportunidades diferentes, como si la primera confesión tuviera el carácter de intocable. Con sobrada razón dice el doctor Jaramillo, defensor del procesado Rodas Galeano: 'Y si no se puede dictar sentencia sino con la plena prueba (art. 203 del C. de P. P.) y esta prueba es la que explica el art. 205, dónde está aquí esa plenitud probatoria del artículo 205, si por parte alguna aparece confesión de mi representado en la partición del acto que le atribuye el autor confeso y convicto del hecho criminal? Y si la confesión puede tener los mismos defectos que el testimonio (v. pág. 142 de los Comentarios al C. de P. P., de Timoleón Moncada) y el testimonio mismo (artículo 224) debe apreciarse teniendo en cuenta las normas de la crítica, y en este caso se trata de una sola declaración, cual es la del autor material del hecho, ¿cómo se le puede dar tal credibilidad a esa manifestación sola y única en el concurso de todas las que obran en el proceso, sin que nadie,

fuera de Barco Suárez, trate de complicar a Rodas?'".

"Por considerarlo pertinente...", dice el recurrente... "sigo transcribiendo los conceptos del doctor Jaramillo con citas de Moncada, haciendo referencia al artículo 203 del C. de P. P.: 'Significa esto que para condenar a una persona es necesario allegar la plena prueba del cuerpo del delito y de la responsabilidad. Para absolver, pues, no hay necesidad de que esté plenamente probada la inocencia; basta que no esté plenamente demostrada la infracción o que no se haya probado plenamente la responsabilidad. Ninguna persona está obligada a probar su inocencia, para ser absueltas, cuando faltan las pruebas de responsabilidad. ¿Por qué? Porque el sistema probatorio en materia penal parte de una gran presunción consistente en que a todos los hombres hay que considerarlos inocentes mientras no se les demuestre lo contrario'. "Volviendo sobre el tema de la confesión...", sigue el demandante... "quiero citar aquí el criterio expuesto por Mittermier (sic) en su Tratado de Prueba en Materia Criminal: 'La confesión primitiva, a causa de los vicios que contiene, no puede suministrar plena prueba, y recayendo sobre ella la revocación (retractación, digo yo) la despoja también de un principio de fuerza que hubiera podido darle la persistencia del acusado en su primera declaración... Es regla general que la confesión, para hacer fe, debe ser confirmada varias veces por las confesiones persistentes del acusado (páginas 208 y 204)'. "Y, en cuanto a la credibilidad del confesante autor de un delito, dice Mittermaier: '...La declaración del cómplice ofrece también graves dificultades. El que según su propia confesión, ha manchado su vida con un crimen, no tiene igual derecho a ser creído en su testimonio que el hombre que se ha conservado puro. Además de esto, es natural que el cómplice se incline a hacer recaer sobre su coautor una parte de su propia falta; tiene, pues, interés directo en declarar de manera contraria a la verdad'".

Concluye el impugnante, con respecto a este primer cargo a la sentencia recurrida, con lo que pasa a transcribirse:

"En el caso de estudio el fallador de la segunda instancia se negó a aceptar la infirmación del confesante, sin admitir como un hecho bastante elocuente el de que la persistencia o insistencia del confesante se contrajo precisamente a rectificar el cargo de cómplice o autor intelectual lanzado contra Sisdaris Rodas Galeano, explicando en forma creíble la razón de su dicho y dejando ver claramente que si existe autoría intelectual, ella debe ubicarse en otra persona distinta a la de mi defendido

"Consideró, pues, erradamente el H. Tribunal de Buga el valor probatorio de la afirmación jurada hecha por el autor material del delito... y esta apreciación equivocada hace viable la acusación de la sentencia en la forma que lo hago con fundamento en la causal segunda invocada, por aparecer claramente establecido en los autos que se profirió sentencia condenatoria contra Sisdaris Rodas Galeano sin que obre en el proceso legalmente producida, la prueba plena o completa de que este ciudadano es responsable del cargo que se le hizo como presunto autor intelectual.

"Violó, pues, el distinguido Tribunal de Buga, de manera flagrante, el artículo 293 del C. de P. P., lo mismo que los artículos 204, 205, 216 y 223 ibidem, al proferir la sentencia acusada, porque hizo una errada interpretación de los hechos, les atribuyó un valor probatorio que no tienen, les negó el que sí tienen desechando sistemáticamente las dos rectificaciones de la única declaración de cargo, todo lo cual vino a determinar la sanción impuesta con exceso de rigor".

CAUSAL CUARTA

Afirma el demandante que "la inconstitucionalidad del Decreto 012 de 1959 se percibe a primera vista, se capta sin una mayor observación con su sola lectura; de manera que su aplicación y cumplimiento en perjuicio de los principios generales de favorabilidad constitucional dentro de los cuales tiene perfecto derecho el procesado a que se le juzgue, dá perfecto asidero legal y jurídico para sostener —como lo hago que por cuanto no se dio aplicación al precepto consagrado en la Carta, que ordena juzgar dentro de las normas más favorables y dar prelación a las leyes que ofrecen más amplios y ventajosos medios de defensa al sindicado, se violó de manera explicable pero injustificada no sólo el artículo 26 de la Constitución Nacional vigente, sino también el artículo 215 de la misma Carta, que a la letra dice: 'En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

"En el caso de estudio...", anota más adelante el recurrente... "el H. Tribunal de Buga ha debido, en atención a la gravedad de los hechos y sobre todo frente a la inminencia de ir a con-

denar un inocente a quien no se había oído conforme a las normas ordinarias propias para el juicio que le eran a todas luces favorables, ha debido enmendar el error del subalterno y mediante el cumplimiento del mandato constitucional darle al procesado todos los medios legales de defensa. Como no lo hizo, violó flagrantemente... los artículos 26 y 215 de la Constitución, en cuyo caso la causal cuarta de casación, que creo dejar demostrada, también debe prosperar, ya que la sentencia recurrida fue dictada en juicio viciado de nulidad".

CAUSAL PRIMERA

"Finalmente...", dice el doctor Marín Vanegas..., "acuso la sentencia recurrida con base en la causal primera consagrada en el artículo 567 del C. de P. P., porque la citada providencia es 'violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o indebida aplicación de la misma'".

"Si vamos a suponer que Sindaris Rodas Galeano es responsable del cargo de que se le acusa... salta a la vista la violación directa por parte del fallador del artículo 211 del C. P., que ordena imponer una sanción graduable entre un mes y tres años de arresto... a la persona que proponga a otro la comisión de un delito, que es propiamente el cargo de que se acusa a Rodas Galeano, según la versión de Barco Suárez, cuando afirma que aquél le propuso, así: 'Ola; voy a hacer matar al señor Antonio Suárez; y me dijo luego: si vos lo matas, te pago mil quinientos pesos; yo le dije que aceptaba'. Esta propuesta, en caso de que fuera veraz, no pasaría de ser eso, una propuesta simple que en manera alguna da pie para tomarla como verdadera instigación a delinquir...".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Luego de un detenido examen del proceso y de los cargos hechos por el demandante, concluye el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal su concepto (fls. 46 a 71, del segundo cuaderno) con la solicitud de que se case la sentencia recurrida, con fundamento en la causal 2ª prevista en el artículo 567 del C. de P. P. y, en consecuencia, se absuelva al procesado Lisdaris o Sindaris Rodas Galeano.

Apoya el Ministerio Público su petición en los siguientes argumentos:

"...como prueba de cargo no existe en autos otra distinta del dicho del procesado Barco Suárez, contenido en el informe del detective que lo capturó y en la primera de sus indagatorias, siendo de señalar que Barco Suárez ni siquiera sabía bien el nombre de pila de Rodas Galeano, a quien denomina 'Lisdaris'; y que en la segunda versión que en su indagatoria dá, se refiere a una serie de detalles, tales cómo el de su embriaguez, el del 'sujeto desconocido' que fue a iniciarle que se dirigieran a la casa de Rodas Galeano, la ida a la casa de éste, su gira por los cafés, o cantinas, el parque y la iglesia; la rápida e inconsulta propuesta que se le hizo y que con la misma rapidez e impremeditación fue aceptada y puesta en obra; el afirmar que el señor Suárez Posada le fue señalado por Rodas Galeano, como 'un señor robusto, de edad, que se encontraba oyendo misa en la puerta de la iglesia', luego de haber dicho que se lo había señalado 'cuando salía de la residencia'; el haber prestado el arma al señor Alfredo Martínez (a quien ni siquiera se trató de localizar); etc., etc., circunstancias todas éstas que dan la impresión de que con él se trata de un mitómano consumado.

"Los demás hechos que el Tribunal tilda de 'pruebas', no pueden ni siquiera calificarse de indicios. Es así que lo del vestido, es afirmación proveniente del detective, no de Barco Suárez. Y es muy fácil saber en un pueblo qué ropa usó determinada persona o qué ropa usa determinada persona los domingos y días de fiesta, con más veras si este sujeto es un mecánico que durante la semana lleva ropa de trabajo. La afirmación del resentimiento de Rodas Galeano surgido por la liquidación del negocio con su padre, apenas proviene a modo de simple suposición, de parte de Suárez Posada, compañero de negocio, y de Pérez Betancourt, su empleado y quien efectuó dicha liquidación; pero es de anotar que ellos afirman únicamente lo anterior, y no el que le atribuyera Rodas Galeano a Suárez Posada, en calidad de autor intelectual, la muerte del padre del primero. La afirmación hecha por Pérez Betancourt de que Rodas Galeano, el día viernes anterior a los hechos, le preguntó por quién había abierto el depósito de café el domingo subsiguiente, la cual no niega éste haber efectuado, carece de valor como indicio, ya que el mismo Barco Suárez manifiesta que la propuesta le fue hecha esa misma mañana del domingo, a eso de las siete y media, poniéndose así en contradicción no solamente consigo mismo, sino también con Her-

nando Tobón, quien lo vio desde las seis de la mañana esperando que el señor Suárez Posada saliera de su casa de habitación.

"Si en realidad Barco Suárez fuera una persona entendida en cuestiones judiciales, a lo mejor podría aceptarse lo que en torno al mismo asevera el H. Tribunal, o mejor, que 'esa revelación lo perjudicaba, por cuanto que el delito revestía, así, de mayor gravedad, surgía la premeditación por motivos innobles y la ejecución mediante pago o promesa remuneratoria'. Creyó todo lo contrario el acusado, es decir, que tal revelación lo eximiría de culpa principal y que pasaría a segundo término su responsabilidad, presentándose como un simple instrumento, ya que por haber sido capturado no podía negar su acción.

"De por sí, pues, las imputaciones o descargos de Barco Suárez tienen un valor ínfimo y muy relativo. Y ese poco valor desaparece totalmente como elemento de convicción, como consecuencia de las rectificaciones que hizo y de las contradicciones en que incurre. Por lo menos, se evidencia que tal individuo es un mitómano, que unas veces se presenta como movido por su propio impulso y otras obrando como agente de Rodas Galeano y Pérez Betancourt, conjuntamente, o de este último exclusivamente, circunstancia esta muy importante, ya que al retractarse con respecto a Rodas Galeano podía mejorar su propia situación, y al atribuirle culpa a Pérez Betancourt en su último memorial, no mejoraba en nada esa misma situación.

"De modo, pues, que la Procuraduría discrepa del siguiente pasaje o afirmación hecha por el Tribunal de Justicia:

"'Que existe la prueba suficiente para demostrar la responsabilidad de Sidaris Rodas Galeano en la comisión del delito investigado, por cuanto los cargos hechos contra él por el autor material son dignos de crédito, ya que las demás piezas sumariales hacen resaltar la veracidad de ellos'.

"Considera, por el contrario, que la prueba allegada al presente proceso no tiene carácter de plena o completa... por lo que atañe a la responsabilidad atribuida a Rodas Galeano. Esa misma prueba no puede, por tanto, servir de apoyo a un juicio que llevare a deducir la culpabilidad penal al mismo por el hecho que se le atribuye".

Ahora bien:

Con respecto a las demás causales de casación aducidas por el recurrente, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal observa lo que pasa a transcribirse:

"Causal cuarta.—Nulidad del proceso.—Siendo viable la causal anterior, en realidad sobre el examen de los motivos de impugnación subsidiariamente invocados. Sin embargo, no está por demás una referencia a ellos, lo que en efecto se hace del modo siguiente:

"La tesis de la inconstitucionalidad del Decreto 012 de 1959, en varias oportunidades ha sido planteada ante la Sala Penal de la H. Corte como base de nulidad supralegal en que se incurre en los procesos que se tramitan con arreglo al mentado decreto.

"Pero ella no ha sido aceptada en virtud de que la Sala Penal no puede entrar a decidir o dirimir cuestiones jurídicas que son de la incumbencia de otra Sala de esa misma Corporación, como es la que está encargada de resolver cuando una ley o decreto legislativo es constitucional o no.

"Sobra, por tanto, citar aquí la doctrina de la Sala Penal con respecto a la cuestión propuesta.

"**Causal primera.**— Interpretación o aplicación errónea de la ley penal.—Al invocar y sustentar esta causal, el señor abogado recurrente, luego de poner de presente la inocencia de su defendido, parte de un supuesto que pretende se admita en gracia de discusión.

"Tal suposición sería que Rodas Galeano sí es responsable del hecho por el cual se le acusa...", caso en el cual la sentencia viola el mandato contenido en el artículo 211 del C. Penal.

"Lo que el demandante alega al criticar en la anterior forma la sentencia, es que el fallo acusado incurrió en un error relacionado con la denominación jurídica del delito, lo cual —obvio es afirmarlo— no es materia de la causal primera de casación sino de la causal cuarta.

"Además, no es con pie en simples suposiciones que el recurso de casación debe fundarse. Por lo tanto, la causal subsidiaria no puede prosperar".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

La Sala entra a ocuparse de los cargos hechos a la sentencia recurrida, examinando, en primer término, el que aduce el demandante con invocación de la causal cuarta de casación.

Sobre este particular, es necesario advertir que el juzgador sí puede ocuparse de la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 215 de la Carta, para dar preferencia, en el caso **sub judice** a las normas constitucionales, cuando encuentre que las de la ley son inexequibles.

Pero en el presente negocio no se incurrió en

violación de las garantías previstas en el artículo 26 de la Constitución, dado que el procedimiento mediante el cual fueron juzgados Israel Barco Suárez, Jairo Pérez Betancourt y Lisdaris o Sisdaris Rodas Galeano era el pertinente en las instancias, pues los hechos porque fueron procesados tuvieron ocurrencia días después (el 14 de junio de 1959) de entrar a regir el Decreto 012 de 1959 (junio 4 del mismo año).

Y lo que manda el artículo 26 de la Carta es que el juzgamiento se haga "conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", preceptos que fueron cumplidos en este proceso, pues el trámite se ajustó a las previsiones del citado Decreto 012 de 1959.

No podía, ni puede el juzgador en las instancias, dejar de aplicar el procedimiento señalado en la ley preexistente (Decreto 012 de 1959), así pueda considerar que en él se restringen los medios de defensa del procesado, salvo que ese estatuto sea derogado o se haya declarado inexequible en todo o en parte.

De consiguiente, al aplicar el Juzgado 2º Superior de Buga y el Tribunal Superior de la misma ciudad las disposiciones del Decreto 0012 de 1059 en este proceso, no incurrió en la nulidad constitucional que alega el demandante.

No prospera, pues, el cargo hecho a la sentencia con invocación de la causal cuarta de casación.

Ahora bien:

Impugna el recurrente el fallo acusado, asimismo, con fundamento en las causales segunda y primera previstas en el artículo 567 del C. de P. P., respecto de las cuales estima la Sala lo siguiente:

Causal segunda.—Tiene razón el demandante cuando afirma que en el fallo del Tribunal Superior de Buga, con respecto a la condenación de Rodas Galeano, se incurrió en errada interpretación o apreciación de los hechos, al atribuirles un valor probatorio que no tienen.

Expresa al respecto el Tribunal Superior de Buga en la providencia recurrida que "los cargos hechos bajo la gravedad del juramento por Israel José Barco contra Sisdaris Rodas Galeano tienen fuerza de convicción en la mente del juzgador, por cuanto con ellos no buscó eludir ninguna responsabilidad de autor material, por el contrario, aceptó esa responsabilidad con todos sus agravantes y declaró así toda la verdad".

Sinembargo, no merece tal crédito el procesado Barco Suárez, pues la versión que hace sobre la manera como le fue propuesta la consumación del delito por Rodas Galeano resulta claramente contraria a la verdad, como que no sólo aparece contradicha dentro del cuerpo mismo de esa versión, sino posteriormente rechazada por el mismo Barco Suárez y también en desacuerdo con lo que declara Hernando Tobón, a saber:

Afirma Barco Suárez, dentro de la citada versión, que el día de los hechos, a las siete y media de la mañana, se encontraba "un poco borracho en una cantina del barrio Sinaí y en eso llegó un sujeto, al cual no conozco, y me dijo que fuera donde el señor Lisdaris Rodas..."

Y del informe del detective Nº 1518 se tiene que la captura de este procesado, luego de cometidos los hechos porque se le condenó como autor material, ocurrió a las siete y cincuenta y siete minutos, esto es, veintisiete minutos después de que Barco Suárez se dirigió hacia donde Rodas Galeano, por la invitación que le hiciera ese desconocido.

Pues bien:

Es absolutamente inverosímil que en ese corto lapso de veintisiete minutos hubiera podido ocurrir lo que relata Barco Suárez:

Dice, en efecto este procesado que acudió a la casa de Rodas Galeano, la cual, informa, "se encuentra por los lados del estadio", saliendo luego, con éste, hacia el centro de la ciudad para buscar al señor Antonio Suárez, persona a quien aceptó Barco Suárez dar muerte, de acuerdo con lo que, cuando caminaban hacia el parque "Boyacá", le propuso Sisdaris.

Agrega que por no conocer a la presunta víctima, Rodas Galeano lo llevó hasta la puerta de la iglesia situada en dicho parque, en donde se encontraba oyendo misa el señor Suárez y que de allí regresaron al parque para esperar a éste sentados en una banca, si bien momentos después Rodas Galeano se retiró, diciéndole al declarante que lo esperaba cerca a las oficinas de la empresa "Trans-Salónica".

Informa después que por haberse quedado dormido no pudo darse cuenta del momento en que terminó el oficio religioso a que atendía el señor Suárez, habiéndolo perdido de vista; pero que habiendo regresado al parque "Boyacá" Rodas Galeano, le dijo que buscara a aquél por los lados del café "Caruzo", entrando Sidaris en seguida a la iglesia, para oír misa.

Asevera, asimismo, que acudió a la esquina

donde, en Tuluá, está situado el café "Caruzo" y allí esperó hasta ver pasar al señor Suárez, pero no lo acometió por haberle dado miedo. Entonces, afirma, "me dirigí al café donde queda la Trans-Salónica y allí me encontré con el citado Lisdaris, y él me dijo que qué había habido de la cosa; yo le dije que a mí me daba miedo; entonces él me dijo que fuera donde el depósito del señor Suárez, que allí un empleado de dicho señor también estaba de acuerdo para la muerte del señor Suárez, yo a ese empleado no le sé el nombre...; el citado Lisdaris me dijo que me parara en la esquina y allí esperara al citado señor Suárez; yo me fuí para la esquina de la 22, calle 25, y allí me puse a esperar al señor Suárez; en esas vi que venía el señor que he citado anteriormente, o sea el señor Antonio Suárez, y le pegué no recuerdo cuántas puñaladas... y me fuí corriendo hacia el centro, en donde fuí cogido".

Agréguese a lo anterior que el declarante Hernando Tobón informa haber visto a Barco Suárez en la esquina de la calle 22 con la carrera 25 de Tuluá desde las seis de la mañana del día de los hechos, cuando este testigo llegaba a su casa, en la que, asimismo, residía el señor Antonio Suárez, y ahí mismo fue posteriormente visto por el mismo señor Tobón, cuando luego de salir de su casa fue hasta las galerías y regresó a ella, habiendo sido informado momentos después, de la agresión cumplida contra el señor Suárez.

¿Cómo, pues, darle crédito a este procesado respecto de la fantástica versión suya de que a las siete y media de la mañana de ese citado día se encontraba en una cantina del barrio Sinaí de Tuluá, en donde un desconocido le pidió que fuera hasta la casa del señor Rodas Galeano, y que habiendo acudido a ella y convenido con éste la muerte de Suárez, fueron al centro de la ciudad, en donde cumplieran (Barco Suárez y Rodas Galeano) ese cúmulo de vueltas que señala en su declaración?

Mucho menos merece credibilidad esa versión de Barco Suárez, si se toma en cuenta que posteriormente la rechaza él mismo, explicando que hizo tales cargos a Rodas Galeano "para hacerme a la defensa..." (declaración de 28 de julio de 1959), agregando, más tarde, (memorial de 9 de marzo de 1960) que quien le propuso que matara a Suárez fue el empleado de éste, Jairo Pérez Betancourt.

Anota Mittermaier en su obra "Tratado de la Prueba en Materia Penal" (octava edición - Madrid, págs. 240 y ss.), que "...se han visto algunas veces criminales que, cuando han conocido no poder librarse de la pena, se han esforzado en su desesperación en arrastrar a otros ciudadanos al abismo donde ellos mismos caían; otros, designar como cómplices a inocentes, con el sólo fin de apartar las sospechas de aquellos que realmente han tomado parte en el delito, y hacer la instrucción más embrollada y difícil..."

Y agrega este tratadista lo siguiente:

"Naturalmente la sospecha que se apoya en una presunción desfavorable..." para la declaración del cómplice... "puede desaparecer en un caso dado, y dar lugar a una firme creencia en la veracidad del declarante. Pongamos un ejemplo: un hombre ha tomado parte en un crimen, cuya consumación no hace suponer, por otra parte, una irremediable depravación; este hombre cuya vida hasta allí había estado exenta de tacha, confiesa su falta y manifiesta su arrepentimiento; designa como cómplice suyo a un individuo contra quien resultaban fuertes cargos; persiste obstinadamente en su declaración, y no puede descubrirse indicio alguno de que exista enemistad entre ellos; esta declaración conviene en un todo con la de otro testigo completamente independiente; todas las circunstancias y cargos de la causa vienen además en su apoyo, y hay grandes presunciones de que los testigos han querido decir nada más que la verdad: ¿deberá... dificultar la convicción del Juez, especialmente si después de pronunciada su propia condena, repite el cómplice su declaración en los mismos términos, y dá a la justicia una nueva garantía...?"

Pero todo lo contrario a las circunstancias que señala el ejemplo traído por Mittermaier, anota la Sala, ocurre en este proceso con la versión de cargo que hace, contra Rodas Galeano, el procesado Barco Suárez. Este no persiste en sus afirmaciones, sino que luego las rechaza; su dicho no encuentra respaldo alguno en otros declarantes, sino que, por el contrario, aparece en franca contradicción con lo que asevera el testigo Hernando Tobón y con la imposibilidad de que en un lapso de veintisiete minutos hubiera podido ocurrir todo lo que en su fantástica versión dice que sucedió Barco Suárez, según su primera declaración de inquirir; y, además, no se desprende del informativo ninguna otra prueba de cargo contra el inculpado Rodas Galeano.

"Dentro del actual sistema del Código...", dijo esta Sala en fallo del 14 de noviembre de 1960 (casación por homicidio de Luis Alfredo Matoma Tique)... "las pruebas más se pesan que se cuen-

tan. Ello quiere decir que si bien se acepta la tarifa legal de pruebas, ésta es cualitativa y no cuantitativa, como lo pregona la frase contenida en el artículo 204 de la Ley Procesal, según la cual en los juicios penales las pruebas se apreciarán por su estimación legal. Pero de que ello sea así no se desprende que exista una libertad de apreciación omnímoda, a tal punto que sea el criterio del Juez el que marca el límite de su valoración. Al adoptar el legislador un sistema intermedio entre la libre apreciación de las pruebas y la tarifa legal, fue sin duda porque aceptó los principios que informan la teoría general de la prueba, señalando pautas y límites para apreciarlas, de tal modo que los principios que forman esta teoría no pueden ser desestimados para encontrar aquella certeza legal que es la única que dentro de las deficiencias del espíritu humano puede permitir al Juez el ejercicio de una recta justicia".

Y de lo examinado, es evidente que en la sentencia recurrida se incurrió en error en la apreciación de lo declarado por el procesado Barco Suárez en su primera indagatoria, pues se le concedió a su dicho tal fuerza de convicción, sin que la tenga, que fue suficiente para apoyar en él el fallo condenatorio proferido contra el señor Sisdaris Rodas Galeano, como autor intelectual del delito imperfecto de homicidio de que fue víctima el señor Antonio Suárez.

No aparece, pues, plenamente probada la responsabilidad de Rodas Galeano y, por tanto, incurre el fallo acusado en la violación de lo previsto en el artículo 203 del C. de P. P.

Prospera, de consiguiente, la causal segunda de casación aducida por el demandante.

Habida consideración de que es viable la causal segunda de casación, no es menester el examen de la primera, también alegada por el recurrente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal INVALIDA la sentencia de 11 de mayo de 1960, proferida por el Tribunal Superior de Buga, en lo que respecta a la condenación hecha en contra del procesado Lisdaris o Sisdaris Rodas Galeano, y en su lugar lo ABSUELVE del delito de homicidio imperfecto porque fue condenado, como autor intelectual y de que fue víctima el señor Antonio Suárez Posada.

Líbrese la orden de libertad del procesado Lisdaris o Sisdaris Rodas Galeano, quien se encuentra detenido en la Cárcel del Circuito de Palmira (Valle).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Buga.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montera Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez. — Ploquinto León, Secretario.

ACUSACION ANTITECNICA Y HUERFANA DE DEMOSTRACION, CON BASE EN LA CAUSAL SEGUNDA, CONTRA UNA SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITO DE HOMICIDIO

Para que la causal segunda de casación prospere es necesario que el error en la apreciación de la prueba, sobre los elementos constitutivos de la infracción, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, sea un error ostensible, manifiesto, pero no aquél que se pretenda construir sobre diferencias de interpretación, que ineludiblemente surgen entre el juez y la defensa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, diez y siete de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Previos los trámites del Decreto 0012 de 1959, el señor Juez Superior de Armenia, mediante sentencia del trece de agosto del citado año, condenó a Luis Angel Tellez Palacio, como responsable del delito de homicidio, a la pena principal de diez años y ocho meses de presidio, al resarcimiento de los perjuicios, en abstracto, y a las accesorias correspondientes.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira confirmó lo resuelto por la instancia en fallo del veintidos (22) de marzo de mil novecientos sesenta, decisión contra la cual interpuso el recurso extraordinario de casación el procesado.

Téllez Palacio constituyó apoderado ante la Corte al doctor Julio César Santos Herrera, quien oportunamente formuló la demanda respectiva, sobre cuyo mérito procede resolver, agotado el trámite propio del recurso.

Hechos:

La Sala estima acordes con la realidad procesal los que el Tribunal narra sintéticamente así:

"Entre los señores Jaime García Herrera y Luis Angel Téllez Palacio, se hallaban rotas las relaciones de amistad, por motivo de una declaración que el primero rindió en contra del segundo, en sumario por "Homicidio" que las autoridades de Armenia adelantaban contra el último. Así las cosas y hallándose Téllez el 22 de mayo del año anterior (1959) en la finca de su padre, ubicada en la vereda de "Murillo", comprensión municipal de Armenia, tomó una escopeta de cápsula y acompañado de un perro salió de cacería, por los cafetales. A poco andar se encontró con su antagonista contra quien disparó la escopeta que portaba, causándole la muerte inmediata".

La demanda

Esta se inicia con un confuso relato de los hechos, expuestos con un criterio personal y evidentemente distanciado de la realidad del proceso. Se involucran allí, sin lógica ni concierto, una serie de comentarios y digresiones sobre pruebas, con notorio quebranto de la claridad expositiva y de la técnica misma del recurso.

Luego, para impugnar el fallo recurrido, se invocan dos de las causales previstas en el artículo 567 del C. de P. P., a saber:

a) Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma, y

b) Errada interpretación o apreciación de los hechos.

La primera está fundamentada en los siguientes textuales términos:

"La sentencia condenó al sindicado Telles Palacio por el delito de homicidio voluntario, pero de autos no se encuentra establecida esa voluntad de matar ya que en repetidas ocasiones el sindicado confiesa que su intensión (sic) fue de defenderse y se encuentra establecido que la intensión (sic) del sindicado era la de hacer o ejercitar el deporte de la caza. Qué otra intención se puede atribuir al señor Telles fuera de lo dicho por él y que acepta el mismo fallo que hoy demando? Es por esto que se violó la ley sustantiva al darse aplicación al artículo 362 y no al artículo 25, en concordancia con el 24, dando aplicación a lo ordenado por el artículo 204 del C. de P. Penal en cuanto al principio 'IN DUBIO PRO REO' ".

"La simple enemistad de García para con Telles no hace presumir, como lo hace el fallador en la providencia que hoy demando, el ánimo de matar del señor Telles y si este ánimo lo hubiera asistido, no sólo un tiro le hubiera hecho al señor García sino muchos más, ya que los llevaba consigo como se puede ver del acto de captura en el cual se le encontraron nueve tiros más que se dispararon por el señor funcionario instructor en las diligencias y en actos que él solo dará razón. El dolo o intención delictuosa es un elemento esencial e indispensable de toda infracción, a falta de lo cual no se puede condenar, no siendo presumible como se hizo en el presente caso".

Para sustentar la causal segunda el demandante presenta los siguientes argumentos:

"El señor Telles fue condenado por homicidio voluntario pese a que en la parte motiva del fallo se dice que el sindicado salió de cacería, determinándose en esta forma su voluntad de salir en ejercicio de un deporte. Ratificado esto por la confesión del occiso (sic) que hace plena prueba, valor que no se le dió, encontrándose ratificado este dicho por el acta o declaración o parte de los capturantes a igual que por el testimonio de los señores Posada y Marulanda que nos determinar (sic) tres tiros, dos de una clase y otro de una clase más fuerte. Y en su lugar se dio valor de plena prueba al dicho del familiar Eduardo Herrera que dice haber encontrado el cadáver sin un arma, cuando de autos se encuentra establecido que el occiso era hombre que siempre andaba armado y en malas compañías además de ir a cortar una guadua el día de los hechos o sea el 22 de mayo, siendo de especial cuidado el hecho de haberse encontrado en su camino al occiso, cuando para ir a la casa por donde se le mandó no tenía que pasar por tal lugar, ya que la casa es anterior al lugar de los hechos. Es sospechosa esta declaración por todo esto y las que se tomaron como fuerza para ésta son de íntimos amigos del occiso e inclusive compañeros de fechorías, siendo de anotar el hecho de encontrarse firmadas las declaraciones de Garzón y Hernández por parientes del occiso".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Con juiciosas y jurídicas razones el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se opone a la casación del fallo impugnado.

Después de anotar las imperfecciones técnicas de la demanda, realiza una acertada crítica a los argumentos que el recurrente expone para sustentar cada una de las causales invocadas, concluyendo, con toda lógica, que los cargos propuestos no pueden prosperar, porque no fueron demostrados. Más aún: Con respecto a la primera de las causales aducidas, el señor Procurador "no encuentra planteado tópico alguno capaz —a lo menos en principio— de suscitar controversia en derecho a la luz del problema esencial que se invoca: la invalidación del fallo". Y agrega: "Ha sostenido repetidamente este Despacho que el demandante no puede olvidar el criterio que informa la comprobación de la causal primera de casación, que no es otro que el de presentar argumentos que conlleven a demostrar el error en la interpretación o aplicación de la ley penal sustantiva, la violación que sobre la misma recae, y la incidencia de tal error en la sentencia impugnada".

En relación con la causal segunda, la procuraduría considera que también ha sido "infortunada en su demostración", porque "implicando su alegación el estudio completo del material procesal, la confrontación de diligencias, el análisis singular y convincente de los hechos que, o fueron probatoriamente mal apreciados, o interpretados o valorados con exceso, o con defecto, o ignorados; todo ello al amparo de la más rigurosa hermenéutica jurídica, no puede concebirse que los meros asertos satisfagan el ámbito demostrativo que se exige del acusante". Y añade: "Mediando, en prioridad, un juicio contra la sentencia, la que por imperio del artículo 570 del C. de P. P. caerá invalidada y será reemplazada, la crítica a ella debe respaldarse holgadamente con argumentos tan contundentes que obligue a la H. Corte a sustituir al fallador".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1º.—Como se observa, lo que el demandante ha querido plantear a través de la endeble argumentación presentada para sustentar las causales invocadas, es la tesis de que el procesado, al dar muerte a Jaime García Herrera en la mañana de autos, obró en legítima defensa. Esa legítima defensa encuentra apoyo, según el recurrente, en la propia confesión del sindicado y en los testimonios de Carlos Enrique Posada y Luis Felipe Miranda, visibles a folios 37 y 38 del informativo, cuaderno primero. Por tanto el Tribunal, al negar la existencia de ese hecho, cometió un yerro que hace casable la sentencia impugnada, con fundamento en la causal segunda. Tal circunstancia, a su vez, lo condujo a la aplicación indebida del artículo 382 del C. P., sin reconocer la causal de justificación prevista en el artículo 25 ibídem, lo que constituye un error de derecho.

2º.—Olvida el impugnador que para la prosperidad de su acción, tenía precisamente que demostrar la existencia de la legítima defensa, mediante un exhaustivo análisis del acervo probatorio del proceso, a fin de convencer a la Sala de que las pruebas que el Tribunal analizó y valoró no conducían a excluir, en el caso de autos, la justificación del hecho. Pero no intentó el menor esfuerzo para demostrarlo. Se limitó a formular asertos inocuos e ineficaces, dando por demostrado lo que en realidad debía demostrarse. Y es obvio que la Corte no puede llenar el vacío dialéctico de la demanda al respecto.

3º.—El Tribunal, en la sentencia recurrida, realizó un sereno y concienzudo estudio de todos los elementos de convicción obrantes en el informativo, del cual dedujo, para los efectos del artículo 203 del C. de P. P., que se hallaba plenamente demostrada la realidad objetiva o material del delito y la responsabilidad penal del procesado, aspecto este último que surge no sólo de pruebas directas sino también de una vertebrada teoría de indicios racionalmente apreciados y valorados. Fue así como el fallador, mediante un proceso de lógica inferencia y tomando en consideración múltiples testimonios, descartó la indivisibilidad de la confesión del incriminado y la deleznable prueba testimonial en que el demandante pretende apoyarla. Ahora bien: desvirtuada la afirmación del procesado, según la cual, al dar muerte a García Herrera, obró en presencia de la necesidad de defenderse de una violencia actual e injusta, es lógico que la justificación de homicidio queda huérfana de prueba. Carece así de eficacia jurídica la tesis de que el Tribunal incurrió en error de hecho. Por tanto, tampoco pudo incurrir en el error de derecho que anota el demandante, por cuanto tal yerro, en el presente caso, no podría surgir sino como una consecuencia del primero.

4º—Para que la causal segunda de casación prospere —ha dicho la Corte en reiteradas oportunidades— es necesario que el error en la apreciación de la prueba, sobre los elementos constitutivos de la infracción, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, sea un error ostensible, manifiesto, pero no aquel que se pretenda construir sobre diferencias de interpretación, que ineludiblemente surgen entre el juez y la defensa.

5º.—De especial atinencia con la cuestión aquí debatida es el criterio expuesto por la Corte en providencia del 3 de octubre de 1960:

"Los juzgadores, dentro del sistema de evaluación de la prueba que el Código de Procedimiento Penal consagra, tienen el suficiente arbitrio en orden a la calificación racional de los elementos de convicción legalmente producidos en el proceso. Sólo cuando sustancialmente yerran atribuyéndoles un valor que no tienen, o negándoles el que sí tienen, con implicaciones directas en la condenación indebida del procesado o equivocado señalamiento de la pena, que son motivos de error de derecho contemplados en la causal primera de casación, este recurso es apto y legítimo para salvar el error. Sustituye, entonces, la Corte al fallador de segunda instancia y dicta, por ministerio de la ley, la correspondiente sentencia".

6º.—Fluye de lo anterior que la Corte no puede, en el caso de autos, sustituir al fallador de segunda instancia, tomando la determinación prevista en el aparte a) del artículo 570 del C. de P. P.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y acorde con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Pereira.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pisciano León L., Secretario.

INEFICAZ ACUSACION, CON FUNDAMENTO EN LA CAUSAL SEGUNDA, CONTRA UNA SENTENCIA QUE CONDENO POR DELITO DE HOMICIDIO AGRAVADO

1.—La confesión es un medio de prueba expresamente reconocido por nuestro Código de Procedimiento Penal; en cambio, la indagatoria del sindicado tiende más bien a proporcionar a éste una manera de probar sus descargos o de ejercitar su derecho de defensa. El hecho de que ordinariamente la confesión se produzca en la indagatoria no es razón para confundir ésta con aquélla.

2.—El artículo 25 del C. Penal establece, en su ordinal 1º, que el hecho se justifica por 'orden de autoridad competente'. La obediencia justificativa exige los siguientes requisitos: 1º) Una relación oficial de subordinación, pues nadie puede alegar obediencia si no está obligado a cumplir lo que se le manda; 2º) Que la orden emane de autoridad superior y esté dada dentro de los límites ordinarios de su competencia en relación con el subordinado; 3º) Que la orden sea expedida en las formas en que el subordinado esté obligado a recibirla, ya sea por escrito u observando determinados requisitos que el procedimiento establezca; y 4º) Que la orden no sea delictiva de un modo manifiesto (Artículo 21, ord. 1º, de la Const. Nal.).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, marzo diecisiete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Por sentencia del quince de marzo de mil novecientos sesenta, el Tribunal Superior de Pereira, por consulta, confirmó la proferida por el Juez Primero Superior de la misma ciudad, por medio de la cual se condenó a Mario Sánchez Pineda, a la pena principal de dieciséis años de presidio y a las accesorias de rigor, como responsable del asesinato consumado en la persona de Joaquín García y del homicidio imperfecto en Arturo Soto. En el mismo fallo confirmado se absolvió a José Eliécer Ramírez, Enrique Marín Rendón y a María de Jesús del mismo apellido, y se dispuso, así mismo, compulsar copias del proceso para investigar la responsabilidad en que hubiese podido incurrir el Alcalde Militar de Belén de Umbría, capitán Edgar Brecci Martín y el agente de policía Francisco Javier Perdomo, por corresponder su juzgamiento a la justicia castrense.

Contra la sentencia del Tribunal de Pereira, Sánchez Pineda interpuso oportunamente el recurso de casación, que le fue concedido. El recurso fue sustentado por el abogado doctor César Pineda Gutiérrez. Terminada la tramitación del recurso, la Sala procede a decidirlo.

Hechos:

El señor Arturo Soto Orozco se encontraba detenido, al parecer por sospechas, y por orden de la Alcaldía de Belén de Umbría, en la cárcel de dicha población. El día 3 de diciembre de 1958, Arturo Soto, después de haber sido puesto en libertad, siendo más o menos las siete de la noche, se encontraba en el café "Azul", situado en la plaza, en compañía del señor Joaquín García, cuando de improviso entraron dos sujetos que armados de revólver hicieron varios disparos contra aquéllos, habiendo sido herido gravemente el citado Soto Orozco y eliminando la vida de García. La Alcaldía, con una sospechosa morosidad inició la investigación, verificando el levantamien-

to del cadáver de García, allegando la necropsia de éste y recibiendo unas pocas declaraciones, paralizando después la actuación. Posteriormente el ofendido Soto formuló denuncia criminal ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Belén de Umbría, el 14 de diciembre de 1958. El denunciante hizo algunas incriminaciones contra Mario Sánchez, quien fue capturado y sometido a indagatoria, en la que fría y espontáneamente se confesó como autor de los disparos que ocasionaron la muerte de Joaquín García y produjeron graves lesiones de Arturo Soto Orozco.

En su indagatoria Mario Sánchez Pineda, aclaró que obró por orden expresa del Alcalde, Teniente Ergar Brecci Martín, quien lo mandó a llamar, por conducto de Enrique Marín, en cuya finca trabajaba, en la región de Santa Emilia; que al llegar a Belén de Umbría el Alcalde le preguntó en su despacho si era capaz de eliminar a Arturo Soto, a quien calificó de "elemento muy malo"; que Sánchez Pineda le manifestó que iba a probar, y que para el efecto, el Alcalde Brecci Martín le entregó un revólver blanco con el cual consumó los actos delictuosos de que se confesó autor material.

Cuando ya se había dictado el fallo recurrido, y en el mismo memorial en que Sánchez Pineda interpuso el recurso de casación, manifestó que lo dicho en su indagatoria no era cierto, y que si se había confesado culpable y señalado al Alcalde Brecci como autor intelectual, lo había hecho coaccionado por amenazas de muerte por parte de un guardián de apellido Raigosa.

La Demanda:

El señor abogado recurrente, únicamente invoca la causal segunda del artículo 567. Después de hacer la relación de hechos, el impugnador trata de fundamentar dicha causal exponiendo las razones siguientes:

"Acuso la sentencia en mención por mala aplicación de los artículos 255 del C. de P. P. con referencia al artículo 25 del C. P. violación que incide en la parte resolutiva de dicha sentencia y en que incurrió el H. Tribunal por error de derecho y manifiesto error de hecho, por mala apreciación de la confesión de mi defendido al tener del artículo 255 del C. de P. P. pues si se tomó esta diligencia como una pieza indivisible, porque contra ella no existe la prueba en contrario, con ese mismo valor tenido en cuenta ha debido tenerse en cuenta la coacción física y moral a que fue sometido mi defendido por parte del alcalde para que cometiera los hechos materiales de investigación, pues no es lógico ni jurídico que aceptada esa confesión no se le haya tenido en mente lo que era favorable para sus intereses, dada la personalidad de Sánchez, que es la primera vez que va a una cárcel.

"Y ha de tenerse en cuenta que Mario Sánchez ha sido condenado con fundamento en su confesión y al respecto el mismo Tribunal en su sentencia dijo: 'Pues se tiene la confesión libre y espontánea del sindicado Mario Sánchez, hecha ante funcionario competente', es decir al tenor del artículo 255 del C. de P. P.

"Por tanto si en su indagatoria el sindicado dijo la verdad y si está demostrado que hubo una coacción moral del alcalde contra mi defendido, por qué estimes no se aplicó el artículo 25 del C. P. que dice: 'El hecho se justifica cuando se comete: 1º) Por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente'.

"Y es el mismo Tribunal quien nos dice en su sentencia: 'Es verdad que el homicida Sánchez está diciendo en su indagatoria que obró por mandato o comisión del Alcalde Capitán Edgar Brecel Martín, quien lo armó o lo ordenó eliminar la vida de Arturo Soto Orozco; pero esta orden no alcanza a convertirse en una coacción insuperable, porque probado está que el sindicado Sánchez después de recibir la consigna homicida tuvo la suficiente libertad de acción de huir y no cumplir la orden criminal...'

"Ante el temor del alcalde de este campesino que es la primera vez que va a la cárcel y ante la consigna dada por el Alcalde a Sánchez le dio miedo lo dice en su indagatoria y si ello no es así, cómo se puede explicar que Sánchez sin ningún motivo fuese a dar muerte a una persona que no conocía? Además si el alcalde en mención no da la orden a mi defendido, seguramente que en buen romance castellano quiere decir con seguridad, no había llevado a cabo su obra. Por tanto la causa de esta acción delictiva radica en la persona del funcionario en mención que abusando del poder que le ha sido conferido para hacer respetar los derechos y la vida humana, se aprovechó de un campesino para lo cual halló la persona de Sánchez, hombre ignorante y carente de toda cultura.

"Y es tan cierto lo anterior que el mismo Tribunal nos dice: 'Para cometer el delito el sindicado pudo haber influido la intervención directa del alcalde Capitán Brecei Martín, hay fuertes

indicios que dan lugar a creerlo así, pues ya se vió que este funcionario armó al delincuente y después de cometido el delito lo sacó de la cárcel y lo puso en libertad en esta ciudad de Pereira..."

"Toman entonces H. Magistrados mayor asidero las tesis que vengo sosteniendo porque si se admite esa influencia y esa intervención, necesariamente ello nos conduce a que debemos tener en cuenta la coacción física y moral de ese alcalde para con mi defendido, lo que es indiscutible.

"Entonces de acuerdo con lo que se viene exponiendo Honorables Magistrados, los errores de gravedad en que incurrió el Tribunal de Pereira en la estimación de la indagatoria de mi defendido, lo que ha sido una mala interpretación y falta de apreciación legal y por tanto el citado Tribunal dio por sentado la autoría material con circunstancias agravantes, por lo cual no se le dio aplicación a las disposiciones mencionadas.

"Lo anterior incide sobre el artículo 203 del C. de P. P. ya aceptada esa confesión no se constata jurídicamente la plena prueba porque esa confesión libre y espontánea excusaba a mi defendido si nos atenemos a la ley".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de hacer un recuento de los hechos y de transcribir en su mayor parte los argumentos del demandante, replica a éstos en la forma siguiente:

"Ante todo, resulta de la confusa redacción de la demanda y de los incoherentes argumentos expuestos en ella, que se invoca la causal segunda apelando, de una parte, a lo previsto por el ordinal primero del artículo 23 del Código Penal, vale decir, una insuperable coacción ajena, y recurriendo, de otra parte, al numeral primero del artículo 25 ibidem, o lo que es lo mismo, una causa de justificación correspondiente a una orden de autoridad competente.

"Las dos circunstancias en mención, son de por sí enteramente diferentes y aunque confluyen a un mismo fin, cual es el de eliminar la culpabilidad del actor descartando toda responsabilidad (la cual se carga al autor de la coacción, siempre que ésta sea insuperable") o al de la "orden", siempre que ésta sea "obligatoria" y proceda de ("autoridad competente"), las consecuencias derivadas de su reconocimiento, son muy distintas, pues si la admitida es la insuperable coacción, el hecho cometido no da lugar a responsabilidad, y si la aceptada es la orden recibida, el hecho cometido se justifica plenamente.

"Parece así, que el señor abogado demandante dá una prevalente validez, en este caso, a la orden de autoridad competente.

"A su vez, obsérvese que lo expuesto por el recurrente con respecto a la "mala aplicación" de la ley penal "por error de derecho y manifiesto error de hecho", es materia de la causal primera de casación.

"Y es patente también que el señor abogado demandante, no contradice ni niega la autoría material de los hechos, vale decir, la muerte del señor García y las lesiones del señor Soto, ocasionadas por los disparos que sobre ellos hicieron el procesado y otro sujeto no identificado (que se supone sea el Agente de Policía Perdomo, pero a quien el sindicado no quiso indicar), es decir, en complicidad correlativa, tema sobre el cual no es el caso de profundizar, dados los términos de la demanda que se responde.

"Lo que el demandante pone de presente, tratando con ello de obtener que se reconozca la irresponsabilidad del procesado, es la actitud o actividad que el procesado Sánchez Pineda atribuye en su indagatoria al Capitán de Policía Brecci Martín, actividad sobre la cual no hay prueba o constancia alguna diferente a dicha imputación".

Más adelante agrega el señor colaborador de la Sala:

"Es cierto también que la situación francamente sospechosa del Capitán de Policía mencionado, no tuvo aclaración alguna. Antes, por el contrario, la complican las respuestas por él dadas al interrogatorio que se le hizo al rendir indagatoria, pues la verdad es que nada justifica ese comportamiento suyo consistente en sacar de la cárcel a un detenido para "investigar" un hecho criminoso por su propia cuenta y riesgo, apelando a los medios violentos. Por lo demás, nadie es tan ingenuo de creer que a tres sujetos armados, dos de ellos pertenecientes a la Policía, se les pueda escapar un detenido, a quien tenían amedrentado y sojuzgado, luego de maltratarle. Es, en fin, increíble que ese detenido emprendiera carrera y "se botara por una especie de manga".

"De otro lado, ocurre que el memorial presentado a última hora por el procesado Sánchez Pineda (en cuyo texto se declara inocente de la muerte de García y de las heridas de Soto Oroz-

co), tampoco respalda el dicho del Capitán Brecci Martín en relación con la supuesta fuga de la víctima de autos.

"Además, ocurre que el procesado no fue condenado teniendo en cuenta exclusivamente la confesión hecha al rendir indagatoria, como se tuvo en mientes también los resultados de la reconstrucción de los hechos que obran en el proceso.

"Los planteamientos consignados en la sentencia (fls. 173 y 174), a fin de descartar la causal de justificación consistente en la orden de autoridad competente, están de acuerdo con las más exigentes demandas de la ciencia penal, y su fundamento es indudable".

Por último, el señor Procurador Delegado, tras de una larga transcripción de la obra "Derecho Penal" del tratadista español Eugenio Cuello Calon, en relación con la causal de justificación invocada, termina por solicitar que no se case la sentencia acusada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su acertada réplica pone tan en evidencia los graves defectos técnicos de la demanda y la ninguna eficacia del motivo de impugnación en esta propuesta contra la sentencia acusada, que cualquier otro análisis que la Sala haga a este respecto parece superfluo. En efecto, los argumentos expuestos en la demanda son notoriamente contradictorios e incoherentes, pues por una parte, se refiere a una insuperable coacción ejercida por el Alcalde sobre Sánchez Pineda, lo que constituiría una causa de imputabilidad prevista en el numeral 1º del artículo 23 del Código Penal, y de otra parte, al invocar como causa de justificación la orden que el reo Sánchez dice en su indagatoria le dio el Alcalde, Brecci Martín, se acoge a la segunda causal de justificación prevista en el artículo 25 del mismo Código.

Por otra parte, si el recurrente consideró que hubo, según su expresión, mala aplicación de los artículos 255 del C. de P. P., con referencia al artículo 25 del C. Penal, y como consecuencia del error de apreciación de la indagatoria del acusado, ha debido proponer, también, la causal primera que trata precisamente de la violación de la ley penal.

También se deduce del texto de la demanda que el recurrente parece incurrir en una deplorable confusión entre la indagatoria del acusado y la confesión de éste, suponiendo que se debe considerar como confesión, y por lo tanto, amparare con la presunción de veracidad que a ésta le otorga el art. 255 del C. de P. P., todo lo afirmado por Sánchez Pineda en su indagatoria, aún los hechos que le atribuye al Alcalde Brecci Martín, en cuanto lo señala como autor intelectual del ilícito. La confesión en términos generales, es la manifestación o aserto que una persona hace respecto a sus propios actos o intenciones. Por lo tanto, la manifestación sobre hechos ajenos en ningún caso puede ser objeto de la confesión.

La confesión es un medio de prueba expresamente reconocido por nuestro C. de P. P., en cambio, la indagatoria del sindicado tiende más bien a proporcionar a éste una manera de probar sus descargos o de ejercitar su derecho de defensa. El hecho de que ordinariamente la confesión se produzca en la indagatoria no es razón para confundir ésta con aquélla.

Pero aún en el supuesto de qué los hechos de autoría intelectual, que Sánchez Pineda le atribuye en su indagatoria al Alcalde de Belén de Umbría, se presumieran verídicos y estuvieran plenamente establecidos en este proceso, es decir en cuanto aquel afirma que éste le dio la orden y le facilitó los medios para eliminar a Arturo Soto, ello para nada influiría para excluir la responsabilidad del primero, por aplicación del ordinal 1º del artículo 25 del C. P., pues la supuesta orden del Alcalde Brecci Martín a Sánchez Pineda está lejos de cumplir los requisitos exigidos por la ley, la jurisprudencia y la doctrina, para que ella constituya una causa de justificación.

El artículo 25 del C. Penal establece, en su ordinal 1º, que el hecho se justifica por "orden de autoridad competente".

La Corte ha decidido que la obediencia justificativa exige los siguientes requisitos: 1º) Una relación oficial de subordinación, pues nadie puede alegar obediencia si no está obligado a cumplir lo que se le manda; 2º) que la orden emane de autoridad superior, y esté dada dentro de los límites ordinarios de su competencia en relación con su subordinado; 3º) que la orden sea expedida en las formas en que el subordinado esté obligado a recibirla; ya sea por escrito u observando determinados requisitos que el procedimiento establezca; y 4º) que la orden no sea delictiva de un modo manifiesto.

Estos requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Corte para que una orden de autoridad competente constituya causa de justificación del hecho

ilícito en quien ejecuta la orden, se conforman con la opinión de la mayoría de los doctrinantes, y principalmente con lo expresamente establecido por el ordinal 1º del artículo 21 de la Constitución, en cuanto dispone que: "En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta".

Ninguno de los dos expresados requisitos de la causa justificativa se reúnen en la supuesta orden que Sánchez Pineda dice que el Alcalde Brecci Martín le dio, de dar muerte a Arturo Soto; pues ni aquél era subordinado de este Alcalde, ni éste obraba dentro de los límites de su competencia al dar dicha orden, y tampoco Sánchez Pineda estaba, por lo tanto, obligado a cumplirla, pero sobre todo, se trata de un hecho manifiestamente delictuoso, cuyo carácter, legal y moralmente reprobable no podía escapar aún al más ignorante campesino.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el quince de marzo de mil novecientos sesenta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA PALACIO DE JUSTICIA

NO PROSPERA LA ACUSACION TENDIENTE A DEMOSTRAR, CON INVOCACION DE LA CAUSAL PRIMERA, QUE LA SENTENCIA APLICO INDEBIDAMENTE LA LEY AL FIJAR LA PENA POR UN UXORICIDIO

Amplio análisis en torno a los elementos básicos que suministra el Código Penal para individualizar la pena, particularmente en relación con el artículo 382 del mismo Código.

1.—No es que al asesino se le exima de responsabilidad en el caso del artículo 382 del C. Penal, sino que esta disposición autoriza a declarar irresponsable una conducta humana por obrar el agente en las circunstancias que consagra la eximente, cuando ellas existen. Ni es al asesino a quien se otorga el perdón judicial, es al delincuente sin ninguna peligrosidad. En ambos casos, sin concurrir a la figura jurídica del delito ni a las circunstancias de agravación del mismo. Consideraciones de otra índole hacen que el legislador otorgue exenciones o privilegios, que no desnaturalizan el tipo del delito, sino que lo marginan por razones que nada tienen que ver con su denominación legal.

2.—El asesinato no existe como entidad autónoma en el Código Penal. Es figura que surge del homicidio cuando se ejecuta dentro de determinadas modalidades, señaladas taxativamente por el legislador en los distintos numerales del artículo 363. Las que contempla el primero de tales numerales ofrecen condiciones que pueden dar ocasión a circunstancias modificadoras, excluyentes o privilegiadas, pero en modo alguno discordantes con el delito de homicidio, cuando los motivos determinantes permiten atemperar la delincuencia por presupuestos diferentes de la denominación legal del hecho.

3.—El artículo 363 del C. Penal contempla un delito cuya denominación exacta es la de homicidio con características de asesinato. Son éstas las que agravan la responsabilidad y sirven como elementos mensuradores de la penalidad, la cual para su determinación precisa forma la pena básica. Si, pues, en un homicidio dado concurre la primera de tales circunstancias, es desde este punto desde el cual debe partir el juez para imponer la sanción dentro de las circunstancias calificadoras que el caso señale, porque no le es dable otro procedimiento de conformidad con la ley.

4.—Los términos precisos empleados por el legislador no pueden desestimarse en modo alguno. Cuando el texto del artículo 382 del Código Penal emplea la expresión "respectivas sanciones", quiere indicar las que corresponden a cada ocurrencia. Siendo ello así, es preciso discriminar el delito, señalar las modalidades y circunstancias, tanto modificadoras como agravantes, para buscar la pena básica sobre la cual debe recaer el aumento o disminución de la misma, de conformidad con los presupuestos legales del delito tipo.

5.—La doctrina admite en las legislaciones de la ley penal circunstancias que modifican la responsabilidad y circunstancias que la califican: aquéllas para efectos de atenuar la sanción; éstas casi siempre para agravar la culpabilidad. Ahora bien: el artículo 363 del C. Penal, para el homicidio y el 379 para las lesiones, hacen referencia a circunstancias calificadoras. En cambio, los artículos 28 y

382 implican circunstancias modificadoras para atenuar la sanción. Por ello, si se diferencian jurídicamente ambos términos, se comprende por qué es inaceptable, desde el punto de vista estrictamente legal, la tesis de que cuando se aplican los últimos artículos nombrados, no pueden tomarse en cuenta, para los aumentos de pena que ordena el Código, las circunstancias calificadoras contenidas en el ilícito.

6.—La pena se aumenta en el homicidio conforme al ordinal 1º del artículo 363 del C. Penal, por circunstancias externas que se relacionan con el parentesco o con el vínculo matrimonial, y se disminuye con los artículos 28 y 382 en consideración a los factores psicológicos que intervienen en el acto, ira o intenso dolor causados por grave e injusta provocación. Pero esto no quiere decir que ambos aspectos se interfieran hasta anularse recíprocamente pues aquellas disposiciones no se excluyen sino que se complementan de manera recíproca, cuando quiera que en un caso dado haya margen para darles cumplida aplicabilidad.

7.—El artículo 382 del C. Penal no crea propiamente una figura legal o un delito tipo, para dentro de esta autonomía reducir sus términos en orden a aplicar la pena en las circunstancias a que se contrae su texto. El artículo en cita está condicionado para su aplicabilidad a un delito, ese sí tipo, que por razón de los vínculos del parentesco asume características propias de una modalidad distinta del homicidio simple, por el querer de la ley que otorga relevancia a esos vínculos para dar lugar a mayor severidad penal cuando el sujeto pasivo está unido por ellos al agente del delito.

8.—Cuando las circunstancias del homicidio corresponden a alguno de los casos previstos en el artículo 382 del C. Penal es preciso, para atemperar la pena en la proporción en él señalada, atenerse a las modalidades propias del hecho cometido. Si este es un homicidio simple, a sus límites encuadra la pena; pero si tiene circunstancias que la ley considera susceptibles para señalar una modalidad más alta —el vínculo entre ellas— no es factible desasirse de este concepto buscando pretextos en la denominación legal del delito, porque no es la consideración de la manera como se denomina, sino otras razones de índole distinta, las que operan para que la sanción se ajuste a lo que el legislador fijó como pauta: las 'respectivas sanciones'. Estas no son otras que las que surgen del delito con sus modalidades propias, modificadoras no de la responsabilidad (nótese bien para no extraviar el criterio) sino de la pena que es un concepto distinto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, marzo dieciocho de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Con fecha 3 de diciembre de 1959, el Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Cali, profirió sentencia condenatoria contra José Germán Cadavid Gómez, aplicándole la pena de tres años y nueve meses de presidio y las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio (uxoricidio). Dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior del mismo Distrito el 27 de abril de 1960, en providencia de segundo grado.

Ante esta Corporación, el doctor Isaías Hernán Ibarra, mediante poder que le fue conferido por José Germán Cadavid, recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal, y para tal efecto, oportunamente formuló la demanda, sobre cuyo mérito habrá de pronunciarse esta Sala, por considerar que el libelo reúne las exigencias legales y por haberse agotado el trámite del recurso.

Hechos:

En la madrugada del 26 de enero de 1957, aproximadamente a las seis, en el aeropuerto de la empresa de aviación "R.A.S.", en el sitio de "El Carmelo", jurisdicción del municipio de Candelaria, en el Departamento del Valle, la señora María Elvira Echeverry Pereo de Cadavid, fue muerta a manos de su legítimo esposo José Germán Cadavid Gómez, a consecuencia de lesiones recibidas en la región pulmonar por disparos de revólver "S. & W." calibre 32 largo, hechos por su cónyuge.

Según se desprende de las diferentes versiones consignadas en los autos, ofrecidas por las personas que en una u otra forma hubieron de intervenir en el epílogo de estos trágicos acontecimientos, se han logrado establecer los siguientes hechos:

José Germán Cadavid Gómez contrajo matrimonio católico con María Elvira Echeverry Perea el 13 de agosto de 1950 en la Parroquia de San José de El Poblado de Medellín, según constancia eclesiástica visible a fs. 48 del cuaderno segundo. Dada la precaria situación económica de los desposados, fijaron su domicilio en la casa de la madre de Marta. Posteriormente, y a medida que los negocios le prosperaban a José Germán, éste se fue alejando paulatinamente del lado de su esposa, pues las ocupaciones en negocios de ganadería, requerían su presencia en diversos lugares. Fue así como empezaron a desvanecerse las relaciones matrimoniales entre los cónyuges, advirtiéndose cada vez más la ausencia de cariño por parte de la señora de Cadavid para con su marido. El desafecto se hizo manifiesto hasta el punto de no querer acceder voluntariamente a los requerimientos de carácter sexual formulados por su esposo, ocasionando con este proceder graves divergencias que dieron como resultado el abandono del hogar por parte de la señora, que por entonces sostenía relaciones íntimas con Fernando Vélez Londoño, a quien había conocido desde hacía algún tiempo. El citado Vélez Londoño de fs. 9 a 13 vto. del primer cuaderno, expone sin rodeos cuanto ocurrió entre él y la señora de Cadavid, afirmando que efectivamente entre ellos hubo continuos actos sexuales.

Marta Echeverry marchó a la ciudad de Palmira desde Medellín en busca de su amante, con quien se trasladó a Cali pernoctando durante dos días con él en el Hotel Meléndez de esa ciudad, en donde se hizo pasar por hermana de Vélez Londoño, con el fin de ser admitida sin reservas en el mencionado establecimiento.

Entre tanto, Germán Cadavid, ya de regreso a Medellín, se entera de la ausencia de su esposa, y decide partir en su búsqueda a Cali, en compañía de Julián su cuñado (hermano de Marta) el 25 de enero del citado año. Luego de infructuosas pesquisas tendientes a dar con el paradero de Marta Elvira, y en esta ocasión acompañado de otro hermano de la misma, Diego Echeverry Perea, decide acudir las oficinas de la empresa de aviación "R.A.S.", en espera de que la pareja hiciera su arribo con el objeto de tomar el vehículo que los habría de conducir al aeropuerto, en donde según informaciones conseguidas por Cadavid, su esposa abordaría un avión rumbo a su ciudad de origen; también se enteró de que su señora viajaba con el nombre supuesto de Rosita Henao.

No le fue posible encontrarla en las oficinas de la empresa, situadas en el centro de la ciudad, motivo éste que lo determinó a seguir a un bus de la misma empresa que iba con destino al campo de aviación.

Una vez allí, se dedicó a esperarla en compañía, como ya se dijo, de su cuñado Diego Echeverry, esto ya al amanecer del día 26 de enero de 1957.

Efectivamente, tal como lo presintió, la pareja hizo su aparición en el aeropuerto de "R.A.S." con el objeto antes anotado. La escena que sucedió la narra el Juzgado de instancia de la siguiente manera:

"Estaba ahí sentado en el salón de espera del aeropuerto, cuando apareció su esposa, repentinamente. Detrás venía VELEZ. Se acercó a ellos, tomó a ella por el brazo y a Vélez por la solapa, preguntándole qué había hecho. Ella contestó que había pasado la noche anterior con VELEZ. Interrogó a éste sobre lo mismo, interponiéndose ella para contestar afirmativamente. Pidió él que fueran a vivir juntos y que le perdonaba su conducta, pero ella lo rechazó diciendo que no podría porque ya no lo quería y menos después de lo que había vivido y visto. Agregó que ella se había venido tras ese hombre, a quien había perseguido constantemente desde hacía 4 meses y que si volvía a Medellín era porque él la había enviado de nuevo a su casa.

"Ante estas palabras de su esposa, él sintió lo que sus propias palabras proceden a explicar: "... en estos momentos estaba yo llorando mi desesperación y en estos momentos todas mis facultades me abandonaron y disparé contra la mujer que más he querido y no sabiendo cuántos disparos le hice (....) yo en estos instantes la maté y la hubiera matado mil veces pues me sentía abandonado por todo y mi aflicción era tremenda". (Fs. 23 del primer cuaderno).

DEMANDA :

El doctor Isaías Hernán Ibarra, en su calidad de apoderado de José Germán Cadavid Gómez, presenta un crudito alegato de casación, con base en la causal primera del artículo 567 del C. de

P. P. por cuanto la ley penal fue aplicada indebidamente.

En su forma, el escrito reúne las exigencias de que trata el artículo 531 del C. J. por ser viable su aplicación en materia procedimental, al tenor del artículo 7º del mismo estatuto. Contiene, además, un recuento de los hechos que dieron origen a la condena de su defendido, los fundamentos en que se basa para impugnar la sentencia del Tribunal, la sustentación de la causal que invoca, como también la cita de la disposición violada y las causas que motivaron su infracción.

El impugnador manifiesta que el artículo 363 del C. P. fue erróneamente aplicado tanto por el Juez **a-quo**, como por el Tribunal **ad-quem**, pues en sus respectivos fallos encontraron reunidos los elementos que tipifican la infracción de que trata el artículo 382 del código citado, pero no obstante, al señalar la pena principal, tuvieron como base la indicada en el artículo 363 ibidem en vez de haber tenido en cuenta la del artículo 362 del estatuto penal.

Es decir, la pena básica que debió señalarse de conformidad con esta última disposición en concordancia con el primero de los artículos nombrados y no con el 363.

Para respaldar sus afirmaciones, el libelo analiza detenidamente las causas que pueden atenuar el delito aquí contemplado, y para el efecto dice:

"Si esto es (el vínculo conyugal o consanguíneo que une al victimario con la víctima), pues, lo que tutela el artículo 382 del Código Penal, quiere decir que en su sentido primordial no se reparó en la sentencia desde el momento en que, ilógicamente, le dio cabida a ese mismo vínculo como circunstancia configurativa de asesinato. Incurrió, pues, en el absurdo enunciado de que es posible en derecho castigar con particular severidad y al propio tiempo dispensar excepcionalmente un mismo hecho, por un idéntico motivo. Es tanto como sostener que este motivo es innoble o fútil a la par que noble o altruista. Sin embargo, campantemente afirma el Tribunal que no es aplicable al caso el principio **non bis in idem**, ya que no se trata de tomar dos veces en un mismo sentido una misma circunstancia, ni aún siquiera en el sentido diferente. Francamente es incomprensible el razonamiento mediante el cual resulta rigurosísima la pena de un homicida porque la víctima fue su cónyuge, pero simultáneamente levísima, también porque la víctima fue su cónyuge. No a otra contradictoria conclusión ha llegado el Tribunal.

Analizando la disposición que recoge la entidad delictuosa de que nos estamos ocupando, encontramos que tales estados emocionales hacen disminuir la pena en forma más notoria que la norma general del artículo 28 del Código Penal, y hasta borrarla cuando se trata de las personas en ella taxativamente enumeradas. La penalidad que conlleva el artículo 382 es más reducida que la del artículo 28 del mismo estatuto, porque es más grave la ofensa y, por lo mismo, más atenuada la responsabilidad. Lo que quiere decir, que el vínculo de sangre o de simple afinidad juega un papel esencial en su contenido y es la verdadera razón de ser de tal precepto.

"Las circunstancias de agravación —continúa el demandante— crean la figura del asesinato, es decir, la ejecución de un homicidio con características alarmantes. No se concibe un asesinato sin concurrencia de un marcado dolo directo de propósito. Tal vez en esta entidad delictuosa es donde concurren más ostentosamente la voluntad y la intención como integrantes del dolo. Por ello su ejecutor es considerado como temible o peligroso acreedor a una severa sanción".

Afirma el recurrente que el artículo 382 del estatuto sustantivo penal, es un precepto "especial porque es especial su motivación", lo que complementa diciendo que el artículo mencionado considera un estado de ira e intenso dolor.

Concluye su exposición el demandante, formulando la siguiente petición:

"En consecuencia, con el mayor comedimiento solicito a la Honorable Corte a la cual tengo el honor de dirigirme, que case la sentencia materia del recurso, invalidándola, y que dicte el fallo que debe reemplazarla, como lo prescribe el artículo 570 letra a), del Código de Procedimiento Penal. Y como la pena de dos años de presidio que espero se le fije a mi defendido ya la ha cumplido con considerable exceso, según constancias procesales, solicito también que se decrete su inmediata libertad, comunicándola telegráficamente al Director de la Cárcel de Medellín, en donde se encuentra en la actualidad".

MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su vista de fondo hace un detenido análisis del problema jurídico que suscita la demanda, que divide en distintos capítulos, así:

"1º)—La demanda del impugnador; 2º)—El pensamiento del H. Tribunal en la sentencia recurrida; 3º)—La respuesta de esta Procuraduría".

Los dos capítulos prácticamente contienen lo relacionado con la historia de los hechos, con las tesis de la demanda y con los puntos que más fundamentalmente llamaron la atención de la Procuraduría en orden a la crítica que la demanda formula a la sentencia impugnada.

Es en el último capítulo, el relativo a la respuesta que el Agente del Ministerio Público da al problema debatido, en donde se analizan con mayor profundidad las tesis en pugna, análisis que revela inquietud y preocupación por el tema planteado en la demanda, motivado sin duda por la misma naturaleza del delito, por las circunstancias de su comisión y por el propio desarrollo de la acción judicial, desenvuelta en este caso de conformidad con el Decreto Ley 0012 de 1959, que excluyó la intervención del Jurado en las causas de homicidio en los Departamentos bajo estado de sitio, hecho de significación en este proceso, pues el conocimiento de casos como estos por parte del Tribunal popular conlleva en la generalidad de las ocurrencias decisiones de mayor benignidad que las que dimanan de los Jueces de derecho, sujetos a restricciones para juzgar, que al Jurado no competen, por la amplitud que a sus determinaciones y juicios le otorga la ley.

Se comprende muy bien que el señor Agente del Ministerio Público parta del principio de que el proceso contiene todos los elementos de juicio indispensables para señalar una responsabilidad criminal que éste no desconoce, que la prueba indica y que la misma demanda acepta implícitamente, toda vez que la propia causal que invoca, la primera señalada en la ley, claramente manifiesta que el ataque a la sentencia va dirigido a propiciar una modificación de la penalidad y no la declaratoria de exención de la responsabilidad por parte del agente.

De allí que en el análisis que el señor Procurador dedica al examen del hecho criminoso descrito por el artículo 382 del C. P. haga en primer término la afirmación de que el citado precepto "**es tipificador de una conducta delictual específica**". Para demostrar esto observa:

"a)—El agente activo del delito únicamente puede ser el **cónyuge, padre, hermano o hermana o madre** del sujeto pasivo del mismo.

"b)—El agente pasivo del resto solamente puede ser el **cónyuge, la hija o la hermana** del sujeto activo de la infracción y el **copartícipe** del acceso carnal o del acto carnal ilegítimo".

De estos presupuestos deduce el señor Procurador que la dicha relación entre el sujeto activo y pasivo, con exclusión del referido copartícipe, si bien es taxativa y limitativa conlleva un vínculo de parentesco más reducido que al que se contrae el artículo 363 ordinal 1º del C. P., lo que sin embargo implica que esa **calificación personal** de aquellos sujetos activo y pasivo de la infracción descrita en el artículo 382 ibidem, se tuvo en cuenta por el legislador para estructurar el tipo criminoso de que trata el artículo 382 citado.

Para afirmarlo argumenta:

"1º)—Porque se emplearon vocablos que en su sentido natural y obvio denotan un estado civil determinado.

"2º) Porque se redujo notablemente el número de personas que pueden asumir la calidad de sujeto activo y pasivo de la infracción y únicamente al **copartícipe** del acto adulterino no se le exigió estado determinado.

"3º)—Porque la razón de ser que inspiró la necesidad de consagrar una norma especial para el caso del uxoricidio y de las lesiones personales a causa del adulterio fue precisamente el favorecer la conducta de quien, obrando dentro de precisas circunstancias y por un motivo específico, reacciona contra quienes han ofendido la lealtad que debe presidir la vida entre cónyuges o han atentado contra el honor familiar".

De todas estas afirmaciones resume lo siguiente:

"De modo que resumiendo se observa: en razón del sujeto activo y pasivo de la infracción, de la calidad personal inherente al sujeto pasivo, del motivo determinante, del estado exigido entre los cónyuges (no separados ni divorciados) y de la conducta requerida al padre, marido o hermano que delinquen (no abandono del hogar), por último, de la pena excepcional que allí se consagró a favor del responsable y aún del privilegio del perdón judicial o de la exención de responsabilidad que se le puede otorgar al sujeto activo del delito, por todo ello -se repite- la norma contenida en el artículo 382 del Código Penal es específica, definidora de una conducta delictual excepcional. Lo mismo predica la génesis de dicha norma".

Continuando su análisis el señor Procurador formula este interrogante:

"Cuál es la pena imponible a quien cometa un homicidio en las circunstancias que los artículos 382 y 383 del C. P. exigen? Esta la cuestión plan-

teada en la demanda y que preciso resolver en los siguientes términos".

Es preciso decir que en este punto el concepto fiscal no tiene claridad suficiente como para captar el pensamiento que guía la dilucidación del problema pues vuelve sobre los conceptos del móvil con afirmaciones como que en estos eventos del artículo 382 "el dolo tiene un carácter específico, afirmación que basa con la cita de los artículos 384, 369 y 382 del C. P., al mismo tiempo que contrapone la anterior consideración al hecho de que "el legislador creó un delito tipo de homicidio al cual denominó asesinato, con características específicas que son las configurativas de las modalidades descritas en los ordinales del artículo 363 del C. P.". Agrega que "en esta figura delictiva del asesinato se señaló taxativamente la calidad personal del sujeto pasivo y entre estos se hallan incluidos quienes poseen el estado de **cónyuge, hija o hermana**, entre otras personas. Vale decir que uno de los elementos **tipificadores de asesinato** (porque ésta es la denominación impuesta por el legislador a este tipo de delito) es precisamente que el sujeto pasivo tenga la calidad de cónyuge, hija o hermana del sujeto activo".

Y concluye: "Pues bien. Corresponde, una vez verificado el anterior análisis de las referidas disposiciones penales, examinar si la calidad personal del sujeto pasivo cuando ella se halla comprendida dentro de la enumeración taxativa del ordinal 1º del artículo 363 del Código Penal es siempre motivo que incide para dar al homicidio la denominación de asesinato e imponer como secuela lógica, la penalidad que de esta norma se desprende. Esta Procuraduría se pronuncia por la negativa, debido a las siguientes razones".

En tres puntos sinteriza las razones de su concepto negativo a la aplicabilidad del artículo 363, ordinal 1º en estos casos:

1º)—Porque el legislador señaló el mínimo y el máximo para el delito contemplado en el artículo 369 del C. P. siendo también fácil involucrar la calidad personal de los sujetos activo y pasivo en el ordinal 1º del artículo 363, dada la relación existente entre los dos (madre e hijo), y que por los motivos determinantes de la acción delictual, se redujo considerablemente la pena. Sostiene que por presentarse en el artículo 382 el evento del "**homicidio o las lesiones personales**", y todavía más, un "concurso de delitos (homicidio y lesiones)", no le fue posible al legislador hacer "la mención de la pena a imponer en todas estas múltiples situaciones, pues hubiera procedido en forma casuística", forma que no debe tener cabida en un código moderno.

2º)—Considera que de acuerdo con el Código Civil, "nada más atendible que aceptar involucrado dentro de las expresiones **cónyuge, hija o hermana** (empleadas en el artículo 382 del C. P.) un estado civil especial, una calidad que constituye de por sí un elemento tipificador del delito descrito en esta norma". Continúa diciendo el Procurador que "ocurriría una violación del principio **non bis in idem** cuando pretendiera conjugar estas dos normas (artículos 382 y 363 del C. P.) al imponer la sanción".

3º)—Que los homicidios descritos en los artículos 369 y 382 propugnan por una penalidad atenuada por la "**configuración excepcional**" de los tipos de delito, lo cual no guarda ninguna concordancia con la penalidad agravada del artículo 363 del código sustantivo de las penas.

Para terminar, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que existen fundamentos jurídicos sobre los siguientes puntos: a) que en el presente caso se le haya dado indebida aplicación al artículo 363 del C. P. en la sentencia acusada; b) que tratándose de homicidio, las normas que se deben armonizar son los arts. 382 y 362 del C. P., en lo que se refiere a la imposición de la pena, y c) que la causal primera del artículo 567 del C. de P. P., debe prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tanto la demanda como el concepto del señor Agente del Ministerio Público contienen tesis que coinciden en la misma conclusión, aunque enfocan las razones y fundamentos de cada una de manera diferente.

La Sala no entrará propiamente a intentar una polémica refutación de sus argumentos, puesto que comprende que obedecen a una misma inquietud sobre materia indudablemente discutida, sino que se limitará a exponer la doctrina que ha sido tradicional y reiterada en este punto, aduciendo en lo posible nuevas razones y apoyos jurídicos a las mismas, pero manteniéndolas en su integridad, porque no encuentra bases sólidas ni argumentos convincentes que la inclinen a modificar el criterio: que de otro modo obraría si en realidad se hubiesen producido en el caso nuevas y fundamentales razones para modificarla,

sustituyéndola por la que propugnan la parte recurrente y el Ministerio Público.

Es de la índole de los problemas jurídicos suscitar la controversia y provocar las opiniones encontradas que muchas veces, aún discrepando en los basamentos con que se apoyan, coinciden en la solución que ofrecen para una determinada materia discutida.

Planteado de esta suerte el problema sub-judice, la Sala entrará en las consideraciones que juzga indispensables para decidir el caso. Acepta que podría justificarse en esta materia una reforma legislativa; pero mientras ella no se produzca, la interpretación del Código no puede forzarse, de tal manera que el Juzgador entre a enmendar la ley y a modificar la misma so pretexto de corregirla para violarla y desconocerla.

De las mismas transcripciones que atrás se dejan hechas sobre la tesis de la demanda, se advierte fácilmente que ellas se fundan en críticas a la legislación existente. De *jure condendo* pueden ser consideradas como valioso aporte para la modificación del texto legal sobre el cual recaen. Mas de *jure cundita* no resultan adecuadas, pues al Juez le es imposible desatender las normas que orientan su conducta en orden a administrar justicia, partiendo del principio de lo que debe ser en lugar de lo que debería ser, único ámbito aquél de interpretación que le es permitido.

Así por ejemplo, el sustitutivo o subrogado penal que permite el artículo 382 del C. P. y aún la eximente de responsabilidad que el Juez puede otorgar en casos de excepción se consagra no en virtud de la figura agravada del homicidio que surge por el vínculo conyugal en el caso de autos, sino en consideración a las circunstancias determinantes del delito, de índole eminentemente psicológica, pero no jurídica. Decir, como lo hace la demanda: "se puede pensar en un asesino digno de perdón judicial, porque el artículo 382 faculta al Juez para aplicarlo. Y no se olvide que esta institución requiere, de conformidad con el artículo 80, ciertas circunstancias personales muy escasas en las modalidades del asesinato. O, lo que es más repugnante al derecho, ¿se podrá pensar en un asesino acreedor a la eximente de responsabilidad, a la cual también puede llegar el Juez, de acuerdo con las voces del multicitado artículo 382? "

No se oculta a la Sala la trascendencia de los anteriores interrogantes, pero tampoco conjugan la realidad legal de las cosas para mediante ellos acoger la tesis del recurrente. Porque no es al asesino a quien se le exime de responsabilidad, sino que el artículo en cita autoriza a declarar irresponsable una conducta humana por obrar el agente en las circunstancias que consagra la eximente, cuando ellas existen. No es al asesino al que se le otorga el perdón judicial. Es al delincuente sin ninguna peligrosidad. En ambos casos, sin recurrir a la figura jurídica del delito ni a las circunstancias de agravación del mismo, consideraciones distintas hacen que el legislador otorgue exenciones o privilegios, que no desnaturalizan el tipo, sino que lo marginan por razones diferentes que nada tienen que ver con la denominación legal, que bien puede no resultar incompatible cuando se realizan de conformidad con la índole propia de la infracción, pero no con las circunstancias y la personalidad del sujeto a quien se otorgan.

Por otra parte, el asesinato no existe como entidad autónoma en el C. P. Es figura que surge del homicidio cuando se ejecuta dentro de determinadas modalidades, señaladas taxativamente por el legislador, las cuales en el caso del numeral 1º del artículo 363, ofrecen condiciones que pueden dar ocasión a circunstancias modificadoras, excluyentes o privilegiadas, pero en modo alguno discordantes con el delito de homicidio cuando los motivos determinantes permiten atemperar la delincuencia por presupuestos diferentes de la denominación legal del hecho.

Nótese que el delito tipo tiene la denominación exacta de homicidio con circunstancias de asesinato. Son éstas las que agravan la responsabilidad y sirven como elementos mensuradores de la penalidad, la cual para su determinación precisa forma la pena básica. Si, pues, una de estas circunstancias —la primera del artículo 363— existe, es de este punto desde el cual debe partir el Juez para imponer la sanción dentro de las circunstancias calificadoras que el caso señale, porque no le es dable otro procedimiento de conformidad con la ley.

Los términos precisos empleados por el legislador no pueden desestimarse para interpretar su sentido o su alcance so pretexto de darles un contenido distinto del que tienen para propugnar una tesis. En este caso, al decir el texto "respectivas sanciones", quiere indicar, como aquel vocablo lo expresa en una de sus acepciones gramaticales, las que corresponden a cada ocurrencia. Siendo ello así, es preciso discriminar el delito, señalar sus modalidades y circunstancias, tanto modificadoras como agravantes, para buscar

la pena básica sobre la cual debe recaer el aumento o disminución de la misma, de conformidad con los presupuestos legales del delito tipo. No se sancionaría éste de acuerdo con la norma legal correspondiente cuando se le asignan a ésta consideraciones que escapan al querer del legislador comparándolas con otras normas como lo hace el Procurador Segundo Delegado, en las cuales el texto crea un tipo específico, que se gobierna con disposición expresa que no remite a otra, como ocurre con el artículo 382, el cual si bien es una disposición sui-generis para los casos en ella contemplados, no por esto puede confundirse su texto con figuras como el artículo 369, que si permite una sanción atenuada, esto se funda en razones distintas de las que consigna el artículo 382.

Nótese para subrayar lo anterior, que esta disposición figura en el Código bajo el mote "Disposiciones comunes a los dos capítulos anteriores", lo que quiere decir que constituyen algo así como excepciones a los preceptos contemplados en dichos dos capítulos —homicidio y lesiones personales— que no son otras que las previstas en el artículo 362, distintas de la del 28 de la Parte General, la riña imprevista, artículo 384, y la complicidad correlativa, artículo 385, todas del Código Penal.

La doctrina admite en las infracciones de la ley penal circunstancias que modifican la responsabilidad y circunstancias que califican la misma: aquéllas para efectos de atenuar la sanción; éstas casi siempre para agravar la culpabilidad.

Ahora bien: el artículo 363, para el homicidio y el artículo 379 para las lesiones, hacen referencia a circunstancias calificadoras. En cambio, los artículos 28 y 382 implican circunstancias modificadoras para atenuar la sanción. Por ello, si se diferencian jurídicamente ambos términos, se comprende por qué es inaceptable desde el punto de vista estrictamente legal, la tesis de que cuando se aplican los últimos artículos nombrados, las circunstancias calificadoras contenidas en el ilícito, no pueden tomarse en cuenta para los aumentos que ordena el Código. El mismo estatuto lo da a entender así cuando en la primera disposición emplea la siguiente forma: "cuando se cometa el hecho", y la segunda hace referencia explícita a las "respectivas sanciones". Por consiguiente, la atenuación corresponde a toda clase de homicidio o lesiones.

La pena se aumenta conforme al artículo 363, por circunstancias externas que se relacionan en el ordinal primero con el parentesco o con el vínculo matrimonial, y se disminuye con los artículos 28 y 382 por consideración a los factores psicológicos que intervienen en el acto, ira o intenso dolor, causadas por grave e injusta provocación, sin que esto quiera decir que ambos aspectos se interfieran hasta anularse recíprocamente pues aquellas disposiciones no se excluyen sino que se complementan de manera recíproca, cuando quiera que en un caso dado haya margen para darles cumplida aplicabilidad.

Mirada la cuestión por otros aspectos, tampoco existe la aparente paradoja que pretende verse en la coexistencia de modalidades agravantes y atenuantes en una misma acción delictuosa constitutiva de asesinato, que se excluirían recíprocamente, según el pensamiento de quienes propugnan esta tesis.

Póngase como ejemplo la muerte que un hijo da a su padre determinado por grave e injusta ofensa, susceptible de producirle el estado psicológico de la intensa ira o el dolor intenso, o viceversa, esto es, que el padre mate al hijo, por iguales motivos. Se estaría en tal caso en lo que por carecer de otra denominación más apropiada podría llamarse "asesinato atenuado" aunque repugnen los términos, por antagónicos, lo que en definitiva es más aparente que real.

Lo que determina el agravante no lo puede constituir sino el vínculo estrecho de parentesco y lo que forma la atenuante surge del motivo psicológico que impulsa al acto. Para que su coexistencia resulte imposible tendría que decirse que no existe aquel vínculo, lo que no podría sostenerse, porque en el evento supuesto, tal es la premisa necesaria del conflicto jurídico-penal que se plantea: y para que no se tenga en cuenta la atenuante, habría que descartar el motivo subjetivo que determinó la acción, que debe presuponerse demostrada. Es, pues, forzoso encontrar la fórmula que conjugue esta realidad, que por ser posible, precisa decidir.

Por tanto, en presencia del vínculo, la actividad delictuosa tiene que estar regida por la norma que impone la agravante por tal motivo. No sería posible pretender que por lo sola circunstancia de atenuar la sanción, ésta debe imponerse sin tener en cuenta aquella consideración; ni que teniéndola, pueda prescindirse de considerar agravada la delincuencia, por existir una circunstancia que otorga mayor gravedad a la infracción.

Vistas así las cosas es indudable que los vínculos afectivos cuando son sometidos a la prueba de

condiciones psicológicas excusantes, porque implican atenuación del hecho, no funcionan como tales al tiempo de señalar la pena. Obrar así, sería desvertebrar la estructura del Código, que al crear estos fenómenos, prescribe que alguna repercusión deben tener para esos fines.

El artículo 382 no crea propiamente una figura legal o un delito tipo, para dentro de esta autonomía reducir sus términos en orden a aplicar la pena en las circunstancias a que se contrae su texto. Si así fuese, indudablemente cabría considerarlo por separado y, por lo mismo cuando resulte el homicidio o las lesiones personales comprendidas dentro de sus modalidades, atenerse a sus términos, que es lo que implica aquella cualidad señalada al principio. Sin embargo éste no es precisamente el contenido del artículo en cita, el cual está condicionado para su aplicabilidad a un delito, éste sí tipo, que por razón de los vínculos del parentesco asume características propias de una modalidad distinta del homicidio simple, por el querer de la ley que otorga relevancia a esos vínculos para dar lugar a mayor severidad penal cuando en el sujeto pasivo unido por ellos recae la acción del agente, en atención a que los móviles determinantes cualquiera que ellos sean al recaer sobre personas vinculadas dentro de las señaladas en el ordinal primero del artículo 363, esto sólo alcanza una prerrogativa de mayor entidad dolosa a la que la ley atiende para determinar la sanción, con prescindencia de otras consideraciones, las que por ser tenidas en cuenta por quienes no propugnan la misma tesis, les conceden mayor importancia que a las verdaderas razones jurídicas que sustentan la contraria.

Para mejor entendimiento de esta tesis, menester es decir que la contraria envuelve una incomprensión de la forma como el estatuto legal vigente contempla la teoría individualizadora de la pena sobre los motivos determinantes, las modalidades del hecho, la gravedad del mismo y la peligrosidad del agente. Dentro de un sistema con estos presupuestos, la pena no corresponde a una dosimetría penal propiamente dicha, sino a un complejo de valoraciones que el Código mismo suministra en sus elementos básicos, dejando al Juez la facultad o el arbitrio de acomodar la pena a un caso dado. Así ocurre con el artículo 382. Cuando las circunstancias de éste determinan la sanción, la pena debe atemperarse en la proporción en él señalada en atención a las modalidades propias del hecho cometido. Si este es un homicidio simple, a sus límites encuadra la pena; pero si tiene circunstancias que la ley considera susceptibles para señalar una penalidad más alta —el vínculo entre ellas— no es factible desasirse de este concepto buscando pretextos en la denominación legal que escapa a aquellos aspectos, porque no es esa consideración de la manera como se denomina, sino otras razones de índole distinta, las que operan para que la sanción se ajuste a lo que el legislador fijó como pauta: las "respectivas sanciones", y éstas no son otras que las que surgen del delito con sus modalidades propias, modificadoras no de la responsabilidad, nótese bien para no extraviar el criterio, sino de la pena, que es un concepto distinto. Por confundirlos es por lo que surge el equívoco en la interpretación de la ley.

Puede concluirse de todo lo anterior que los artículos 28 y 382 del C. P., no hacen cosa distinta de modificar los límites de la sanción, es decir, significan una determinante para rebajar o amenguar la respectiva pena fijada al delito dentro de sus modalidades específicas consagradas en el estatuto, sin que ello quiera decir que al tenerlas en cuenta para individualizar la sanción se les tome con el criterio de permitir una proporción de rebajas, que tal sentido tendrían si se argumenta como lo hace el demandante y otros comentaristas con el concepto de que es un contrasentido crear en esas disposiciones al mismo tiempo un atenuante y un agravante, el uno para menguar la pena y el otro para aumentarla.

Ello no es exacto. Lo que sucede es que a los motivos determinantes se les otorga relevancia penal, para dar menos entidad al delito desde el punto de vista de la responsabilidad del sujeto que delinque en esas circunstancias. Pero como sus condiciones personales o el estado civil con relación a la víctima determinan una modificación del delito tipo, se atiende a esta circunstancia para señalar el punto de partida de la pena básica, así como a las modalidades del hecho para atemperar la sanción en armonía con esas mismas circunstancias, aquellas modalidades propias del delito y las condiciones personales y civiles del agente.

No sobra agregar otra observación pertinente para el caso, relativa a la manera como el legislador dicta las normas penales. Unas veces señala los elementos tipificadores de la acción para en el mismo texto prescribir la pena. Otras señala al agente activo del hecho con la calidad del sujeto que da especial categoría a la infracción, por

ejemplo funcionario o empleado público, para modificar el título de la misma. En no pocas ocasiones también emplea formas diferentes, como en el caso del Decreto Legislativo Nº 0014 de 1955, en el cual se fijan las distintas ocurrencias delictuosas en textos separados y en otros diferentes las penas respectivas. No faltan estatutos penales en los que primero se fija la penalidad en sus distintos grados para luego determinar los elementos que constituyen el tipo. Hay pues variedad de formas, todas tendientes a la misma finalidad: reprimir el delito dando al Juez la pauta para imponer en cada caso la sanción correspondiente, dentro de los límites que la misma ley prescribe.

En el caso del artículo 362 el legislador no adoptó ninguno de los sistemas que por vía de ejemplo se han descrito sucintamente. Creó una figura sui-generis que podría ser incluída dentro de la denominación que la doctrina otorga a estas formas normativas de la penalidad llamándolas calificadas y privilegiadas, dentro de un mismo texto que contiene ambos fenómenos, no excluyentes, sino complementarios, ya que mientras en las primeras —calificadas— la figura se desliga del tipo normal constituido por el grupo de familia de que hace parte, ello ocurre no para fusionarlo o confundirlo con otro hecho delictuoso, sino por simple aditamento de una circunstancia que no tiene carácter ninguno delictivo en sí mismo, lo cual produce el efecto de calificar el tipo dándole la categoría de agravado por una modalidad prevista de manera específica, que trae como consecuencia alterar la escala penal con relación al delito simple.

Dentro de este sistema el resultado no es otro que la configuración dentro de una misma familia delictuosa de un tipo básico con otro de mayor gravedad que lo incluye. El caso sería la figura del homicidio simple agravado con la circunstancia de asesinato resultante del vínculo consanguíneo o conyugal (ascendiente o descendiente, hermano o hermana, cónyuges, padre e hijo adoptivo, afín), cuya existencia implica una particular relevancia agravante.

Pero este tipo calificado de delito coexiste también dentro de la normación del código con otro que la misma doctrina señala como privilegiado, dentro del cual por existir una circunstancia favorable, el motivo determinante o factor psicológico del hecho, el tipo básico conlleva a merecer una modificación de la escala penal que atenúa la sanción, a pesar de que continúa siendo una modalidad calificada del homicidio, pues todos sus elementos contienen esta figura.

Refiriéndose a este tema, precisa citar la autoridad eminente del doctor Carlos Lozano y Lozano coautor del Código Penal vigente, quien sobre el punto en estudio hace las siguientes consideraciones:

"No compartimos la opinión del doctor Gutiérrez Anzola, de acuerdo con la cual es un grave error haber conservado la denominación de asesinato en nuestro código, ni la de que esta figura constituye un delito distinto del homicidio, ni la de que se produjeron así consecuencias diferentes de las que suscita el código italiano respecto de las circunstancias "calificadoras" en cuanto a la apreciación que deben hacer del asesinato los Jurados y y no solamente el Juez. No se introdujo en nuestro código el delito distinto, específico, de asesinato, por el mero hecho de haber agregado el Congreso las palabras "el homicidio toma la denominación de asesinato" en el artículo 363. Y tomar otra denominación no es salirse del tipo genérico, aunque la expresión haya sido inadecuada, puesto que el texto dice: "el homicidio toma la denominación", luego sigue siendo homicidio; y además no se le consagró capítulo aparte al asesinato como sucede en cada uno de los tipos independientes. Y no puede negarse que la palabra está profundamente arraigada en las costumbres y ocasiona mucho mayor alcance social y repulsión colectiva por lo cual presenta aspectos más intimidantes, que resultan benéficos. De otra parte las "calificaciones del homicidio" del código italiano llamadas entre nosotros circunstancias de asesinato, también deben ser sometidas en Italia a los Jurados, de modo que el resultado es idéntico. Finalmente, no tiene nada de extraño, sino que es natural y lógico, que las circunstancias de asesinato que son agravantes específicas, puedan concurrir o coexistir con las exeusantes genéricas como la provocación y con las circunstancias genéricas de menor peligrosidad, porque el hombre y la vida social son muy complejos y los fenómenos de la realidad se entremezclan y confunden en las más variadas formas. Un individuo injustamente provocado, obra muchas veces al reaccionar, en forma pérfida y cruel. Y un delincuente habitual puede matar de improviso y sin alevosía. Por qué habría de quedar rígida y petrificada la configuración de los varios fenómenos? Por qué no podríamos admitir que aquel que priva de la vida a su padre, por una atroz injuria de éste, no deba sufrir una agravación de la pena por el primer aspecto, por el vínculo de

consanguinidad, y disfrutar a la vez de una excusante por el impulso razonable y comprensible? De este balance de motivos antagónicos es de donde resulta una sanción justa. Lo contrario sería olvidar toda la doctrina de la peligrosidad, que es relativa y contingente por ser positivista y toda la doctrina de la individualización de la pena, o sea las bases mismas del derecho penal moderno. La expresión "asesinato atenuado", puede desconcertar a primera vista, pero es enteramente jurídica y lógica. El doctor Gutiérrez Anzola que aceptó estas ideas al firmar una muy conocida sentencia de la Corte Suprema ha reconsiderado después sus opiniones, corrigiendo un error a nuestro juicio. La etimología de la palabra asesinato que viene de los vocablos árabes Haxasin y Assis, indica justamente homicidio "con insidias", y los códigos francés y español siempre consideraron como asesinato el homicidio por precio o promesa remuneratoria No creemos por todas estas razones que el Congreso hiciera nada insólito y menos absurdo al conservar la denominación de asesinato. Y las exponemos por tratarse de un ilustre jurista que goza de merecida autoridad, y cuyo criterio debemos combatir en este punto, precisamente por eso, porque tiene influjo sobre la cultura nacional". (Elementos del Derecho Penal, pág 239, primera edición).

Por lo demás, ésta ha sido la constante y reiterada doctrina que ha ido fijando la jurisprudencia en casos como éstos, si bien con razonamientos diferentes.

Así dijo la Corte en casación del 6 de abril de 1943:

"No porque el actual Código Penal llame asesinato al homicidio perpetrado en personas ligadas con vínculo de parentesco de consanguinidad o de afinidad, debe prescindirse de las causas que aminoran la pena en el uxoricidio cuando concurren esas circunstancias; y no son incompatibles con el estado psicológico en que se obre.

"En este caso, la conducta relajada de la esposa puede considerarse como causa determinante del estado de ira o intenso dolor que se produce en el ánimo de su esposo. El artículo 28 del C. P. al atenuar la pena por el estado de ira o de intenso dolor, se refiere a toda infracción penal, pues dice "cuando se cometa el hecho"; de modo que esta atenuante especial se aplica a toda clase de homicidio, o a las lesiones personales". (G. J. Tomo LV, Nº 1956 y 1957, pág. 353).

En casación de 26 de junio de 1943, se expresó la Corte así:

"Alguna de las nueve contingencias del artículo 363 del C. P. pueden estar en pugna con el estado de ira o de intenso dolor o con el fenómeno de la riña imprevista: pero el asesinato con sevicia es compatible con la atenuación del artículo 28 o con la del 384.

"Matar con concurrencia de uno o varios elementos detallados en los números 2º, 4º, 5º, 6º, 8º y 9º del artículo 363, es asesinato que no podría a la vez atenuarse por la reacción de la ira o del dolor intenso. Son conceptos que se excluyen radicalmente.

"Mas quien suprime la vida de alguna de las personas a que se refiere el Nº 1º de ese artículo, con **animus necandi**, si perpetra el asesinato por el impulso de un arrebato de ira o un sentimiento de dolor o pena vehemente que provenga de grave e injusta provocación, tiene derecho a que la pena del asesinato se reduzca con aplicación del artículo 28 o con la atenuante en el perdón judicial y la exención del artículo 382.

"Igualmente, en el asesinato por sevicia no hay tampoco obstáculo ninguno para conciliarlo con la modalidad favorable de la provocación injusta y grave por parte del occiso". (G. J. números 2010 a 2014, página 642).

Y abundando todavía en mayores y más profundos razonamientos, sostuvo la Corte en casación de 4 de septiembre de 1945, lo siguiente:

"La mente, en el primer impulso, rechaza la proposición de "asesinato leve", cuya primera representación es la de ser contradictoria. Porqué el homicidio agravado, que está denominado en una palabra (asesinato) demasiado contundente que no corresponde a su linaje etimológico ni a su tradición histórica, no se concibe, estrictamente, sino cuando lo rigen factores —objetivos y subjetivos— que armonicen con su condición de grave. Mas si en el hecho concurren simultáneamente otros, completamente antípodas, y se reconocen a la par que aquellos que le dieron al delito fisonomía alarmante, entonces hace su aparición la perplejidad que manifiesta el doctor Luna Gómez y que en muchos otros habrá hecho presa.

"El Código Penal colombiano vigente, que entre sus virtudes cuenta la de haber huído del casuismo, esforzándose más bien por exhibirse como un estatuto resumido y breve, propio para ser aplicado por expertos, se apartó del anterior en aquella enumeración abundante de disposiciones (910), como el de Cuba, que aunquando está considerado como el más atrevido y más franca-

mente positivista, tiene 594 artículos, al paso que el argentino no excede de 306 y el colombiano actual llega a 435. He ahí una razón que pudiera llamarse complementaria de las que ha dado el señor Procurador Delegado en lo Penal para explicar la interpretación que los tribunales del país y la Corte han hecho del artículo 28 en relación con el 363, o mejor, para admitir que el primero no siempre se opone al segundo, siendo así que aquél, al atenuar la pena por la ira o el dolor del procesado, se refiere a toda infracción penal, pues cuando dice "cuando se cometa el hecho" o sea, que no señala sanción, ni la califica, sino que la subordina. Lo que está indicando que esa disposición se refiere a toda clase de homicidio, lo mismo que a toda clase de lesiones personales, con tal, claro está de que no se trate de hechos culposos.

"El motivo determinante, que da la tónica moral y jurídica de todo acto humano, puesto que es la revelación del sentimiento o ideas del actor, es cosa distinta de las modalidades de la ejecución criminosa, y así se presentan diferentes modos de obrar". (G. J. Tomo LIX, números 2022 a 2024, pág. 516).

Ahora en referencia más concreta a la opinión de la Procuraduría resta decir:

La existencia de un tipo penal específico en el artículo 382 conforme al parecer del señor Fiscal podría ser discutible, pero aún admitiendo dicho fenómeno legal como base para un análisis en este punto a fin de facilitar el entendimiento de la norma en orden a señalar su contenido y alcance jurídico o ámbito de aplicación, no comporta, por sí mismo, una demostración de lo que es el punto debatido, no otro en el caso que las disposiciones aplicables en relación con la penalidad. Tales elucubraciones no pueden ser admitidas, porque un examen atento demuestra que ellas implicarían un tratamiento punitivo distinto del que surge de la relación del vínculo conyugal con la circunstancia determinante del hecho, a la que la ley otorga modalidad atenuante mientras que al vínculo le consigna calidad para elevar la pena. Ello no constituye un contrasentido, toda vez que el legislador dentro de esos dos términos escoge uno intermedio que sin desconocer los extremos, vínculos y motivos determinantes, permite reducir la sanción en proporción equivalente, pues ambas implican condiciones jurídicas indispensables en la individualización de la conducta para efectos del reproche legal que contiene la pena. Es lo mismo que consagrar una sanción específica a esta conducta, teniendo en cuenta la escala de las modalidades que los actos humanos manifiestan en esas ocurrencias pero como la escala es susceptible de distintas circunstancias deja abierto el arbitrio para determinar la sanción en los distintos eventos que puedan presentarse.

La misma elaboración de la tesis del señor Procurador indica la poca consistencia de su estructura. Los ejemplos que aporta, sobre todo la cita del artículo 369, demuestran que la base de esa interpretación no constituye la solución del problema, pues el infanticidio honoris causa tiene en ese texto una pena atenuada si este motivo determinante está demostrado y lo acepta el Jurado o lo reconoce el Juez; cuando eso no ocurre, no escapa a la denominación de homicidio agravado, penable de conformidad con el artículo 363, así sea ello tan riguroso que en no pocas ocasiones el mismo exceso de la pena lleva a los Jueces, sobre todo a los de conciencia, a una benignidad impunitiva atentatoria contra la sociedad y la moral pública.

Sobre el homicidio por piedad, el Código también consagra texto especial, artículo 364, que así mismo cita en apoyo de su tesis el Agente del Ministerio Público, sobre el cual la Corte ha dicho lo que sigue, que refuta ampliamente aquel concepto:

"La apariencia del raciocinio del demandante, la apariencia no sólo formal sino sustancial, es de un efecto indiscutible, sobre todo cuando la dialéctica va seguida de ejemplos tan patéticos, como aquel del homicidio piadoso. Quien mata por abreviar una existencia consumida por un mal incurable y cruel, no es un "asesino". Y tanto se aleja su acción de semejante categoría delictuosa, que la ley autoriza sancionar al autor benignamente y aún faculta al Juez para prescindir de imponerle pena alguna al responsable, dice el demandante. Y ello, es verdad. Nadie se atreve a calificar de asesino a un individuo que procede en tales condiciones. Sin embargo su obra fue calculada y fría; seguramente nadie más indefensa que su víctima. Con todo eso, que es un caso excepcional, no se sustrae —en su formalidad externa— a la regla del artículo 363. Lo que ocurre es que por el móvil del agente se aconseja una sanción, que traduzca un claro espíritu de justicia. No es el estado anímico del agente ni su exaltación o su pasión lo que juega un papel preponderante en la determinación de la pena. Es el móvil, que no es de destrucción sino altamente humanitario, lo que lleva al Juzgador, con la venia de la ley, a decretar una situa-

ción de privilegio dentro de su rigor para el caso extraordinario de ese infractor que no ofrece peligro alguno y que ha descubierto una personalidad social a más de ser dueño de sentimientos pasivos y misericordiosos". (G. J. Tomo 59, número 2022 a 2024, pág. 522).

La Sala no comparte el criterio de que la calidad del sujeto pasivo en el caso del artículo 382 constituye un elemento tipificador del delito, como si este artículo consagrara una entidad autónoma y distinta y no fuera simplemente una norma destinada a atemperar la penalidad por efectos de los motivos determinantes que conducen al delito. Elemento tipificador o constitutivo del homicidio agravado si son aquellas cualidades de estado civil y por ello comportan penalidades más altas que un simple homicidio. Así entendido el concepto fiscal tiene algún valor jurídico; en otro sentido y frente al código, carece del que pretende asignarle.

La verdad es que el artículo 382 "no crea una figura criminosa típica, sino que al mismo delito de homicidio consumado en las personas del hijo, la esposa o la hermana, agravado por el ordinal 1º del artículo 363, le consagra una especial atenuación, cuando el motivo fue la existencia de un concúbito ilícito por parte de cualquiera de ellas". Así rebate el señor Juez de instancia la apreciación del Tribunal de Cali, según la cual "el legislador hizo con el homicidio cometido por causa de adulterio una ficción jurídica distinta del asesinato" (cuaderno 2º, fs. 365 vto.).

La demanda, aparte de la crítica que formula a la manera como el Tribunal aplicó la ley penal al caso, emplea un argumento de indudable efecto, que se concreta en este párrafo:

"Supongamos que el agente, dentro de los presupuestos del artículo 382 del C. P., mata no sólo a la cónyuge, sino al cómplice. Se estaría entonces frente a un concurso formal de delitos? Ateniéndose al pensamiento del Tribunal, sí, porque habría transgredido en cuanto a la cónyuge, el artículo 363 y en cuanto al cómplice, por no estar allí incluido, el 362. Pero lo cierto es que no son éstas las varias disposiciones penales violadas que exige el concurso formal (art. 31 del C. P.), sino una sola: el artículo 382. Me tomo la libertad de instar, respetuosa pero ahincadamente, a los Honorables Magistrados detenerse lo bastante en este ejemplo, que me parece definitivo".

Puede responderse a este argumento diciendo, en primer término, que el concurso que pudiera surgir de la muerte del cómplice en el ejemplo propuesto, no sería formal como se insinúa, sino que tendría las características de real o material; y en segundo lugar, esta misma circunstancia determinaría que no hubiese en tal evento necesidad alguna de dar denominación típica al homicidio del coparticipe, ya que según las reglas del sistema de la acumulación jurídica que regula el Código en la materia, la pena se aumentaría en la proporción que señala el artículo 33. El problema planteado sobre esta base no existe. Pero en el supuesto de que solamente sobre el cómplice recayera la acción homicida y el cónyuge adulterino sufriera un daño distinto de la muerte, el estatuto también suministra elementos para graduar la pena pues el Juez entonces la señalaría de conformidad con la técnica que autoriza la ley penal haciendo uso del arbitrio que otorga el artículo 36 ibidem, con lo cual repararía la injusticia posible que pudiera surgir de esos supuestos atípicos, que encuentran también en las normas penales dentro del tecnicismo que informa su estructura, modos y manera de conformar la penalidad, de tal suerte que en todos los casos se realice el principio de la individualización de la misma, con base en la defensa social.

No prospera, pues, la causal primera alegada.

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 del señor Agente del Ministerio Público y en desacuerdo con él, NO INVALIDA el fallo materia del presente recurso, que impuso a José Germán Cadavid Gómez la pena principal de tres años y nueve meses de presidio, como responsable del delito de homicidio, en la persona de su legítima esposa Marta Elvira Echeverry Perea.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Ángel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

INFUNDADA ACUSACION, SEGUN LA CUAL EL TRIBUNAL HABRIA INCURRIDO EN VIOLACION DE LA LEY PENAL, POR DICTAR SENTENCIA CONDENATORIA EN VEZ DE DECLARAR PRESCRITA LA ACCION, EN UN PROCESO POR CONCUSION DOBLE

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, al revisar por apelación y consulta, el fallo de primer grado proferido por el Juez 3º Superior del mismo Distrito, mediante sentencia de fecha veintidós de marzo del año pasado, condenó a Gilberto Buitrago Serna a la pena de treinta y ocho meses de prisión y a las accesorias consiguientes como responsable del doble ilícito "de la Concusión".

La expresada sentencia del Tribunal está impugnada en casación por el doctor Jorge Pinzón Urdaneta, apoderado de Buitrago Serna.

Antecedentes:

El Juzgado Tercero Superior de Manizales, por auto del 27 de octubre de 1959, resolvió decretar la acumulación de tres procesos seguidos contra Gilberto Buitrago Serna, así:

1º) Por el delito de concusión, donde es ofendido José Muñoz, iniciado el 13 de junio de 1955, que se encontraba al despacho del Juez que decretó la acumulación para proferir sentencia de primer grado;

2º) Por el delito o delitos "De la Concusión" o "cohecho" y "Abuso de autoridad", donde figura como ofendido Moisés Mejía Atehortúa, iniciado el 7 de julio de 1955, que también cursaba en el mismo Juzgado Tercero Superior, encontrándose al despacho para sentencia, habiéndose aplicado el procedimiento del Decreto Extraordinario 0012 de 1959;

3º) Por el ilícito "de la concusión", en donde figuran como ofendidos los señores Tiberio Uribe Agudelo y José Fernando Ramírez, iniciado el 30 de junio de 1954, que en estado de sumario cursaba en el Juzgado Primero Superior de Manizales.

El acusado Buitrago Serna consumó los ilícitos contra la "Administración Pública", porque se le juzgó, cuando desempeñó el cargo de Inspector Departamental de Policía de "La Cabaña", en jurisdicción del municipio de Manizales, empleo que desempeñó desde el 7 de diciembre de 1953 hasta el 2 de agosto de 1954, en virtud de nombramiento que la Gobernación del Departamento de Caldas le hizo. En el primero de los procesos acumulados, o sea en el que es ofendido José Muñoz, se encontraba ejecutoriado el auto de proceder, y no obstante, se le aplicó el procedimiento del Decreto 0012 de 1959.

Decretada la acumulación, el Juzgado Tercero Superior, por sentencia del 14 de diciembre de 1959 condenó a Buitrago Serna a la pena principal de tres años de prisión y las correspondientes accesorias, absolviéndolo de los cargos que le fueron formulados en el sumario en el que aparece como ofendido el señor Moisés Mejía.

El Tribunal Superior de Manizales, en el fallo acusado aumentó la pena a treinta y ocho meses de prisión y declaró prescrita la acción penal en el negocio donde aparece como ofendido el señor Moisés Mejía.

Los hechos delictuosos por los que se juzgó y condenó a Gilberto Buitrago Serna, fueron cali-

ficados como delitos de concusión por el Tribunal y consistieron en que el acusado se hizo entregar pequeñas cantidades de dinero ($ 50.oo), abusando de sus funciones e induciendo o constriñendo a los perjudicados para que le pagaran dichas cantidades.

DEMANDA:

La demanda de casación cumple con los requisitos de forma exigidos por la ley, y en ella se invoca únicamente la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Para fundar la causal invocada el recurrente argumenta que: "El Tribunal Superior de Manizales violó la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma, al dejar de aplicar en la sentencia los arts. 105 y 106 del C. Penal, por cuanto la acción penal se hallaba prescrita. Y la prescripción es de orden público. La H. Corte Suprema de Justicia tiene doctrina sobre cómputo e interpretación de la prescripción penal, en la Gaceta Judicial de marzo de 1955, Nº 2151, tomo LXXIX, página 901, a la cual me acojo. El delito de concusión tiene una represión máxima, conforme al artículo 156 del código Penal, de seis años de prisión. Según el artículo 106 del Código Penal la prescripción de la acción empezará a correr, para las infracciones consumadas, desde el día de la consumación y como es posible (ya no se conoce la fecha exacta) que el día de la consumación de la infracción haya tenido lugar en los primeros meses del año de 1954, hay que concluír que ha corrido un tiempo igual al máximo de la sanción fijada para este delito, o sea seis años".

Las disposiciones legales que el recurrente considera infringidas por la sentencia acusada son los artículos 156, 33, 105 y 106 del Código Penal.

REPLICA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que la causal invocada no puede prosperar y pide, en consecuencia, que no se invalide la sentencia acusada, fundándose para ello en los razonamientos siguientes:

"Las anteriores razones merecen ser consideradas separadamente.

"Comencemos, pues, por decir que aquel planteamiento consistente en sostener que en la sentencia impugnada dejaron de aplicarse los artículos 105 y 106 del Código Penal, "por cuanto la acción penal se hallaba prescrita", en modo alguno es aceptable.

"Y no lo es, porque desde el día 9 de mayo de 1956 en que tuvo lugar la riña suscitada entre los señores Tiberio Uribe y José Fernando Ramírez, como lo atestigua este último al folio 1 v. del cuaderno primero, al día 22 de marzo de 1960 en que el H. Tribunal de Manizales dictó sentencia en este proceso, no habían transcurrido todavía los seis años que se requieren para dar por verificada la prescripción de la acción penal relativa a un delito de concusión. Y como no había vencido dicho término, es más obvio concluír que el Tribunal de instancia no violó los invocados artículos de la ley sustantiva, puesto que dictó el fallo en tiempo hábil, esto es, dentro del plazo que el Estado tenía para perseguir el delito imputado a Buitrago Serna y del cual fueron víctimas los citados Uribe y Ramírez.

"Y tampoco incurrió en esa misma supuesta violación, por lo que hace al proceso seguido por la concusión de que fue sujeto pasivo el señor José Muñoz, pues aunque no sabe de autos en qué día fue cometido por el mismo Buitrago Serna este otro delito, es lo evidente que el "dies a-quo" desde el cual debe contarse esto en último evento la prescripción de la acción, aparece indicado por la fecha en que quedó ejecutoriado el auto de proceder proferido por el Juez Tercero Superior de Manizales, auto que corre del folio 180 al 185. Esa fecha corresponde, según las constancias que obran al folio 198 v., al 24 de mayo de 1959.

Pero el recurrente, a su vez considera que fue infringido el artículo 33 de la Ley 95 de 1936, a lo cual se replica, apoyándonos en el mismo razonamiento acabado de exponer, que tampoco es cierto tal quebrantamiento, precisamente porque si la acción penal atinente al ilícito que no dio ocasión a un auto de proceder en contra de su autor, no estaba prescrita para la fecha del pronunciamiento del fallo del ad-quem, bien podía éste, al proceder a graduar la sanción, tener en cuenta lo dispuesto por dicho artículo 33".

Más adelante agrega el señor colaborador Fiscal: "No está por demás observar que en la causa del rubro, ante todo fue flagrantemente violado el Decreto 0012 de 1959, como consecuencia de haber sido aplicado al juzgamiento de delitos que, como los de concusión y abuso de confianza imputados a Buitrago Serna, nada tienen que ver con sus preceptos.

"En efecto, basta con repasar el artículo 1º para concluír que el procedimiento señalado por las

restantes disposiciones de dicho Estatuto, únicamente hacer referencia a los homicidios voluntarios; a las lesiones personales en los casos de los artículos 373, 374, 375, 376, 377 y 379 del Código Penal; a la asociación e instigación para delinquir; a la apología del delito, al incendio, la inundación y otros delitos que envuelven un peligro común; a la violación de domicilio provista en el artículo 302 del mismo Código al delito contra la libertad de trabajo sancionado por el artículo 308 de la citada obra; a los delitos contra la autonomía personal; al secuestro; a la violación carnal; al encubrimiento de los delitos de que trata el mismo artículo 1º del Decreto; y a la fuga de presos.

"Fue, por tanto, ilegal la aplicación del procedimiento establecido por el Decreto en cita a la instrucción y fallo del presente negocio, y esa misma indebida aplicación dio nacimiento a una nulidad de carácter constitucional que por el demandante no fue expresamente invocada a manera de motivo de impugnación de la sentencia, recurrida desde otro aspecto como se ha visto.

"Por lo mismo, la H. Corte no podrá tomarle en cuenta, en vista de estarle vedado, según el artículo 568 de la Ley 94 de 1938, el procedimiento de oficio".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala habrá de acoger la solicitud de su colaborador Fiscal, pues en un todo prohija los argumentos por él expuestos, por estar de acuerdo con la realidad procesal y con la ley.

En efecto, el artículo 156 del C. Penal, que define y sanciona el ilícito de concusión, por el cual se condenó a Buitrago Serna, fija una sanción máxima de seis años de prisión; ahora, el artículo 105, inciso 2º del mismo código dispone que la acción penal prescribirá... "en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte".

Según esto, se requerirán para que se cumpliera la prescripción de la acción penal por los delitos de concusión porque fue condenado Buitrago Serna, que hubiera transcurrido un lapso mínimo de seis años entre la consumación del ilícito y el fallo recurrido, o el auto de proceder, ya que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 107 del C. Penal "La prescripción de la acción penal se interrumpirá por el auto de proceder".

Teniendo en cuenta estas normas legales sobre la prescripción de la acción penal, se observa fácilmente que la prescripción no se cumplió en los dos procesos acumulados, por concusión, en los que se profirió fallo condenatorio contra el acusado, por las razones siguientes:

En el proceso por concusión, —figuran como ofendidos Tiberio Uribe Agudelo y José Fernando Ramírez—, el ilícito lo debió cometer Buitrago Serna con posterioridad al día 9 de mayo de 1954, según se deduce del dicho ofendido Ramírez, quien al deponer, al folio 1 vto. del cuaderno 1º, el día primero de agosto de 1954, expresa lo siguiente:

"El domingo nueve de mayo último se suscitó una riña entre Tiberio Uribe y yo, de la que yo resulté herido en el antebrazo izquierdo y el dedo índice de la misma mano. Se inició en la Inspección Departamental de Policía de este lugar la investigación correspondiente, y yo fuí reconocido por los médicos legistas. Pero entre Uribe y yo hubo una transacción, y éste me pagó doscientos pesos, como valor de los perjuicios civiles, de tal manera que entre Uribe y yo todo quedó arreglado.

Esa transacción la hicimos en Manizales, un día sábado por la mañana y el mismo día como a las tres de la tarde bajamos aquí a la Inspección de Policía y como el señor Inspector no estaba aquí, tuvimos necesidad de esperarlo hasta las siete de la noche que bajó de Manizales, y cuando él ya bajó le dije: "Don Gilberto, ese negocio ya lo arreglamos entre Tiberio y yo y vengo a que usted nos arregle aquí, a lo que él me contestó: El cliente está seguro en la cárcel y como ustedes van a arreglar por plata si me da cincuenta pesos les arreglo ese negocio y si no no se los arreglo". Entonces, yo le dije que él no tenía por qué cobrar eso y entonces convinimos entre Jenaro García que fue quien vino a pagar la plata, que ellos ayudaban con veinticinco pesos y que yo ayudaría con otros veinticinco pesos. Convenido esto, nos dijo que teníamos que darle los cincuenta pesos, antes de la salir de la oficina y así lo hicimos, pues inmediatamente le dimos los cincuenta pesos e inmediatamente nos extendió la boleta de libertad para el sindicado Tiberio Uribe que había quedado en la cárcel mientras eso se arreglaba".

De acuerdo con este testimonio, el delito de concusión cometido por Buitrago Serna se consumó con posterioridad al 9 de mayo de 1954, día en que fue lesionado José Francisco Ramírez por

Tiberio Uribe Agudelo, ilícito que dio origen al sumario con ocasión del cual aquél exigió y obtuvo que le dieran la suma de $ 50.00 para poner en libertad a Uribe Agudelo.

Como se ve, entre el día 9 de mayo de 1954 y el 22 de mayo de 1960, en que el Tribunal de Manizales profirió el fallo de segunda instancia, transcurrió un lapso que no alcanzó a los seis años, que es el término para la prescripción de la acción penal en el delito de concusión por el cual se condenó a Buitrago Serna. Debe advertirse que en este negocio no alcanzó a dictarse el auto de llamamiento a juicio, pues se le aplicó antes el procedimiento del Decreto 0012 de 1959, que suprimió este importantísimo acto procesal.

En cuanto al otro proceso acumulado, por concusión, de que fue sujeto pasivo el señor José Muñoz, la prescripción de la acción penal fue interrumpida por el auto de proceder, que se alcanzó a dictar en este proceso y se ejecutorió el 24 de mayo de 1959, según constancias procesales.

De acuerdo con esto, interrumpida la prescripción de la acción penal en este proceso, el 24 de mayo de 1959, ella sólo volvía a correr a contar desde esta fecha y desde allí se necesitaba que transcurrieran seis años, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del citado artículo 107.

Ahora, como el término legal de la prescripción de la acción no se cumplió en ninguno de los dos procesos acumulados, bien hizo el Tribunal en no decretar dicha prescripción, con aplicación de las normas legales que el recurrente pretende violadas.

En relación con la observación que el Procurador Delegado hace, en la última parte de su vista, con respecto a la nulidad en que se incurrió por haberle dado aplicación al procedimiento establecido en el Decreto 0012, por cuanto dicho procedimiento no es aplicable a los delitos aquí juzgados, sobrada razón tiene el señor Colaborador Fiscal al respecto, aunque como muy bien lo anota éste, como esa nulidad sustancial no fue invocada por el recurrente, la Corte no puede tomarla en cuenta, por estarle ello expresamente vedado por el artículo 568 del C. de P. P.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, acorde con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia proferida en este proceso, el veintidós de marzo de 1960, por el Tribunal Superior de Manizales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta — Angel Martín Vásquez A. — Pisciliano León L., Secretario.

SOBRESEIMIENTO TEMPORAL, A FAVOR DE UN EX-GOBERNADOR, POR LA IMPUTACION DEL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Rendido el concepto del señor Agente del Ministerio Público, corresponde a esta Sala calificar el mérito del sumario adelantado contra el ex-Gobernador del Departamento de Caldas, coronel Daniel Cuervo Araoz, por el delito de abuso de autoridad consistente en haber ordenado la detención arbitraria del señor Abraham Vallejo, administrador del hotel Departamental u hotel "Rivers", de La Dorada, desde Manizales y por conducto de los agentes del Sic.

Antecedentes:

Tuvo origen este sumario con ocasión del proceso adelantado por el Juzgado Penal del Circuito de La Dorada, contra José Antonio Morales, acusado de la comisión de un delito de abuso de confianza consumado por éste cuando desempeñaba las funciones de sirviente del Hotel denominado Gran Rivers, en La Dorada. Denunció los hechos imputados a Morales el señor José María Madrid González, quien afirmó que el día 26 de enero de 1957, al hospedarse en el mencionado hotel, hizo entrega de la suma de $ 2.930.25 al empleado encargado de los alojamientos, José Antonio Morales, quien le dio recibo por el mismo valor. Consideró así Madrid González que la suma entregada a Morales quedaba bajo la custodia y responsabilidad de la administración del hotel, suponiendo que Morales estaba autorizado por dicha administración para recibir de los pasajeros fondos y objeto de valor en depósito. Al siguiente día Madrid pudo darse cuenta, con gran sorpresa suya, que Morales había desaparecido abandonando su empleo y llevándose el dinero que le había entregado en calidad de depositario. Inútilmente gestionó Madrid del administrador o dueño del hotel, señor Abraham Vallejo, la devolución del dinero que había entregado a su empleado, excusándose Vallejo con la afirmación de que Morales era un simple sirviente del hotel que no tenía autorización para recibir depósitos de los huéspedes.

Ante la negativa del administrador del hotel para restituír los dineros dados en depósito a Morales, Madrid acudió a las autoridades y puso denuncia ante el Inspector 1º de Tránsito y Transportes de La Dorada.

De autos aparece que Madrid González era empleado pagador de la Empresa Colombiana de Petróleos, y que los dineros que perdió eran de propiedad de dicha empresa. Esto explica la solicitud del Vicepresidente de esta compañía para interesarse ante el Gobernador Cuervo Araoz, con el fin de que éste interviniera oficialmente para que se solucionara, en la forma más rápida posible, el rescate del dinero que Madrid había perdido.

Es indudable que debido a la intervención del Gobernador Cuervo Araoz, el Jefe Seccional del Sic en Manizales, señor Duarte Patiño, dirigió al Jefe Subseccional de La Dorada, el 5 de marzo de 1957, el siguiente marconigrama:

"Acuerdo oficio pasado por Eusebio Gómez P. Vicepresidente de Producción Empresa Colombiana Petróleos a señor Gobernador ésta, en Inspección Transportes y Tránsito esa existe denuncio formulado por Jesús María Madrid González contra cajero Morales Hotel Gran Rivers por abuso confianza cuantía $ 2.930.25 entregados en de-

pósito según recibo del mismo Morales al cual no se ha prestado suficiente atención. Gobernación encuéntrase interesada solución pronta problema. Sírvase informar mayor brevedad resultados (fdo.) Duarte Patiño. Jefe Secc. Sic". (f. 79 del cuaderno 2º).

Como resultado de la intervención del ex-Gobernador Cuervo Araoz, y en vista de la imposibilidad de capturar a Morales, el administrador del "Hotel Gran Rivers", señor Vallejo, fue detenido en La Dorada en las oficinas del SIC, el 7 de marzo de 1957 y según éste lo afirma, su detención se debía a orden telegráfica del Gobernador de Caldas al Jefe Subseccional del Sic de La Dorada. El señor Vallejo en su declaración rendida el 28 de octubre de 1959 (f. 9 y vto. del cuad. 1º), ante el Juez Penal del Circuito de La Dorada, al responder a la pregunta que se le hizo de: "Qué funcionario lo obligó a entregar el dinero y lo detuvo", contestó textualmente lo siguiente: "Todo esto fue por orden del Jefe del Sic de ese entonces, esto por una orden telegráfica que él había recibido de la ciudad de Manizales y el Jefe del Sic me mostró ese telegrama. Ese telegrama lo firmaba el Gobernador Cuervo Araoz, y el Jefe del Sic me dijo que de todas maneras tenía que pagar ese dinero, quisiera o no quisiera".

Como consecuencia de la acción ejercida con el señor Abraham Vallejo, por parte del Jefe Subseccional del Sic de La Dorada, aquél entregó el dinero a la Inspección de Policía, y ésta por su parte el mismo 15 de marzo de 1957, dio dicho dinero, en calidad de depósito, al señor Madrid González.

Esta Sala, en providencia del 5 de abril del año pasado dispuso ampliar el sumario, que en forma defectuosa y deficiente había adelantado el Juez Penal del Circuito de La Dorada. En dicha providencia, la Sala dispuso la práctica de numerosas pruebas, la mayoría de las cuales fueron recepcionadas por los jueces de instrucciones nacionales designados por el Ministerio de Justicia para perfeccionar el sumario.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien ha intervenido en este proceso en representación del Ministerio Público, en su concepto de fondo acerca del mérito del sumario, después de hacer una relación de los hechos y principales actuaciones procesales y el análisis de algunos testimonios, así como de la indagatoria del procesado, llegó a la conclusión de que "El delito de abuso de autoridad que se imputa al señor Coronel Daniel Cuervo Araoz, en su carácter de Gobernador del Departamento de Caldas, se halla debidamente configurado en los autos a través de las probanzas cuyo breve recuento y análisis se hizo anteriormente". Como consecuencia de ésto, el señor colaborador de la Sala terminó por solicitar que se llame a juicio al sindicado por el delito de abuso de autoridad contemplado en el artículo 171 del Código Penal.

Se considera:

Como se ha visto, la acusación contra el coronel Daniel Cuervo Araoz, ex-Gobernador de Caldas, de haber incurrido en el delito de abuso de autoridad cuando ejerció la Gobernación, se hizo consistir en este caso en que, desde Manizales y por conducto del Jefe Seccional del Sic en dicha ciudad, dio a las autoridades locales de La Dorada (Subjefes del Sic, e Inspector de Policía de Tránsito), la orden de detener al señor Abraham Vallejo, administrador del Hotel Gran Rivers y obligarlo a entregar al señor Madrid González empleado de Ecopetrol, la suma que éste había dado en custodia a José Antonio Morales, sirviente de dicho hotel.

En efecto, en autos aparece comprobado que el señor Abraham Vallejo fue detenido en La Dorada, el día 7 de marzo de 1957, por cuenta del Sic, como lo certifica el entonces Director de la Cárcel de dicha población, señor Manuel Peralta, quien manifiesta que Vallejo fue conducido a la cárcel por un Agente Secreto, el 7 de marzo de 1959 y salió en libertad el día 8 del mismo mes y año, por cuenta del Inspector Primero de Policía y que no hubo boleta de detención (c. 2º f. 78 y c. 1 bis f. 18 vto.).

Pero también es cierto que en el expediente no aparece prueba directa, documental o testimonial, fuera de lo afirmado por el señor Vicente Romero Peláez, ex-subjefe del Sic en La Dorada, de la que pueda deducirse, con certeza, que el ex-Gobernador Cuervo Araoz hubiera dado orden a las autoridades de La Dorada de detener al administrador del Hotel Gran Rivers, Abraham Vallejo, y de obligarlo a entregar al señor Madrid González, el dinero que éste había depositado en poder de un empleado o sirviente de dicho hotel.

El señor Milton Duarte Patiño, Jefe del Sic, en Manizales, en la época en que era Gobernador el Coronel Cuervo Araoz, expresa no recordar

haber recibido de éste orden especial para que se cumpliera por su intermedio en relación con el negocio que cursaba contra Morales, en La Dorada, y por el cual fue detenido el señor Vallejo.

Ninguno de los marconigramas dirigidos por el ex-jefe del SIC. en Manizales al Sub-jefe de La Dorada contienen ninguna orden de detención para Vallejo.

El Vicepresidente de Producción de Ecopetrol, señor Eusebio Gómez Pineda, dijo al respecto: "que por las buenas gestiones que hizo la Gobernación de Caldas, se recuperó el dinero; recuerdo que el Gobernador de Caldas era el Coronel Daniel Cuervo Araoz".

El sindicado en todas sus intervenciones, como indagatoria y careos, acepta que intervino en el asunto de la pérdida del dinero de "Ecopetrol", pues que ordenó al Jefe del Sic que se enterara del asunto, y que es probable que a causa de la actividad desplegada por este funcionario, es posible que se hubiera podido producir la encarcelación del Sr. Abraham Vallejo. En relación con el marconigrama del 14 de marzo de 1957, dirigido de Manizales por el Jefe del Sic al Jefe Subseccional de La Dorada, en el que se expresa que el Gobernador da 24 horas de plazo para fallar el negocio y devolver el dinero al interesado, y que en fotoscopia obra el fl. 72 del cuaderno 2º, el Coronel Cuervo Araoz explica que dicho mensaje pudo obedecer a las insinuaciones que a aquél le hiciera, de hacer justicia rápida, pero que hubo error de interpretación de parte del Jefe del Sic. al darle a su propósito el cariz de una orden perentoria para que en un lapso determinado se decidiera el asunto.

El señor Vicente Romero Peláez, jefe de la subseccional de La Dorada, a quien se dirigieron las comunicaciones a que se ha hecho mención, y contra quien también se siguió acción criminal por el Juzgado Penal del Circuito de La Dorada, por la detención del señor Abraham Vallejo, expresa que estando adelantándose la investigación por el Inspector de Policía, por el dinero robado al empleado de Ecopetrol, le llegó un mensaje del Gobernador del Departamento Coronel Cuervo Araoz en donde le decía que debía entregar a dicho empleado de Ecopetrol el dinero depositado por el señor Vallejo a órdenes del Inspector. Que posteriormente lo llamó telefónicamente el Gobernador para instarlo a fin de que hiciera la entrega del dinero y que lo amenazó con la destitución si no efectuaba dicha entrega. Estas afirmaciones las mantiene en las diligencias de careo con el sindicado, quien manifiesta que "las acciones administrativas del Gobernador y miembros del Sic en este asunto no iban más allá de obtener una pronta y recta administración de justicia en un caso aberrantemente descarado en que se quería escamotear un dinero a la Empresa Colombiana de Petróleos, depositado en custodia y de buena fe en la caja de un hotel por un pagador viajero de la citada empresa".

Los testimonios del ex-jefe del Sic en La Dorada no merecen mucha credibilidad, pues es explicable que trate de eludir su responsabilidad por la detención del señor Abraham Vallejo, excudándose en la orden de su superior jerárquico, el ex-Gobernador Cuervo Araoz.

Es indudable que el sindicado, a solicitud de un alto empleado de la empresa nacional de Petróleos "Ecopetrol" intervino desde Manizales y por conducto del Sic, para que la investigación originada por la pérdida de una suma de dinero perteneciente a dicha empresa se activara. Hasta aquí no existe nada que pueda calificarse de actividad abusiva del ex-Gobernador Cuervo Araoz. En cuanto a que éste diera una orden arbitraria de encarcelar al administrador del hotel, señor Vallejo, y de obligarlo a entregar una suma de dinero que éste consideraba no estaba obligado a restituír, no existe en autos la prueba legal suficiente, en la que la Sala pueda apoyar un llamamiento a juicio contra dicho ex-Gobernador, pues ni la prueba testimonial, ni la documental que obra en autos, tiene la virtualidad suficiente para que se cumplan las condiciones estrictas y expresas que exige el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal. En autos existen copias y fotoscopias de marconigramas y comunicaciones, que no están firmados por el sindicado Cuervo Araoz, sino por otros funcionarios como el Jefe de la Seccional del Sic en Manizales, en los que ni siquiera aparece ninguna orden de detención para ninguna persona, y dadas estas circunstancias sería aventurado el que esta Sala tuviera en cuenta dichos elementos de prueba como suficientes para un llamamiento a juicio.

Existen testimonios, como los del señor Eusebio Gómez, el del ofendido Abraham Vallejo y el del señor Jesús María Madrid Gonzalez, en que hablan de órdenes del Gobernador Cuervo Araoz, por simples referencias, y que no son lo suficientemente categóricos para configurar la acción criminosa imputada.

Por lo tanto, no aparece claramente establecida

la relación de causalidad entre las presuntas órdenes del citado ex-Gobernador militar y la prisión del señor Abraham Vallejo, y el forzado pago que éste hizo de la suma perdida, siendo posible que estas cosas se llevaran a cabo por un exceso de celo, mal entendido, de las autoridades subalternas de entonces, las que al parecer no eran modelo de imparcialidad y moderación en el desempeño de sus funciones.

Por lo expuesto, la Sala se ve en el caso de no acoger la solicitud de su colaborador, cuyas opiniones no comparte, en cuanto a la apreciación que éste hace de las pruebas.

Como no existe en autos la prueba suficiente para llamar a juicio al sindicado, ni tampoco está claramente demostrada su inocencia, se impone, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 426 y 437 del C. de P. P., proferir a favor suyo un sobreseimiento temporal.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, sobresee temporalmente a favor del ex-Gobernador de Caldas, Coronel Daniel Cuervo Aráoz, de condiciones civiles conocidas en este sumario, por la imputación de abuso de autoridad en perjuicio del señor Abraham Vallejo. Reábrese la investigación.

Cópiese y notifíquese.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pinzón León L., Secretario.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN FAVOR DE UN GOBERNADOR DE DEPARTAMENTO RESPECTO DE LOS CARGOS POR LOS CUALES SE LE RECIBIO DECLARACION DE INDAGATORIA

1.—El delito contra los funcionarios públicos previsto en el artículo 184 del Código Penal, que bien puede ser cometido por un funcionario público o por persona que no lo sea, requiere: 1º—Que el sujeto pasivo sea un empleado, un funcionario público o persona encargada de un servicio público. 2º—Que el agente realice violencias o amenazas contra el sujeto pasivo, y 3º—Que con esos medios coercitivos de la libertad del funcionario público, el sujeto activo se proponga obtener que la víctima ejecute u omita algún acto de sus funciones.

2.—No requiere el delito de que trata el artículo 184 del C. Penal que el acto del funcionario público o encargado del servicio público se ejecute o se deje de realizar, pues esta violación punible se consuma por el simple comportamiento externo del agente, sin que se exijan especiales resultados. Es un delito per se, que no toma en cuenta la lesión del interés jurídico tutelado (en este caso la administración pública), sino solamente la situación de peligro para ese bien amparado penalmente, vale decir, la sola posibilidad de daño (delito de peligro).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL — Bogotá, marzo veintidos de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Dispuso la Comisión Nacional de Instrucción Criminal, en providencia del 11 de septiembre de 1958, dictada dentro del proceso seguido "en averiguación de los posibles delitos que hayan podido cometerse en el remate del Ingenio Azucarero de Berástegui", enviar a esta Sala copia de lo pertinente de tal sumario, para averiguar los cargos hechos al Gobernador del Departamento de Bolívar, doctor Raúl H. Barrios.

El día 14 de febrero de 1959, en razón de la solicitud hecha por el doctor Pedro Pérez Sotomayor, apoderado del doctor Barrios, se ordenó correr traslado al señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal para que emitiera concepto sobre la aplicación de lo previsto en el artículo 153 del C. de P. P., concepto que fue adverso a lo pedido, (fs. 116 a 129, del 2º cuaderno).

Estimó entonces el Ministerio Público que dada la deficiencia de la averiguación, no se podía concluír en que los cargos hechos al doctor Barrios no estaban desvirtuados suficientemente.

Ordenada una ampliación del sumario y practicadas todas las pruebas pedidas por el señor apoderado del procesado, esta Sala declaró clausurada la etapa instructiva, a fin de calificar el mérito de la investigación, lo que ahora se hace, tomando en cuenta el nuevo concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

LOS CARGOS HECHOS AL PROCESADO:

Algunos declarantes se refieren a la conducta del doctor Raúl H. Barrios, como Gobernador del Departamento de Bolívar, al testificar dentro del proceso adelantado por la Comisión Nacional de Instrucción Criminal "en averiguación de los posibles delitos que hayan podido cometerse en el

remate del Ingenio Azucarero de Berástegui", a saber:

a) —**Antonio Torres Stevenson**, quien ocupó el cargo de Juez 2º Civil del Circuito de Cartagena del 10 de agosto de 1953 al 31 de julio de 1955, dice lo siguiente:

"Otra de las prácticas empleadas por personas allegadas al General Rojas Pinilla para presionar mi actuación y tratar de conseguir que pusiera el Juzgado al servicio de sus intereses fue la del exgobernador Raúl H. Barrios, quien una vez, el día del remate a que me he referido anteriormente, se presentó al Juzgado en una forma algo disimulada para tratarme que resolviera dentro del negocio de Berástegui teniendo en cuenta que estaba interesado el General Rojas Pinilla, y en otra ocasión, el mismo doctor Barrios, le hizo saber a mi padre, por conducto del Secretario de Gobierno de esa época, Rafael Escalón Villa, que el General exigía mi destitución", (fl. 7, cuaderno 1º).

b).—**Carlos Arrieta Franco**, quien desempeñó el mismo cargo de Juez 2º Civil del Circuito de Cartagena, desde el 1º de agosto de 1955 hasta el 20 de febrero de 1956, informa lo que pasa a transcribirse:

"Creo de importancia para lo que el señor investigador esté averiguando informar sobre lo siguiente: Tiempo después de mi retiro del Juzgado me encontré en San Juan Nepomuceno con el doctor José Barrios Salcedo, quien comentando las incidencias relacionadas con el negocio de Berástegui, me informó que en una ocasión, siendo Gobernador del Departamento el doctor Raúl H. Barrios, éste le había ofrecido el Juzgado que yo desempeñaba, porque allí se necesitaba un individuo de confianza, habiéndole manifestado el doctor Barrios Salcedo que él no podía aceptar ese juzgado por cuanto allí estaba yo, que era amigo de él. Y si mal no recuerdo, el mismo doctor Barrios Salcedo me informó que un doctor Guillermo Llach, que trabajaba creo que como Jefe en una dependencia del Ministerio de Justicia, le había ofrecido el mismo juzgado a un joven recién terminado sus estudios de derecho, cuyo nombre no recuerdo ahora mismo. Dato curioso el que funcionarios que no nombraban jueces estuvieran ofreciendo juzgados. Recuerdo también que en una ocasión, mucho después de mi salida del Juzgado, me contó una mañana, el doctor Manuel Edmundo Mendoza, radicado hoy en Barranquilla, que un día en que yo me encontraba practicando como juez 2º una inspección ocular fuera de la ciudad, el doctor Raúl H. Barrios, como Gobernador, ordenó al señor Francisco Vergara Mejía, quien ejercía un cargo de carácter fiscal, que se trasladara inmediatamente al municipio de María la Baja donde yo practicaba la diligencia y me trajera preso inmediatamente, porque parece que el señor Alcides Bru tenía mucho interés en algo que se encontraba pendiente de resolución en mi Juzgado. Pero, continuó diciéndome el doctor Mendoza que él le observó al doctor Raúl H. Barrios que si estaba loco, no dándose cuenta de que yo era Juez, y lo persuadió de que desistiera de la orden que había dado. Eso me lo contó el doctor Mendoza manifestándome que sucedió en su presencia...", (fls. 16 y 17 del cuaderno 1º).

c).—**Manuel Ramón Padilla**, dice lo siguiente:

"En el mes de septiembre se me hizo una llamada a Bogotá por orden del Presidente de la República, según informaciones que me dio el señor Secretario de Hacienda, señor Rodrigo Jiménez; yo le manifesté que me era difícil ir a Bogotá, porque la sindicatura carecía de fondos y yo no podía distraer un centavo que no fuera para mi casa, por estar en esa época recién casado..." (se refería a la sindicatura de la quiebra del ingenio azucarero de "Berástegui", que desempeñó este declarante)... "Entonces el Secretario de Hacienda me dijo que fuera al hospital de Manga, donde se encontraba hospitalizado el doctor Raúl H. Barrios, Gobernador, y le planteara el asunto. Así lo hice, y el doctor Barrios inmediatamente contestó: 'eso es fácil' —es decir, mi ida a Bogotá—, porque precisamente en estos días se lleva a cabo en Bogotá un congreso anti-alcohólico y la Gobernación le puede mandar como delegado para que cumplas la cita con el Presidente'. Yo acepté y no sé qué tramitación hicieron; lo cierto es que la Gobernación me dio pasajes de ida y regreso a Bogotá... recuerdo que me entregaron los tiquetes y me dieron una partida cuya cantidad no recuerdo, que en todo caso me alcanzó para pagar 3 días de hotel en el "San Francisco", cobraron de veinte a veinticinco pesos diarios... No sólo no me dieron credenciales, sino que no supe en qué parte se reunió este congreso en Bogotá, ya que me había dicho el señor Gobernador que lo del congreso era para justificar mi llamada a Palacio. Posteriormente, por allá a mediados de julio, me manifestó nuevamente don Rodrigo Méndez de Lemaitre, encargado en esos días de la Gobernación, que debía nuevamente viajar a la ciudad de Cali y de allí a Bogotá, por orden de la Presidencia de la República, manifes-

tando de nuevo mi deficiencia económica, no sé cómo hicieron, pero me entregaron los pasajes y viáticos para que fuera a Cali y Bogotá", (fls. 40, 43, 47 y 48 del cuaderno 1º).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Dice el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su concepto de 8 de marzo de 1961 que se dé cumplimiento a lo previsto en el artículo 437 del C. de P. P., "en razón de aparecer con convincente claridad demostrada la inocencia del procesado", doctor Raúl H. Barrios, respecto de los cargos que le fueron hechos y de cuya averiguación se ocupó este proceso.

Apoya lo solicitado en las siguientes razones:

"Al solicitarse por el apoderado del doctor Raúl H. Barrios la cesación de procedimiento, se habían ya producido las indagatorias del doctor Barrios y el careo entre éste y don Manuel Padilla. El doctor Raúl H. Barrios se colocaba en una situación de rotundo negativa frente a los cargos que le fueron formulados por los señores Torres Stevenson y Arrieta Franco. Y en cuanto concernía a las afirmaciones de Padilla, sobre la manera como se originaron las resoluciones que le proporcionaban viáticos para sus viajes a Bogotá y Cali, dijo no recordar nada al respecto, por motivo de la enfermedad que en aquellos días lo aquejaba y que le mantuvo hospitalizado en condiciones de gravedad en el hospital de Manga, (fls. 71 a 79 y 80 a 83, respectivamente).

"Por esa misma época se demostraba con claridad que los cargos hechos por Torres y Arrieta al Gobernador Barrios realmente existían, y que las actuaciones que a él se imputaban en su calidad de tal y en torno a las diligencias adelantadas por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartagena dentro del juicio de quiebra de Berástegui, ofrecían motivo suficiente para ser objeto de investigación.

"De esta manera, las constancias que se habían traído a autos demostraban, en principio, la existencia de un delito contra la administración pública, y la autoría del mismo por la persona a quien dentro del proceso se sindicaba.

"Por otro aspecto, y ya en relación con los cargos formulados por el doctor Manuel Padilla, las constancias procesales daban pábulo para señalar al Gobernador Barrios como la persona que insinuara la posibilidad de que cumpliera el citado profesional, como abogado de la Industria Licorera de Bolívar, una comisión particular con el Gral. Rojas Pinilla, sufragada con dineros oficiales, y en razón, aparente, de cumplir una comisión oficial. En efecto, los gastos ocasionados por los viajes del doctor Padilla fueron sufragados con los fondos pertenecientes a la industria licorera, entidad que si bien era autónoma, estaba sujeta al control vigilante del Gobierno y bajo las prescripciones del Decreto 1858 de 1951 (artículo 3º) en lo que se refiere a la sanción en que incurren los empleados de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, cuando en cualquier forma, hagan uso indebido de sus caudales o bienes que por razón de sus funciones están encargados de recaudar, pagar, administrar.

"Fue así como, aceptado el criterio de la Procuraduría, la H. Corte, al tiempo que negaba la cesación de procedimiento pedida por el apoderado del doctor Barrios, dispuso el perfeccionamiento del sumario mediante la comisión de un Juez de Instrucción Criminal, para llevar a cabo las diligencias que creyó pertinentes y que enumeró en su providencia de fecha diciembre 5 de 1959 (f. 128-129, 1º cuad.).

"De conformidad con el derecho consagrado en el artículo 282 del C. de P. P., el apoderado del doctor Barrios solicitó que se comisionara al mismo instructor para la práctica de las varias pruebas que enumeró en su memorial obrante del fl. 130 a 133 del mismo cuaderno ya dicho. La H. Corte ordenó la práctica de todas las pruebas por auto de enero 25 de 1960.

"El Ministerio de Justicia —Departamento de Instrucción Criminal— atendiendo la solicitud de la Corporación, designó al Juez 9º de Instrucción para el cumplimiento de la comisión. Este funcionario el 17 de febrero de 1960 inició la práctica de las diligencias ordenadas con la diligencia de inspección ocular en la Gobernación del Departamento de Bolívar, que se cumplió el 24 de febrero de 1960. Mediante ella se constató, ante testigos actuarios, la existencia de la Resolución 1438 bis, por la cual se designan los viáticos correspondientes. Fueron estos delegados los señores José de León Martínez y José Francisco Ospina. Asimismo, se evidenció la existencia de la Resolución Nº 2147 de 31 de diciembre de 1955, "por la cual se reconoce el pago de unas cuentas a favor de los dichos señores". El Juzgado y los testigos actuarios dejaron la constancia expresa de ninguna otra resolución de las que aparecen consultadas y aprobadas se refiera a pago de viáticos y pasajes relacionados con el envío de delegados del Departamento de Bolívar al Congreso Anti-

alcohólico de Bogotá, ni se autoriza pago de ninguna suma, por tales conceptos, a la empresa Avianca o al señor Padilla.

"En inspección ocular realizada en la Tesorería del Departamento sobre los documentos denominados relaciones de autorización y órdenes de pago definitivas, únicas formas de pagos de los giros formulados por las Secretarías de la Gobernación, se comprobó que en las emitidas durante la vigencia de 1955, en los meses de agosto a diciembre, no fue girada ninguna relación de autorización para pagar viáticos o pasajes aéreos a favor del señor Manuel Ramón Padilla, ni a favor de la empresa "Avianca", por el mismo concepto. El examen de las órdenes de pago definitivas, correspondientes al período comprendido entre agosto de 1955 a marzo de 1956, evidenció que una de ellas fue girada a nombre de Manuel Ramón Padilla.

"La inspección ocular en la fábrica de Licores del Departamento de Bolívar constató la existencia de la Resolución Nº 513 bis, de cuatro de octubre de 1955, comisionando a un empleado de la industria, el abogado, para su traslado a Bogotá, en cumplimiento de la comisión tendiente a conseguir de la Dirección de Aduanas la exoneración de derecho de 35.000 gruesas de botellas que llegaban con destino a la misma, el dicho abogado lo fue el Dr Manuel R. Padilla, a quien se asignaron viáticos de mil pesos ($ 1.000.00). La Resolución lleva la firma del Secretario, del Gerente, respectivamente, señores Rafael Araújo y Alfredo Amín. Fue hallada también la resolución 138, de 12 de diciembre de 1955, reconociendo y ordenando el pago al doctor Padilla, como abogado consultor de la Industria Licorera, de la suma de trescientos pesos ($ 300.00) para cumplir la comisión ante la Dirección General de Aduanas. Ordenaba, además, que por la sección de habilitación y caja se le pagaran al dicho doctor Padilla los viáticos asignados. Firman los mismos funcionarios cuyos nombres se dejaron mencionados.

"El instructor, en el examen de las actas de sesiones de la Junta Asesora, verificó que, en ninguna de sus sesiones, se trató del tema del viaje del doctor Padilla a Bogotá, ni del pago o reconocimiento de viáticos a su favor. Examinados los legajos de copia de correspondencia enviada por la Industria durante los meses de agosto a diciembre de 1955, se halló el oficio 10.026 de la Gerencia para el Gerente de Avianca, en la ciudad, pidiéndole la reservación de un cupo para el abogado Padilla.

Se trajeron copias de las resoluciones comentadas, y ellas obran a los folios 18 a 23 del cuaderno 3º.

"En relación con estos mismos hechos —viáticos y pasajes pagados a Padilla— se produjo la declaración de Alfredo Amín, Gerente, por la época a que se contrae la investigación, de la Industria Licorera de Bolívar (f. 36, cuad. 3º). El declarante afirma la realidad del viaje de Padilla a Bogotá, para gestiones ante la Aduana con fines a exoneración del derecho aduanero para unas gruesas de botellas, con destino a la empresa; lo mismo que el pago de los viáticos y pasajes con dineros oficiales para el mismo abogado. Respecto a la intervención del Gobernador Barrios, personal u oficial, para que se designara a dicho abogado, se apresurase su movilización o fuese aprovechado su viaje con fines distintos a los que aparecen consignados en la Resolución que lo autorizó, el ex-gerente Amín manifiesta rotundamente que ninguna sugerencia partió del Gobernador, al respecto, y que el mismo doctor Barrios tampoco tuvo ingerencia en la elaboración de tales resoluciones de las cuales él sólo se informó como miembro de la Junta, "sin que hubiera ninguna desviación, ni resistencia, ni nada de eso"... Aclara Amín que 'el doctor Barrios jamás me sugirió nada con lo relacionado al viaje del doctor Padilla, ni por terceras personas, ni nada relacionado con el General Rojas Pinilla, sólo recuerdo que esa gestión se hizo directamente con la Dirección General de Aduanas...'

"El Secretario de la Industria Licorera, señor Rafael Araújo L., se manifiesta en términos parecidos en su declaración obrante al fl. 54 del tercer cuaderno, y es también claro en descartar la intervención del doctor Barrios para conseguir el envío del doctor Padilla a Bogotá, con finalidades distintas a las expresadas por las resoluciones que se han comentado.

Refiriéndose el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal a las declaraciones de los doctores Torres Stevenson y Arrieta, ya transcritas, dice que "la investigación cumplida por el Juzgado 9º de Instrucción Criminal arroja el siguiente resultado:

"Alcides Bru Sánchez, persona de quien se dijera se hallaba presente en el momento en que el Gobernador Barrios diera la orden al señor Francisco Vergara Mejía para hacer comparecer al doctor Arrieta Franco ante el Gobernador, en

su declaración a los folios 8 y 9 del tercer cuaderno dice sobre el particular...: "...pero no oí ninguna orden que diera el Gobernador, al menos delante de mí, si tal orden no ocurrió, yo no la oí o no me di cuenta, pero creo que no la dio...'. Y más adelante se expresa así: '...no recuerdo nada de eso, pues si yo hubiera oído podría aunquando no creo que quepa en la cabeza de un Gobernador dar una orden de esas a un Juez que nada tiene que ver con él, pues repito que si ocurrió, no la oí... si ello hubiera pasado, yo lo hubiera asegurado en el Juzgado y creo que un Gobernador no habría podido hacer tal cosa de ordenar la detención de un Juez y menos sabiendo que el doctor Barrios es un abogado y sabe de esas cosas'.

"Francisco Vergara Mejía y Manuel Edmundo Mendoza Mendoza, en la diligencia de careo tenida ante el Despacho del Juzgado 90 de Instrucción Criminal, dicen: ...'es la verdad que jamás en mi presencia el señor doctor Raúl H. Barrios le ha ordenado al señor Francisco Vergara Mejía la captura o detención de Arrieta Franco... cuanto a incidentes accesorios del hecho porque se me pregunta, francamente no recuerdo con precisión, porque de esto hace mucho tiempo. Lo que sí puedo afirmar es que el doctor Barrios nunca ha ordenado a nadie privar de la libertad al doctor Arrieta Franco aquí presente', (fls. 65 y 66) —afirmaciones del doctor Edmundo Mendoza—; y explica más adelante: '...sí recuerdo que el doctor Barrios dio orden al señor Vergara Mejía para que alcanzara al doctor Arrieta Franco y le pidiera volver a la ciudad de Cartagena. La orden fue para que le pidiera el regreso en forma amistosa, nunca envolvía esa orden, ni una amenaza, ni un requerimiento en forma perentoria... a mi juicio, no se trataba de ninguna orden que envolviera un atentado contra la libertad personal del doctor Arrieta, ni que vulnerara su jerarquía judicial'.

"Vergara Mejía dice no recordar que el Gobernador Barrios le insinuara la detención o captura de Arrieta y ni siquiera le diera orden de salir en su busca (fls. 66 y 67, cuad. 3º). Finalmente, en la misma diligencia, el abogado Mendoza, preguntado por el Despacho sobre cuál pudiera ser el móvil que obligara al Dr. Arrieta a hacer declaraciones incriminativas contra el Gobernador Barrios, responde... '...apenas puedo conjeturar, sin afirmarlo, que el Dr. Arrieta Franco aprovechó el incidente baladí de que nos estamos ocupando, para hacer pinitos de mártir, haciéndose pasar por persona perseguida y aquí cabe la paradoja, precisamente por su protector...'"

Agrega el señor Agente del Ministerio Público lo que pasa a transcribirse:

"Con la finalidad de comprobar los cargos que el doctor Carlos Arrieta Franco hiciera contra el Gobernador Barrios en el sentido de que éste gestionara su destitución como Juez 2º Civil del Circuito de Cartagena, ante los Magistrados del H. Tribunal de Bolívar (sic), para los fines propios de la investigación, el Juzgado 90 de Instrucción Criminal apercibió para el expediente las declaraciones de varios de éstos, teniendo en consideración el lapso comprendido entre el 24 de junio de 1953 y el 23 de septiembre de 1956. Adicionó este acervo de probanzas con la declaración del doctor José Barrios Salcedo, persona de quien se afirmara haber recibido el ofrecimiento del Gobernador Raúl H. Barrios del dicho Juzgado del Circuito, con el objeto de que desde esa posición resolviera favorablemente a los intereses del General Rojas Pinilla, dentro del juicio de quiebra de la empresa azucarera de Berástegui.

"Los doctores Santander Blanco Cabeza (fl. 39, tercer c.); Roberto Camacho Rodríguez (fl. 41); Rogelio Méndez Brit (fl. 46); Manuel Guillermo Gómez León (fl. 51); Ramón Mercado (fl. 96); Ramiro Araújo Grau (fl. 104); José de León Martínez (fl. 107); Felipe S. Paz (fl. 117), en sus declaraciones rendidas ante el Juez Instructor, ya en forma personal o por declaración certificada, son todos contestes y unánimes en su condición de Magistrados del Tribunal de Cartagena, en el sentido de afirmar que durante el tiempo que desempeñaran dicha posición no tuvieron nunca insinuación, intriga o pretensión manifiesta alguna formulada por el doctor Raúl H. Barrios, Gobernador, en el sentido de proveer el Juzgado 2º del Circuito de Cartagena con determinado sujeto; ni, tampoco, promoviendo consejas o solicitudes de dicho Gobernador con la finalidad de ser destituídos o removidos los doctores Carlos Arrieta Franco y Antonio Torres Stevenson. En el mismo sentido se pronunciaron los doctores Armando Martelo Capuro y Francisco de Vivero Olmos, a los fls. 164 y 174, del tercer cuaderno.

"Por lo demás, el doctor José Barrios Salcedo, obrando de conformidad con el artículo 232 del C. de P.P., da respuesta al cuestionario que le propusiera el Juzgado, afirmando que, efectivamente, al pedir apoyo al Gobernador para la consecución del Juzgado de Circuito de Carmen de

Bolívar, éste le prometió ayuda para la del 2º Civil del Circuito de Cartagena, que iba a quedar vacante. Agrega que desconoce la clase de influencia que iba a desatar el Gobernador en su favor, que no le consta si el doctor Barrios gestionara la promesa que le hiciera en forma alguna, y que tampoco volvió a entrevistarse con él, ni que en la oportunidad que lo viera el doctor Barrios le hiciera confidencia ni reparo a las actuaciones judiciales de Arrieta Franco. Concluye el doctor Barrios Saledo manifestando que él optó por no conseguir el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartagena, al enterarse de que en ese Despacho cursaba un juicio interesante en donde era parte Rojas Pinilla, y así, para "no meterse en lios", según su expresión, resolvió decirle al doctor Barrios que le diera un plazo para pensarlo.

"Dos inspecciones oculares más determinó el Juzgado de Instrucción: la una en las dependencias de la Secretaría General del Tribunal Superior de Cartagena y la otra en las dependencias del Juzgado 2º Civil del Circuito de esa misma ciudad. La primera diligencia tenía por objeto el constatar lo relacionado con quejas o denuncios presentados contra los doctores Torres Stevenson y Arrieta, con motivo de su actuación dentro del juicio de quiebra de la empresa azucarera de Berástegui, en su condición de titulares del Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartagena. Esta diligencia estableció con claridad que el doctor Raúl H. Barrios, en su condición de Gobernador del Departamento, no presentó cargo alguno contra dichos funcionarios. En cuanto a la segunda, el Despacho se limitó a constatar la existencia de algunos autos de sustanciación dictados por el Juez Torres Stevenson y por el Juez Arrieta Franco, con sus fechas correspondientes y la materia sobre la cual recaían, todo en relación con el juicio de quiebra de Berástegui.

"Como otra diligencia importante...", agrega el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal... "debe destacarse el careo entre los doctores Raúl H. Barrios y Antonio Torres Stevenson, que finaliza estableciendo que en ningún momento el Gobernador estableció sobre el juez Torres, tal como con sus palabras lo expresa el último de los nombrados, "violencia física, ni amenaza física en potencia, tampoco intimidación, como Gobernador que era". El mismo doctor Torres, en el curso de la diligencia y al fl. 67 del tercer cuaderno, manifiesta que el doctor Barrios no le pidió, ni exigió que dictara providencia favorable al general Rojas, dentro del juicio de quiebra de la empresa azucarera de Berástegui y que, en cuanto a lo de su destitución, ello lo supo porque el doctor Rafael Escallón Villa lo hizo saber al doctor Harold de Calvo y éste a su padre, persona que a su turno, le contó que el General quería su remoción".

Concluye, así, el señor Agente del Ministerio Público, el cuidadoso estudio que de la prueba hace en el concepto en que solicita se sobresea definitivamente en favor del doctor Raúl H. Barrios, ex-gobernador del Departamento de Bolívar:

"Sobre el cargo de que el Gobernador Barrios destinara dineros oficiales pertenecientes a la Industria Licorera de Bolívar para el pago de viáticos y transportes de un abogado de dicha empresa, el doctor Padilla, con el fin de que éste se trasladara a Bogotá y Cali para cumplir gestiones relacionadas con la quiebra de Berástegui y aparentemente hechas figurar como actuaciones de índole oficial, vinculadas a la empresa de licores, las distintas diligencias de inspección ocular que atrás se dejaron analizadas y suficientemente comentadas, las declaraciones de los funcionarios que firmaron las resoluciones que aprobaban tales viáticos, son elementos de convicción suficientes para atestiguar, sin la sombra de duda alguna, que la conducta del Gobernador Barrios fue, por este aspecto, en un todo extraña a los hechos que se le asignaban como presuntivamente delictuosos, de destinación de dineros oficiales o uso indebido de caudales para fines distintos a los propios de ellos.

"Las pruebas traídas a autos demuestran satisfactoriamente que el doctor Raúl H. Barrios, en su calidad de Gobernador, no tuvo intervención, ni personal ni oficial, para la comisión que la Industria Licorera de Bolívar confiriera a Padilla. Que si existen aspectos confusos y aún reprobables, en la forma como se actuó por dicha industria de licores, en nada pueden achacarse a actividad, de hecho o de omisión, del Gobernador Barrios.

"Los cargos formulados en el sentido de que el mismo doctor Barrios interviniera ilícitamente para coaccionar o amedrentar a los jueces Arrieta y Torres Stevenson, para que éstos propiciaran determinadas medidas favorables al General Rojas Pinilla, dentro del juicio de quiebra del ingenio azucarero de Berástegui, que cursara dentro del Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartagena, los halla de la misma manera infundados este

Despacho. Al efecto, las inspecciones oculares y las diligencias y careos practicadas con los interesados dan fehaciente testimonio de que la conducta del doctor Raúl H. Barrios fue totalmente escrupulosa como Gobernador; que se abstuvo de requerir a los dichos funcionarios para que optaran por providenciamientos favorables a determinado interés. En lo que atañe a iniciativa del Gobernador Barrios, desarrollada sobre los Magistrados del Tribunal Superior de Cartagena para descalificar a los jueces Arrieta y Torres S. y para obtener su destitución o remoción, el numeroso acopio de declaraciones, certificaciones de los funcionarios sobre los cuales se pretendió que ejerciera presión el mandatario seccional, da fe sin ambajes de que esta conducta proditoria jamás tuvo vigencia en la actividad del Gobernador.

"No lamenta este Despacho haber dado, en el momento en que le fuera solicitado su concepto, opinión adversa a la declaración de cesación de procedimiento a favor del doctor Barrios, por los cargos que fueron materia de esta investigación, para entonces: por sus innumerables vicios y defectos la investigación inducía a colocar en tela de juicio la conducta del Gobernador de Bolívar; mas, la celosa y muy bien llevada movilización investigativa que efectuara el Juzgado 90 de Instrucción Criminal da pie suficiente para solicitar, como sin reatos lo hace este Despacho a la H. Corte, que se califique el mérito del sumario con un sobreseimiento definitivo a favor del muchas veces mencionado doctor Raúl H. Barrios".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Dado el cuidadoso examen de las pruebas traídas a este proceso, realizado por el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, cuyas conclusiones prohija la Sala, es forzoso concluir en que los hechos atribuídos al Gobernador del Departamento de Bolívar, doctor Raúl H. Barrios, no tuvieron ocurrencia. Esto es, que durante los años de 1954 y 1955 en que el procesado desempeñó dicha gobernación no cumplió intervención alguna ante los doctores Antonio Torres Stevenson y Carlos Arrieta Franco (jueces que, en Cartagena, conocieron del juicio de quiebra del "Ingenio Azucarero de Berástegui") para sugerirles, siquiera, una preferente atención del citado juicio, ni mucho menos para constreñirlos, mediante violencias o amenazas, a fin de que ejecutaran u omitieran algún acto de sus funciones judiciales; ni concurrió para aconsejar, ordenar o realizar el pago de viáticos y transporte aéreo hecho por la Industria Licorera de Bolívar, para el traslado a Bogotá y a Cali del doctor Manuel Ramón Padilla, en las ocasiones de que da cuenta el informativo.

No existen, como cometidos por el doctor Raúl H. Barrios, los delitos a que se refieren los artículos 184 del Código Penal y 3º del Decreto 1858 de 1951, que aparecían supuestamente imputados al procesado en los cargos que le fueron hechos.

En efecto:

a).—El delito contra los funcionarios públicos previsto en el citado artículo 184 del Código Penal, que bien puede ser cometido por un funcionario público o por persona que no lo sea, requiere:

1º.—Que el sujeto pasivo sea un empleado, un funcionario público o persona encargada de un servicio público;

2º.—Que el agente realice violencias o amenazas contra el sujeto pasivo, y

3º.—Que con esos medios coercitivos de la libertad del funcionario público, empleado o encargado de un servicio público, el sujeto activo se proponga obtener que la víctima ejecute u omita algún acto de sus funciones.

No requiere este delito que el acto del funcionario público o encargado del servicio público se ejecute o se deje de realizar, pues esta violación punible se consuma por el simple comportamiento externo del agente, sin que se exijan especiales resultados. Es un delito por se, que no toma en cuenta la lesión del interés jurídico tutelado (en este caso la administración pública), sino solamente la situación de peligro para ese bien amparado penalmente, vale decir, la sola posibilidad o probabilidad de daño (delito de peligro).

Pues bien:

Ninguna violencia o amenaza cumplió el doctor Raúl H. Barrios contra los jueces Torres Stevenson y Arrieta Franco, cuando aquel desempeñaba el cargo de Gobernador del Departamento de Bolívar y éstos conocían del juicio de quiebra del "Ingenio Azucarero de Berástegui", para que ejecutaran u omitieran algún acto de sus funciones jurisdiccionales con respecto a dicho juicio. Por tanto, la infracción penal prevista en el artículo 184 del C. P. no existió, en cuanto a la

conducta del nombrado doctor Barrios.

b).—Asimismo, ninguna intervención cumplió el sindicado, en su condición de Gobernador del Departamento de Bolívar, en la ordenación y pago de las sumas que le fueron entregadas al doctor Manuel Ramón Padilla, como viáticos y gastos de transporte, para trasladarse a Bogotá y a Cali, en las fechas que señala la averiguación cumplida en este proceso. De consiguiente, ninguna responsabilidad puede deducirse en contra del doctor Raúl H. Barrios, por la supuesta imputación de Peculado que se desprendía de los cargos que se originaron en la investigación adelantada.

Esta infracción penal, conforme a lo previsto en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, exige que "el funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado... 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..."

Y nada de lo anterior cumplió el Gobernador del Departamento de Bolívar, con respecto a los pagos hechos al nombrado doctor Padilla. Es, pues, absolutamente clara la inocencia del procesado doctor Barrios en este particular.

Corresponde aplicar, en consecuencia, lo dispuesto en los ordinales 1º y 2º del artículo 437 del C. de P. P.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor Raúl H. Barrios, respecto de los cargos por los cuales se le recibió declaración de inquirir en estas diligencias.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pisciunto León, Secretario.

SE DECLARA INADMISIBLE EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR LA PARTE CIVIL CONTRA UNA SENTENCIA QUE ABSOLVIO AL PROCESADO DE LAS FALSAS IMPUTACIONES QUE SE LE HABIAN ATRIBUIDO

El artículo 559 del C. de Procedimiento Penal indica que "la parte civil podrá interponer recurso de casación contra las sentencias condenatorias en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557 en lo referente a la indemnización de perjuicios..." Esto es, que respecto de los fallos absolutorios no procede el recurso de casación, si él se constriñe a la sola indemnización del daño privado causado por el delito. Es a esta materia a la cual se restringe la intervención de la parte civil dentro del proceso penal. Por consiguiente, la parte civil no puede recurrir en casación contra sentencias absolutorias.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL — Bogotá, marzo veintidós de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

El Juzgado Penal del Circuito de Anserma, mediante providencia de veintiuno de marzo de mil novecientos sesenta, absuelve a Carlos Betancur Castaño "de todos los cargos por el posible ilícito de "Falsas Imputaciones, por los cuales fue llamado a rendir indagatoria".

La anterior sentencia absolutaria fue confirmada por el Tribunal Superior de Manizales, mediante fallo de 28 de noviembre de 1960.

Contra la sentencia del Tribunal recurre en casación el doctor César Espinosa Arango, apoderado de la parte civil constituída por el señor Nicolás Botero Trujillo, dentro del referido negocio.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El artículo 559 del C. de P. P. indica que "las partes mencionadas en el artículo anterior...", esto es, el Agente del Ministerio Público el procesado o su defensor... "y la parte civil podrán interponer recurso de casación contra las **sentencias condenatorias** en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557 en lo referente a la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos..."

Esto es, que respecto de los fallos absolutorios no procede el recurso de casación, si él se constriñe a la sola indemnización del daño privado causado por el delito.

Y como es obvio que la materia a la cual se restringe la intervención de la parte civil dentro del proceso penal es sólo la relacionada con la reparación de ese daño privado, que la supuesta infracción penal pudo ocasionarle, es lógico concluír que tal parte civil no puede recurrir en casación contra las sentencias absolutorias de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, proferidas en segunda instancia.

En autos de 15 de febrero de 1949 (G. J. Tomo LXV, pg. 112); de 24 de noviembre de 1952 (G. J. Tomo LXXIII, pg. 804), y de 30 de enero de 1953 (G. J. Tomo LXXIV, pg. 188), la Corte sostiene que "la sentencia contra la cual debe interponerse el recurso de casación por perjuicios tiene que ser condenatoria y no absolutoria, porque la causa o razón de deducir perjuicios es la ejecución de un hecho ilícito que los haya producido, según el principio de que todo hecho doloso o culposo que cause daño genera para el agente

la obligación de repararlos, (Arts. 92, C. P., y 2341, C. C.)".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, a que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Manizales.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Julio Roncallo Acosta. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Angel Martín Vásquez. — Pioquinto León, Secretario.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO, EN FAVOR DE TRES MAGISTRADOS DE TRIBUNAL, DEL CARGO DE HABER INCURRIDO EN DEMORAS EN LA TRAMITACION DE UN PROCESO

La doctrina ha sido reiterada en el sentido de que para imputar un delito de abuso de autoridad por demoras no es suficiente establecer el elemento objetivo o material que entraña el tiempo cronológicamente computado en que estuvo sin actuación un determinado negocio judicial; sino que se requiere además la determinación del elemento subjetivo o moral en virtud del cual surja la negligencia, el descuido, la omisión en una palabra y la intención dolosa de no hacer, dejar de hacer o no querer hacer una cosa, que es lo que significan las expresiones verbales empleadas en la ley "omitir, rehusar o retardar".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL — Bogotá, marzo veintitrés de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Por haberse puesto término a las diligencias sumarias en averiguación de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por demoras en la tramitación del proceso seguido al doctor José María Barraza Lora, en su calidad de Juez Superior del mismo Distrito, por el delito de concusión, entra esta Sala a calificar el mérito de las citadas diligencias, una vez oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público.

Del proceso antes mencionado, hubieron de conocer en su calidad de sustanciadores del mismo, los Magistrados Drs. Julio Roncallo Acosta, Jaime Goenaga Goenaga y Félix Suárez Barrios, cuyas actuaciones a este respecto, fueron investigadas de conformidad con lo dispuesto por esta Corporación.

Hechos:

Contra el ex-Juez Tercero Superior de Barranquilla, doctor Barraza Lora, cursó un sumario por el delito de concusión, tal como se había anotado antes, pero por haberse incurrido en una nulidad procedimental, fue enviado el proceso a la Corte, la cual dispuso que se remitiera de nuevo el negocio al Tribunal Superior de Barranquilla a fin de que se repusiera parte de su actuación, la que incurrió en nulidad, no sin dejar de anotar que por el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho era menester que el Tribunal actuara con la mayor prontitud con el objeto de no perturbar la buena marcha de la justicia.

Antecedentes:

El expediente fue recibido en la Secretaría del Tribunal el 5 de octubre de 1955; repartido el 17 del mismo mes, correspondió al Magistrado doctor Gabriel Francisco Porras, quien el 27 de octubre se declaró impedido para conocer del negocio. El 7 de noviembre del mismo año, el negocio pasó al Despacho del Magistrado doctor Julio Roncallo Acosta, de donde salió con proyecto el 12 de enero del siguiente año (1956) al Magistrado doctor Julio Marenco; ese mismo día fue devuelto al doctor Roncallo Acosta. El 17 de enero de 1956 se aceptó el impedimento del doctor Porras, y luego de verificadas las notificaciones de rigor, se procedió a sortear el Con-Juez, quien tomó posesión de su cargo el 7 de marzo de 1956, fecha

desde la cual permaneció el expediente en el Despacho del doctor Roncallo Acosta, sin actividad alguna hasta el 8 de agosto de 1957. Es de consignar que la demora inicial de la tramitación, se debió al impedimento del doctor Porras. Conviene también anotar que el doctor Roncallo dejó el cargo de Magistrado del Tribunal el 16 de octubre de 1956, y desde esa fecha hasta el 10 de diciembre del mismo año desempeñó esas funciones, con carácter de interinidad, el doctor Jaime Goenaga, para ocuparlo posteriormente hasta el 8 de agosto de 1957, el doctor Félix Suárez Barrios.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, hace un recuento de lo ocurrido con el negocio objeto de esta investigación, entre el 7 de marzo de 1956 y el 8 de agosto de 1957, de la siguiente manera:

"Durante el lapso comprendido entre el 7 de marzo de 1956 y el 8 de agosto de 1957 los citados Magistrados cumplieron la siguiente labor, según lo acredita la inspección ocular visible a folios 49 y ss. que se aprecia por el número de negocios salidos definitivamente del Despacho a su cargo. Mes de marzo de 1956: 43; abril: 59; mayo: no aparece el dato correspondiente: junio: 49; julio: 22; agosto: 48; septiembre: 42; octubre: 41: (el Magistrado Roncallo Acosta dejó el cargo y vino a ocuparlo el doctor Jaime Goenaga); noviembre: 15; diciembre: 6, (el Magistrado doctor Goenaga es reemplazado por el doctor Suárez); enero de 1957: 24; febrero: 42; marzo: 18; abril: 27; mayo: 51; junio: 39; julio: 55 y agosto de 1957: 52".

Ya en sus apreciaciones de fondo, el señor Agente del Ministerio Público, conceptúa lo siguiente sobre el caso sub-júdice:

"Pues bien: baste simplemente observar el número de negocios que mensualmente correspondían al Despacho de los Magistrados Roncallo, Goenaga y Suárez y el atendido con resolución definitiva para concluir que su actuación no puede calificarse de negligente. Todo lo contrario, se aprecia que evacuaban una buena cantidad de negocios. De esta manera resulta comprensible que un negocio hubiera permanecido inactivo tanto tiempo sin ninguna actuación, como lo fue el del citado doctor Barraza Lora. Este evento de tan frecuente ocurrencia —y deplorable para los fines que persigue la administración de justicia— no puede servir de fundamento alguno para configurar conducta delictual en contra de los funcionarios que, cumpliendo celosamente sus deberes, no pueden satisfacer las exigencias de un número excesivo de expedientes a su cargo.

"El simple hecho de las demoras en la tramitación de un proceso no permite estructurar los elementos material y subjetivo de delito alguno imputable a dichos Magistrados. Lástima sí que el sumario contra el doctor Barraza no hubiera sido favorecido con la actuación de estos Magistrados a pesar de la advertencia que en el mismo negocio había formulado la H. Corte. El tumulto de los expedientes impidió a los doctores Roncallo, Suárez y Goenaga percatarse de tal hecho".

Finalmente, solicita el señor Procurador Delegado, que en vista de sus consideraciones, anteriormente transcritas, se sobresea de manera definitiva en favor de los Magistrados sobre quienes recayó la acusación por demoras en la tramitación del proceso contra el doctor Barraza Lora.

Se considera:

Imposible resulta configurar un delito de abuso de autoridad por demoras en el presente proceso. Si los elementos materiales pudieran dar apariencia delictuosa a la omisión o retardo en tramitar el negocio contra el sindicado de concusión, el subjetivo está muy lejos de conseguirse dentro de las circunstancias que señala el proceso, todas manifiestamente demostrativas de que no hubo por parte de los Magistrados intención dañada en demorar ni alterar la marcha de la justicia con procedimientos que implicaran denegación de la misma para favorecer intereses extraños.

Si se analiza la labor cumplida por los funcionarios acusados se comprende que actuaron con diligencia en sus actividades de Jueces y que los distintos cambios e incidencias surgidas en el negocio contra Barraza, favorecieron el retardo en diligenciarlo.

La doctrina ha sido reiterada en el sentido de que para imputar un delito de abuso de autoridad por demoras no es suficiente establecer el elemento objetivo o material que entraña el tiempo cronológicamente computado de que estuvo sin actuación un determinado negocio judicial. A esta sola circunstancia no es posible atribuírle capacidad bastante para incriminar la conducta del funcionario, porque es evidente que aquello está unido a la determinación del elemento subjetivo o moral en virtud del cual surja la negligencia, el descuido, la omisión en una palabra y la intención dolosa de no hacer, dejar de hacer o no querer hacer una cosa, que es lo que signifi-

can las expresiones verbales empleadas en la ley "omitir, rehusar o retardar".

La demora que no está ligada a una manifestación dolosa por parte del funcionario, no conlleva responsabilidad penal; si así no fuera pudiera llegarse a la injusticia de sancionar a quien por incapacidad física o intelectual dado el recargo de negocios dejara de actuar en un proceso determinado. Es manifiesto que siendo imposible establecer la intención dolosa de infringir la ley por cualquier razón distinta de un acto intencional dirigido al resultado de paralizar o hacer inefectiva la administración de justicia o la marcha de la misma, no es posible determinar ni exigir responsabilidad penal por abuso de autoridad derivado de tales circunstancias.

Siendo esto lo aquí ocurrido, y demostrado que existieron causas distintas no imputables a los funcionarios y ajenas a su voluntad, la conclusión solicitada por el señor Agente del Ministerio Público encuentra respaldo y es la que debe adoptarse al tenor de la ley.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala Penal —administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor de los magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, doctores Julio Roncallo Acosta, Jaime Goenaga y Félix Suárez Barrios, por los cargos que les fueron imputados en este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. —Gustavo Rendón Gaviria. — Miguel Bernal Medina, Con-Juez. — Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

NO PROSPERA LA IMPUGNACION TENDIENTE A DEMOSTRAR NULIDADES EN UN PROCESO QUE TERMINO CON SENTENCIA ABSOLUTORIA DE LAS IMPUTACIONES DE ESTAFA QUE SE HICIERON EN LA DENUNCIA

1.—El Decreto Extraordinario 1254 de 1954 en su art. 3º impuso, al Fiscal de Tribunal que interpusiere el recurso de casación en materia penal, la obligación de presentar la demanda respectiva, dentro del término establecido por el artículo 563 del C. de P. Penal, facultando al mismo tiempo al Procurador para ampliar dicha demanda. De los términos de la disposición mencionada se deduce, por consiguiente, que si el Procurador General de la Nación por una u otra causa no ejercita esa facultad, el recurso no podrá, por ese motivo, declararse desierto, siempre que por otra parte el Fiscal recurrente presente oportunamente la demanda de casación y ella reúna los requisitos legales.

2.—A una persona no puede considerársela como sindicada en un proceso, aparte del caso de cogerla in flagranti delito, sino cuando con respecto a ella el funcionario de instrucción considere que hay circunstancias y antecedentes consignados en el proceso, en virtud de los cuales aparezca como autora de la infracción penal o partícipe de ella, según lo establece el artículo 346 del C. de P. Penal, que señala las condiciones para poder recibir indagatoria.

3.—Si en los procesos extraordinarios y especiales, como los establecidos en el artículo 13 de la ley 48 de 1936, en el Decreto 0014 de 1955 y en el 0015 de 1958, el legislador suprimió el auto de proceder, haciendo desaparecer el límite que en el procedimiento ordinario separa las etapas del sumario y el juicio o causa penal, no les corresponde a los funcionarios jurisdiccionales equiparar analógicamente otras providencias de aquellos procedimientos especiales al auto de proceder, haciéndoles producir efectos que solamente a éste ha señalado el legislador.

4.—El emplazamiento y designación de apoderado de oficio a que se refiere el artículo 57 del Decreto 0014 de 1955 tiene aplicación solamente cuando el sindicado ha nombrado apoderado. Por el contrario, si a pesar de haber designado el sindicado libremente su apoderado para que lo represente en todo el proceso, el juez lo emplazare para designarle un defensor de oficio, desconocería con esto el derecho que le otorga la ley de nombrar libremente su defensor con lo cual incurriría en acto arbitrario. El nombramiento de defensor de oficio está condicionado, en todo caso, al hecho de que el sindicado no quiera o no pueda nombrar su propio defensor.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, marzo veintitrés de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en fallo de fecha cuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, confirmó el de primer grado que absolvió a Luis Ambrosio Jiménez Berdugo de los cargos que le formuló el

denunciante Arnulfo Forero Laguna, por el supuesto delito de estafa.

El señor Fiscal de dicha Corporación interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, el que sustentó oportunamente por medio de la respectiva demanda, pero que la Procuraduría General de la Nación se abstuvo de ampliarla.

LOS HECHOS Y LA TRAMITACION

Por denuncia que formuló Arnulfo Forero Laguna, el 1º de octubre de 1958, contra Luis Antonio Jiménez Berdugo, ante el Juzgado de Instrucción Criminal del Norte de esta ciudad, se inició la actuación y después de ratificada la denuncia se enviaron los autos, por competencia, al Juez Primero Superior de Cúcuta, el cual, en el auto cabeza de proceso, ordenó la práctica de varias pruebas, entre otras, recibir indagatoria a Luis Jiménez y a Myriam de Jiménez "conforme a los cargos que les resulten en este informativo".

Recibida la declaración indagatoria al acusado Luis A. Jiménez, éste en memorial presentado el 11 de diciembre de 1958, confirió poder "especial, pero amplio y suficiente, al doctor Juan Parada Caicedo, abogado titulado" para que lo representara, tanto en la investigación como en la causa, "hasta su terminación" (f. 62 del cuad. 1º).

El Juez del conocimiento, por auto del 14 de mayo de 1959, resolvió: 1º) Decretar la detención preventiva del denunciado Jiménez Berdugo; 2º) el embargo y secuestro preventivo de los bienes de su propiedad; 3º) librar las correspondientes órdenes de captura; 4º) abrir el negocio a prueba, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Extraordinario 0014 de 1955, ordenando al mismo tiempo, la recepción de varios testimonios.

Esta providencia fue revocada por el Inspector 1º de Policía de Cúcuta, por auto del 13 de junio de 1958, que a su vez, fue posteriormente anulado por el Tribunal de Pamplona.

El Juez Superior de Cúcuta, por sentencia de 2 de julio de 1959, absolvió al sindicado Jiménez de los cargos de estafa que le formuló Arnulfo Forero, y por último, el Tribunal de Pamplona, por medio del fallo recurrido, confirmó la sentencia absolutoria de primer grado.

El resumen de las versiones de los hechos, dada por el denunciante y por el acusado, lo hace el doctor Agustín Gómez Prada, apoderado ante la Corte del sindicado, en la forma siguiente:

"Arnulfo Forero Laguna presentó denuncio criminal contra Luis Ambrosio Jiménez Berdugo, por estafa, diciendo que le había llamado por teléfono desde Bogotá a Cúcuta, para comprarle 100 cajas de uvas pasas Sun Maide, 75 cajas de Salmonete Cubagua, 6 bultos de cuchilla Gillette Roja y 30 bultos de empaque, artículos cuyo precio debía fijar el señor Jiménez. Y que para pagarle su valor, dada esta circunstancia, le había remitido dos cheques en blanco, con su firma, contra el Banco Industrial Colombiano de Bogotá (Sucursal Plaza España), y con fechas de 20 y 26 de agosto de 1958, cheques que le remitió con el señor Abelardo Arenas.

El señor Jiménez Berdugo llenó los dos cheques, el uno con la cifra de $ 2.000.00 y el otro con la de $ 21.800.00, pero Forero Laguna dio orden de no pagar el cheque mayor, por carencia de fondos, por lo cual el vendedor le manifestó por teléfono que no le remitiría la mercancía. Pero Forero Laguna viajó a Cúcuta y como del Banco de Bogotá en Cúcuta le dieron a Jiménez Berdugo que el canje se demoraría unos diez días, se negó a entregarle los artículos.

"Por acuerdo entre comprador y vendedor se convino en que aquél enviaría un camión de Bogotá para recibir lo comprado, como en efecto se hizo, pero entonces tampoco Jiménez Berdugo entregó la mercancía a que se hace referencia, no obstante que para entonces (2 de septiembre) ya había cobrado los dos cheques por $ 2.000.00 y por $ 21.800.00.

"Al reclamarle la entrega de las cosas o la devolución del dinero, Jiménez Berdugo le contestó que él no había hecho arreglo alguno con Forero Laguna y que la mercancía se la había entregado a Abelardo Arenas, que era la persona con quien le había remitido los cheques en blanco.

"Tal es la versión del denunciante Arnulfo Forero Laguna.

"Pero el denunciado Luis Ambrosio Jiménez Berdugo dá otra versión totalmente diversa al exponer: que si fue cierto que recibió de manos de Abelardo Arenas los dos cheques, por $ 2.000.00 y por $ 21.800.00, girados por Forero Laguna, que el cheque menor se lo devolvió al mentado Arenas por haberse **destratado** de un negocio de unos bultos de empaque; y que el cheque de mayor cuantía lo cobró en virtud de un **contrato de canje** que tenía con Arenas, quien recibió a satisfacción las cantidades representadas en el aludido cheque".

DEMANDA:

El Fiscal recurrente invoca únicamente la causal cuarta señalada en el artículo 567 del C. de P. P., por ser en su concepto la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Dos son los cargos de nulidad de carácter constitucional, que el recurrente le hace al proceso, así:

1º. No haberse calificado la situación jurídica de la señora Myriam de Jiménez, en el auto de detención o en el de apertura a pruebas, pues en concepto del recurrente, en los procesos adelantados bajo la vigencia del Decreto 0014 de 1955, a aquella providencia "se le ha dado la equivalencia jurídico-procesal de auto calificatorio del informativo".

2º. No haberse cumplido lo dispuesto por el artículo 57 del citado decreto 0014, que dispone emplazar y nombrarle defensor de oficio al sindicado que no ha comparecido al juicio.

Réplica del apoderado del sindicado

El apoderado de Jiménez Berdugo, al descorrer el traslado que se le dio, como parte no recurrente, contesta la demanda de casación, en extenso memorial, en el que atinadamente refuta cada uno de los cargos formulados por el recurrente; solicita, en primer lugar, que se declare desierto el recurso interpuesto por el Fiscal del Tribunal de Pamplona, "por no haber sido coadyuvado ni sustentado por el señor Procurador General de la Nación", o en subsidio, que no se invalide la sentencia recurrida.

LA CORTE CONSIDERA:

Ante todo, debe decidirse si es el caso de atender la solicitud principal que hace el apoderado del sindicado, para que se declare desierto el recurso, por cuanto el señor Procurador General de la Nación no coadyuvó ni sustentó la demanda de casación, formulada por el señor Fiscal del Tribunal de Pamplona.

Para sustentar este pedimento, el señor apoderado de Jiménez Berdugo se acoge a lo dicho por la Corte en sentencias del 20 de septiembre de 1940 y del 31 de julio de 1946, en el sentido de que "si bien el Fiscal de un Tribunal puede interponer el recurso de casación, si el Procurador General de la Nación, quien lleva la personería del Ministerio Público ante la Corte, no formula la correspondiente demanda, el recurso debe declararse desierto..."

Las citas del señor apoderado tendrían vigencia si no se hubiera dictado el Decreto Extraordinario 1154 de 1954, cuyo artículo 3º dispuso: "El Fiscal del Tribunal Superior, que interpusiere el recurso de casación en materia penal, debe tenerse como parte recurrente para los efectos de presentar la respectiva demanda dentro del término señalado por el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, demanda que podría ampliar el Procurador General de la Nación".

Como se ve, la norma transcrita le impone al Fiscal del Tribunal Superior, que interpone el recurso de casación en materia penal, la obligación de presentar la demanda respectiva, dentro del término establecido por el artículo 563 del C. de P. P., facultando al mismo tiempo al Procurador para ampliar dicha demanda.

De modo que si esta facultad, por uno u otro motivo, no la ejercita el Procurador General de la Nación, como ha ocurrido en este negocio, el recurso no podrá, por este motivo, declararse desierto, si por otra parte, el Fiscal recurrente oportunamente presenta la demanda de casación, y ella reúne los requisitos legales, cosa que también se ha cumplido en el presente caso.

No siendo, por lo tanto, procedente acceder a la solicitud del apoderado de Jiménez Berdugo para que se declare desierto el recurso interpuesto y sustentado por el Fiscal del Tribunal de Pamplona, debe procederse al estudio de los cargos, en el mismo orden propuesto por el recurrente.

Primer cargo.—Los argumentos expuestos por el recurrente para sustentarlo, pueden resumirse así:

En que, a pesar de que en el auto de cabeza de proceso se dispuso recibirle indagatoria a Luis A. Jiménez y a su cónyuge Myriam de Jiménez, conforme a los cargos que le resulten del informativo, sin embargo no se indagatorió a esta señora, ni se le definió su situación jurídica, lo que ha debido hacerse en el auto de detención, que en los procesos a que se aplica el procedimiento del Decreto 0014, equivale al auto de proceder. Que según la Constitución, los sindicados deben ser juzgados con la plenitud de las formas propias de cada juicio, entre las cuales existe "la de la calificación de la situación jurídica de todos los sindicados en el auto de proceder que aquí era "el auto de detención precautelativa y de apertura a pruebas".

Que como no se aprovechó la única oportunidad procesal de definir la situación jurídica de todos los sindicados, pues se dejó por fuera la calificación de Myriam de Jiménez, "se incurrió en nulidad constitucional por inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio penal, tramitado con sujeción a las normas rituales del Decreto Extraordinario 0014 de 1955".

A estos argumentos el señor apoderado del sindicado replica lo siguiente:

"Equivocado anda el señor Fiscal al considerar que es nulo el proceso por no habérsele resuelto la situación a la señora Myriam de Jiménez, por la sencilla razón de que ella no fue llamada a juicio, ni se le hicieron cargos por medio del auto de detención del Decreto 0014 de 1955, ni siquiera se le recibió indagatoria, en una palabra, no hay cargos por los cuales hayan debido condenarla o absolverla los falladores de instancia.

"La finalidad del auto de proceder se satisface —ha dicho la Corte— mediante la concreción de cargos que el poder público, por conducto de la rama jurisdiccional y a nombre de la sociedad, imputa al procesado" (Cas. de 27 de marzo de 1946, G. J. tomo LX, números 2029-31, página 263).

"El enjuiciamiento es la base de la sentencia, por ser el pliego de cargos que se presente al sindicado para que inicie su defensa" (Cas. de 27 de octubre de 1944, G. J. tomo LVIII, número 2016, página 353).

"Admitiendo que el auto de detención venga a ser un equivalente del auto de proceder, hay que admitir también que es necesario que a un acusado se le formulen cargos, en una providencia o en otra. Por eso se establece que hay lugar a casación "cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder", como dice el artículo 567, ord. 3º del Código de Procedimiento Penal.

"La omisión de formular los cargos da fundamento al recurso de casación "con la finalidad de reintegrar al patrimonio del procesado el derecho de que se le privó, el de defenderse oportunamente de los cargos que se le dedujeron en el auto de proceder Y NO DE OTROS, y que la Constitución garantiza en virtud de la norma según la cual nadie puede ser juzgado sino mediante las formas propias de cada juicio" (Cas. de 17 de agosto de 1945 G. J. tomo LIX, Nos. 2022-24, página 498).

"En este caso, se repite, a la señora de Jiménez ni siquiera se le recibió indagatoria. De qué cargos se defiende?

Para terminar expresa el apoderado lo siguiente:

"Así que llegando, en últimas, a las llamadas **nulidades constitucionales**, es un contrasentido afirmar que un proceso es nulo porque se ha juzgado a una persona sin las formalidades propias del juicio, cuando no se la ha juzgado, cuando no se la ha llamado a responder en juicio, cuando ni siquiera se le ha hecho el cargo precario de hacerle rendir indagatoria.

"No sobra observar que la orden de recibirle indagatoria a la señora Myriam de Jiménez se hizo en el auto llamado cabeza de proceso (f. 17 del c. 1), en que se ordena practicar pruebas muchas veces sin base en datos procesales, sino que hasta se ordena "detener a las personas contra quienes haya motivos para ello", "embargar los bienes a que haya lugar", y así de otras disposiciones semejantes.

"Pero aun cuando se hubiera recibido la indagatoria a la señora de Jiménez, la nulidad no existiría.

"Se dictó auto de detención contra la persona que se creyó culpable, y luego se absolvió a la misma persona, porque no se encontró demostrada su responsabilidad. Eso es todo. "La responsabilidad en el campo de la justicia represiva es individual y divisible y cada coparticipe responde independientemente de su propia obra criminosa, sin ser comunicable a los demás", ha expresado la Corte. Si alguna persona no fue encausada, si alguna persona no fue perseguida por la justicia, mientras no prescriba la acción penal puede proseguirse contra ella; pero lo que no es lícito ni equitativo es que al enjuiciado absuelto se le anule su proceso porque se considere que ha debido exigirse la responsabilidad a sujetos distintos.

"La nulidad invocada por el Fiscal no existe".

Razón de sobra le asiste al señor apoderado de Jiménez Berdugo en su réplica a los argumentos con que el Fiscal pretendió sustentar este cargo.

En efecto, el recurrente parte para sus razonamientos de dos errados supuestos, que consisten en estimar que a la señora de Jiménez se le dio la categoría de sindicada por la sola circunstancia de haberse dispuesto, en el auto de cabeza de proceso, que se le recibiera indagatoria "conforme a los cargos que le resulten del informativo", y en suponer que el auto de detención en el procedimiento del Decreto 0014 equivale al auto de pro-

ceder. A una persona no puede considerársela como sindicada en un proceso, aparte del caso de cogerla in fragranti delito, sino cuando con respecto a ella el funcionario de instrucción considere que hay circunstancias y antecedentes consignados en el proceso, en virtud de los cuales aparezca como autora de la infracción penal o partícipe de ella, según lo establece el artículo 345 del C. de P. P., que señala las condiciones para poder recibir indagatoria.

Si a la señora Myriam no se dispuso recibirle indagatoria, fue porque el funcionario consideró que no existían en el proceso circunstancias ni antecedentes para ordenar dicha indagatoria. Ahora, dado esto, no se podía considerar a dicha señora como sindicada, y si no aparecían contra ella circunstancias procesales para indagatoriarle, es porque no surgió contra ella ningún cargo, y por lo tanto, tampoco ninguna necesidad había para indagatoriarla, ni para definirle su situación, ni menos para juzgarla. Así resultaría un verdadero contrasentido, como lo expresa el señor apoderado, declarar nulo un proceso porque se ha juzgado a una persona sin las formalidades propias del juicio, cuando a dicha persona no se la ha juzgado ni siquiera considerado como sindicada en el sumario.

Otro error del que parte el demandante, en sus argumentaciones, es el de darle al auto de detención precautelativa la equivalencia de un auto calificatorio del sumario en el procedimiento del Decreto 0014 de 1955, aplicado a este juicio.

Esta Sala, en sentencia del 14 de marzo de 1957, tuvo oportunidad de señalar las sustanciales diferencias que existen entre el auto de proceder y el procedimiento especialísimo del artículo 13 de la ley 48 de 1936, semejante al procedimiento establecido en el Decreto 0014 de 1955, en los términos siguientes:

"Por el otro aspecto cabe observar que en el procedimiento especialísimo que consagra la ley 48 de 1936, vigente al tiempo de consumarse los hechos que motivan el proceso, el auto que se dicta por mandato del artículo 13 no es un auto de proceder. Entre las dos providencias existen diferencias sustanciales en sus requisitos y su forma, en cuanto a la oportunidad en que se profieren y en sus efectos y consecuencias.

"El artículo 13 de la ley 48 se refiere a una serie de medidas sucesivas, de las cuales unas se supone que son previas y persiguen poner en seguridad al acusado —auto de detención— y otras atienden simplemente al adelantamiento mecánico del juicio —apertura a prueba y señalamiento de fecha para la audiencia—. También exige el precepto que se especifiquen los hechos que han motivado la detención.

"Según práctica generalizada, los jueces vienen dictando el auto de detención conjuntamente con el de apertura a prueba. Así ocurre en el presente caso.

"Es verdad que para dictar el auto de detención deben llenarse los requisitos que exige el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal, pero ellos son bien distintos de los que impone el 429 para el auto de proceder.

"En el primero deben expresarse los elementos probatorios que se hayan allegado sobre la existencia del hecho que se investiga, su calificación legal y la pena que la ley establece para él, lo mismo que los elementos probatorios que aparezcan en el proceso en contra del detenido. En el auto de proceder se contienen, además, otras medidas que atañen al fondo del negocio, comoquiera que él define una situación jurídica del denunciado y termina la etapa investigativa del proceso para abrir la causa criminal. Por eso exige el artículo 429 que para dictarlo aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito, y que exista al menos el elemento de convicción que enuncia el precepto sobre la responsabilidad del procesado como autor o partícipe, y según el artículo 431 en la providencia enjuiciatoria debe hacerse, además de la narración sucinta de los hechos, el análisis de las pruebas aducidas sobre la existencia del cuerpo del delito y las que funden la imputación al procesado y la calificación genérica del hecho con las circunstancias conocidas que lo especifican, para de allí deducir en la parte resolutiva el llamamiento a juicio por el delito que corresponda y que se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo o el correspondiente título cuando no se divide en capítulos.

"Fue suficientemente explícito el legislador al señalar pormenorizadamente los requisitos que demanda el auto de proceder y que no exigió para el que se dicta de acuerdo con el artículo 13 de la ley 48. Si su pensamiento hubiera sido el de hacer equivalentes las dos providencias, al reglamentar la del procedimiento especial, hubiera repetido las exigencias que enumera el artículo 431 o al menos hubiera hecho alusión a este precepto.

"Las tesis sostenidas en el fallo que pronunció el Tribunal Superior de Bogotá —Sala Penal— el 4 de abril de 1956, erran por prescindir de la anterior consideración.

"Los argumentos allí expuestos servirían para sostener que al dictar tanto el artículo 13 de la ley 48 de 1936 como el Decreto 0014 de 1955, el legislador desoyó los principios supralegales a que atiende el artículo 26 de la Constitución. Pero mientras tales disposiciones no sean declaradas inexequibles, su cumplimiento es obligatorio".

Por lo tanto, si en los procesos extraordinarios y especiales, como los establecidos en el artículo 13 de la ley 48 en el Decreto 0014 de 1955 y en el Decreto 012 de 1959, el legislador suprimió el auto de proceder, haciendo desaparecer el límite que en el procedimiento ordinario separa las etapas del sumario y del juicio o causa penal, no les corresponde a los funcionarios jurisdiccionales equiparar analógicamente otras providencias de aquellos procedimientos especiales al auto de proceder, haciéndoles producir efectos que solamente a éste ha señalado el legislador.

De lo expuesto se concluye que el cargo no puede prosperar.

Segunda carga.—Lo hace consistir el recurrente en que no se dio cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 57 del Decreto 0014 de 1955, que prescribe:

"Si dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se haya expedido la orden de captura o en que se haya proferido el auto de detención preventiva, no fuere posible lograr la comparecencia del sindicado, será emplazado por medio de edicto, que será fijado por el término de diez días en la Secretaría y se publicará, por una sola vez, en un periódico de la localidad, por bando, si no hubiere periódico. Transcurrido dicho plazo sin que se haya obtenido la comparecencia del sujeto, previa la declaratoria de reo ausente, se designará apoderado de oficio y con éste se adelantará el proceso".

Arguye al respecto el demandante: "Por manera que bien puede afirmarse que cuando el funcionario del conocimiento se ha abstenido de dar cumplimiento a la disposición del artículo 57 del Decreto 0014 de 1955, ha abusado de su potestad jurisdiccional, colocándose de esta manera en una evidente usurpación de jurisdicción.

"Y mal puede el funcionario abstenerse de realizar todos los trances procedimentales, sometiendo la tramitación de los negocios penales a caprichosas ritualidades, porque entonces, así mismo, está violando flagrantemente el mandato del artículo 26 de la Carta Magna de la República, que dispone que ningún ciudadano puede ser juzgado sino mediante la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

A este cargo replica, con toda razón el apoderado del acusado, después de aceptar que no se cumplió con lo dispuesto en el citado artículo 57 y que se dictó auto de detención contra Luis A. Jiménez Bardugo, pero que no se le notificó personalmente, que: "Si al individuo se le ha recibido indagatoria, si ha designado el mismo apoderado, si el apoderado no sólo lo ha representado para notificarse de providencias, sino para pedir pruebas y obrar eficazmente en el proceso, y al apoderado se le notifica el auto de proceder o el de detención (en el caso del Decreto) no podrá alegarse nulidad de lo actuado, porque no se le haya hecho la notificación personal".

Arguye, además, el apoderado del sindicado, que si acaso hubo alguna nulidad, quedó subsanada por el conocimiento personal del proceso que tuvo luego el acusado, fundándose en lo dispuesto en el artículo 198 del C. P. P., ordinal 2º, que establece que la nulidad consistente en no haberse notificado en debida forma el auto de proceder, desaparece "si habiendo comparecido el reo en juicio, no lo reclama dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le haya hecho la primera notificación personal".

En relación con este cargo, debe, ante todo tenerse presente, que el sindicado, después de rendir indagatoria, y aún antes de que se decretara su detención, confirió poder especial y suficiente al abogado Dr. Juan Parada Caicedo para que lo representara "a todo lo largo de la investigación como de la causa, hasta su terminación". Esta designación de apoderado la hizo el sindicado en ejercicio del derecho a él conferido por el art. 56 del citado Decreto, que dice: "Desde el momento en que se le reciba indagatoria el sindicado tiene derecho a nombrar un apoderado que lo asista en todas las diligencias del proceso. El Juez está en el deber de hacer conocer este derecho, y si el sindicado no lo nombrare, se le designará de oficio".

De modo que habiendo el sindicado ejercitado el derecho de nombrar un apoderado, que lo representó y lo asistió en todas las diligencias del juicio, sobraba, desde luego, darle aplicación a la formalidad prevista en el artículo 57, porque lo dispuesto en este artículo solamente tiene aplicación cuando el sindicado no ha nombrado apoderado. Por el contrario, si a pesar de haber designado el sindicado su apoderado, libremente elegido por él, para que lo represente en todo el proceso, el Juez lo emplazara para designarle un defensor de oficio,

desconocería con esto el derecho que le otorga la ley de nombrar libremente su defensor, con lo cual sí incurriría en acto arbitrario.

El nombramiento de defensor de oficio, en todo caso, está condicionado al hecho de que el sindicado no quiera o no pueda nombrar su propio defensor, porque la escogencia que el imputado hace de su apoderado o defensor prevalece sobre el designado de oficio por el Juez.

Por consiguiente, tampoco prospera el segundo cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia de fecha cuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, por medio de la cual se absolvió a Luis Ambrosio Jiménez Berdugo de los cargos que se le formularon en este proceso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — **Humberto Barrera Domínguez.** — **Simón Montero Torres.** — **Gustavo Rendón Gaviria.** — **Julio Roncallo Acosta.** — **Angel Martín Vásquez A.** — **Pioquinto León L.**, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA

SE CONFIRMA UNA PROVIDENCIA POR MEDIO DE LA CUAL EL TRIBUNAL SOBRESEYO DEFINITIVAMENTE, EN FAVOR DE UN JUEZ DE CIRCUITO, DE LAS INFUNDADAS IMPUTACIONES DE FALSEDAD, ABUSO DE AUTORIDAD Y PREVARICATO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL — Bogotá, Marzo veinticuatro de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Una vez cumplidos los trámites propios de la instancia, procede la Corte a resolver sobre la consulta de fecha siete de octubre de 1960, por medio del cual el Tribunal Superior de Neiva sobreseyó definitivamente en favor de Guillermo Silva Ramírez, ex-juez promiscuo del Circuito de Florencia, por los delitos de prevaricato, abuso de autoridad, falsedad en documento público, además de otras acusaciones que al presunto sindicado se le hicieron.

Originó el proceso que ha sido sometido a consulta, la acusación que el abogado Frederman Cantor Rengifo, domiciliado en Florencia, le hizo al mencionado ex-juez de Circuito, mediante memorial que en el Ministerio de Justicia fue recibido el 21 de febrero de 1957. Consistía el libelo acusatorio contra el mencionado funcionario en la imputación de los ilícitos antedichos, amén de la responsabilidad por varias irregularidades administrativas, que como la inasistencia continuada al despacho del Juzgado, embriaguez habitual, y retardo culpable de la decisión de los asuntos sometidos a su estudio, atribuía el profesional citado al mencionado juez. En efecto, en dicha demanda, luego de los acápites relativos a la "sistemática inasistencia a la oficina", "embriaguez habitual", "incumplimiento de sus deberes como juez", "trato público despectivo y ultrajante para con los abogados que han venido ejerciendo en el Circuito de Florencia", puntualiza los cargos sobre hechos propiamente delictuosos, comenzando por el de falsedad en documento público, que hace consistir en que el ex-juez Guillermo Silva Ramírez certificó que el día 4 de abril de 1956, Carlos Angel Martínez había demandado a la Caja de Crédito Agrario, y que no habiendo sido eso cierto, consiguientemente el mencionado ex-juez cometió el delito de falsedad en documento público, por afirmar un hecho como cierto, siendo contrario a la verdad. Los cargos de detención arbitraria y prevaricato los fundamenta en que, de acuerdo con su dicho, el ex-juez Silva Ramírez ejerció presión o influjo sobre el señor Modesto Valderrama para que formulara denuncia contra Cantor, imputándole el delito de abuso de confianza; y que a su turno Valderrama había incitado a Hercilia Perdomo de Celis, poderdante del abogado Cantor, para que denunciara a éste por ese ilícito, que habría consistido en la renuencia sistemática de dicho abogado a entregar a su poderdante sumas de dinero provenientes de los negocios a él encomendados, y cuyo cobro había verificado (f. 91, 1er, cuaderno). La parte céntrica de la acusación de abuso de autoridad consistía, según el denunciante del ex-juez, en que éste, no contento con inducir a los denunciantes a que iniciaran dicha acción penal, tan pronto como fue presentada la denuncia, procedió a dictar auto cabeza de proceso, dentro del cual ordenó, sin más dilación ni trámite, la captura del presunto sindicado, a fin de recibirle declaración. En efecto, dicha captura se llevó a cabo, pues el mismo día el abogado Cantor fue privado de libertad, como consta a folio 26 del primer cuaderno, en el que obra la certificación del Director de la cárcel en que consta que el abogado Cantor ingresó a ese establecimiento carcelario el 6 de febrero de 1957, y que por orden del juez

municipal, quien fue comisionado para llevar adelante la investigación, fue puesto en libertad, el día 8 del mismo mes de 1957.

En los autos reposa la prueba de que el sindicado Silva Ramírez desempeñaba el cargo de Juez Promiscuo del Circuito de Florencia, pues que existe copia del Acuerdo por medio del cual fue nombrado, el acta de posesión correspondiente, lo mismo que el respectivo certificado en relación con el ejercicio del citado cargo, en la época en que se le sindica por la comisión de delitos e irregularidades".

En cuanto al primer cargo, o sea el delito de falsedad en documento público, fueron oídos Ildefonso Meneses y Carlos Angel Martínez (cuad. 2, fls. 11 y 44), el primero de los cuales aparece suscribiendo la constancia que aparece a folio 48 del primer cuaderno y que dice así:

"JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO — SECRETARIA. — Florencia, 4 de abril de 1956. Recibido hoy, con los siguientes documentos: diligencia de revisión del Inspector de la Caja Agraria, en 2 folios: el pagaré Nº 011741, por $ 4.500.oo. a cargo de Misael Chavarro Rojas; la escritura Nº 3328, de 21 de julio de 1955; y el poder conferido al doctor Cantor Rengifo, pasa al despacho del señor Juez. Fue presentada por el señor Carlos Angel M.

"El Srio., (fdo.) I. Meneses Ch.".

Ambos declarantes, de modo concorde, coinciden en afirmar que la constancia sí fue firmada por Meneses, en su condición de Secretario del Juzgado Promiscuo del Circuito de Florencia.

El sindicado Silva Ramírez, en cuanto a este cargo, lo niega, diciendo que se limitó a certificar sobre un asunto que se había desarrollado en el mismo Juzgado que él dirigía. Obviamente, para la Corte este cargo carece en absoluto de consistencia jurídica, puesto que lo menos que se puede pensar de una acusación semejante es, en una acusación temeraria o una invencible ignorancia de lo que constituye jurídicamente el delito de falsedad en documentos públicos. En efecto, sin necesidad de hacer un detenido análisis de los elementos del delito en cuestión, es elemental que el hecho de que un juez dé razón o haga constar debidamente sobre alguna actuación que se llevó a cabo en épocas anteriores en su Juzgado, a pesar de que él no haya estado presente —porque mal podría estarlo, si aún no tenía la condición o calidad de juez— no significa, en absoluto, la comisión de ningún ilícito, sino, por el contrario, el cumplimiento de un deber, ya que el Juez está obligado, cuando se le solicite debidamente, a dar esas constancias, máxime cuando se trata de un juez civil, cuyas materias no están sometidas a ningún género de reserva. De tal manera, que no hubo en el presente caso, falsedad en documentos públicos.

Por lo que hace al segundo cargo, es decir, al de detención arbitraria, que se le atribuye al ex-juez Silva Ramírez, como antes se anotó, está comprobado que sí hubo en realidad un sumario por abuso de confianza contra el abogado Frederman Cantor, y que de resultas de éste, vino a quedar privado de la libertad dicho profesional, por cuanto el auto cabeza de proceso, dictado por el ex-juez Silva Ramírez así lo dispuso. Como también se dijo, obra en los autos la copia de la certificación respectiva del Director de la cárcel del lugar, y la boleta número 89, dirigida al Comandante de la Policía, con fecha 6 de febrero de 1957, a fin de lograr la captura y detención del abogado Cantor, como también la copia de la diligencia de indagatoria, rendida por este último el día 7 de febrero ante el Juez Municipal de Florencia, y el auto de este Juzgado, por medio del cual, el día 8 del mismo mes ordenó la libertad del incriminado de abuso de confianza.

Pero la propia denunciante —con referencia al cargo que se hace al ex-juez Silva Ramírez de haberla incitado a denunciar a Cantor —dice que dicha denuncia la escribió Carlos Angel, sin que ella hubiera recibido consejo del mencionado ex-juez. E igualmente, este último, niega el cargo, pues se limitó a manifestar a Modesto Valderrama quien le comentaba acerca de las actuaciones ilegales e indelicadas del abogado Cantor, que si tales cosas habían ocurrido de ese modo, era su obligación denunciar esos ilícitos ante las autoridades.

En cuanto a la segunda parte de esta acusación, o sea el propio encarcelamiento de Cantor, si bien es cierto que hubo un exceso en haber encarcelado a dicho profesional, ya que en realidad no se llenaron previamente las condiciones que el C. de P. P. exige para detener a un individuo, puesto que Cantor fue privado de su libertad personal sin la simple formalidad de la indagatoria previa, ni menos con la del correspondiente auto de detención, esto, como bien lo dice el Tribunal, aunque es a todas luces criticable, no por ello se puede decir que se tipificó un verdadedo delito de detención arbitraria. En efecto, el Juez trató

de extremar las precauciones posibles en cuanto al abogado Cantor, probablemente en vista de que los antecedentes y circunstancias lo hicieron pensar que éste sí había incurrido en verdaderos ilícitos contrarios, por lo demás, al recto ejercicio de la profesión de abogado. Es decir, el Juez se atuvo, quizás con rigor, a lo dispuesto en el artículo 346 del C. de P. P., que manda recibir indagatoria a las personas de quienes se sospeche la comisión de un ilícito, diligencia que, para ser cumplida, implica, según ese texto legal, o bien la simple "comparecencia" del sindicado, o la "captura" (C. de P. P., artículo 346, inc. 2º). El ex-juez Silva Ramírez prefirió la captura de una vez por todas. Pero a juicio de la Corte, ese hecho del Juez no alcanza a constituír un abuso de autoridad, dadas las condiciones especiales del caso, en el cual los antecedentes del abogado mencionado daban pábulo para dar por sentada la comisión del ilícito de que se lo acusaba, y evitar su probable evasión.

A semejantes conclusiones llega el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien en ponderada vista fiscal deduce que no hay materia para establecer la responsabilidad del sindicado, y en cuanto al delito de prevaricato, de que también fue incriminado el ex-juez Silva Ramírez, dice que no se configuran los elementos que integran esa infracción, con lo cual está de acuerdo la Corte.

De tal manera, que como no existe base alguna para infirmar el sobreseimiento del Tribunal a favor del presunto sindicado, la Corte habrá de confirmar dicha providencia.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, con el que está de acuerdo, CONFIRMA la providencia sometida a consulta, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, sobreseyó en favor de Guillermo Silva Ramírez, de condiciones civiles conocidas en este proceso, y por los cargos que le formuló el abogado Frederman Cantor Rengifo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

SE INVALIDA UNA SENTENCIA POR HABER RECAIDO EN UN PROCESO, POR HOMICIDIO, EN QUE SE APLICO INDEBIDAMENTE EL DECRETO 0012 DE 1959

1.—El resumen de los hechos en la demanda de casación ha de ser objetivo, escueto y frío, como se desprende del artículo 531 del C. Judicial, y por tanto, toda intercalación de conceptos, suposiciones o comentarios, por muy sensatos que aparezcan aisladamente considerados, pecan contra la técnica del recurso.

2.—El artículo 26 de la Constitución Nacional consagra en su segundo inciso la retroactividad de la ley permisiva o favorable. Así, pues, el principio de la irretroactividad de la ley penal sustantiva, común a todas las leyes, sufre, por mandato de la Carta y en homenaje a supremas razones de respeto a inmanentes derechos de la persona humana, una quiebra en su rigor jurídico, excepción consistente en hacerla retroactiva cuando es más benigna o favorable que la ley bajo cuyo imperio se pudieron cometer los hechos que se juzgan.

3.—La doctrina y la jurisprudencia han entendido que el principio de que "en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", consagrado en el artículo 26 de la Carta, no sólo tiene vigencia en cuanto al derecho penal material, como pudiera creerse frente a las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la ley 153 de 1887, sino también en cuanto respecta a las normas de carácter sustantivo contenidas en la ley procedimental.

4.—El fallo que decide sobre la acción de inexequibilidad sólo puede ser pronunciado por la Corte en pleno (artículo 214 de la Constitución Nacional) y tiene efectos erga omnes; en cambio para decidir sobre la excepción de inconstitucionalidad (artículo 215 de la Carta,) es competente cualquier funcionario con jurisdicción, que deba aplicar la ley, y sólo tiene efectos en relación con el caso concreto en donde el conflicto surge.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, marzo veinticinco de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Mediante sentencia del veintiocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Buga condenó a Luis Tulio Gaviria Obando, por el delito de homicidio, a la pena principal de seis (6) años de presidio más las accesorias correspondientes. En el fallo, por otra parte, se absolvió a Víctor Ortega Rodríguez y Hernando Trejos Alzate, sindicados del mismo delito.

El Tribunal Superior del mencionado Distrito, en resolución del veintinueve de marzo de mil novecientos sesenta, reformó el fallo anterior para imponer a Gaviria Obando la pena de ocho (8) años de presidio, confirmándolo en cuanto a la absolución de los otros dos procesados. Contra la sentencia de segunda instancia recurrió en casación el defensor del condenado. Este constituyó apoderado ante la Corte al doctor Julio Romero Soto, quien oportunamente formuló la demanda de casación cuyo mérito, agotado el trámite propio del recurso, procede a resolver.

Antecedentes

Por no interesar para las conclusiones a que habrá de llegarse en el presente fallo un circunstanciado relato de los hechos que dieron origen al proceso, la Sala, por hallarla acorde con la realidad procesal, acoge la resumida versión que sobre aquéllos expone en su respuesta a la demanda el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"El 15 de febrero de 1959, en la población de Sevilla (V.), fue muerto violentamente el señor Zabulón Sabogal, en el local de un almacén de su propiedad, situado en la fracción de "La Astelia", a consecuencia de heridas de arma blanca recibidas de manos de Tulio Gaviria Obando, y sin mediar entre ellos —en el instante de los acontecimientos— acción violenta alguna, ni física ni verbal, al decir de testigos. En su injurada el agresor reconoció ampliamente el acto delictivo, tratando de atenuarlo en razón de haber obrado por motivos que obnubilaron su ánimo, según afirma.

La investigación criminal correspondiente fue iniciada el mismo día 15 de febrero por el Juez 156 de Instrucción Criminal, funcionario que con fecha 5 de marzo siguiente profirió auto de detención preventiva contra los sindicados. El 17 de junio de 1959 el Juez Segundo Superior de Buga, quien había asumido el conocimiento del negocio desde el 21 de abril anterior, resolvió imprimirle al proceso el trámite previsto en el Decreto Extraordinario 0012 de aquel año, y declaró clausurada la investigación, pero sólo mediante auto del 16 de septiembre puso los autos a disposición de las partes, por tres días, para la presentación de alegatos, conforme al artículo 8º del citado Decreto (Fls. 105 y 108 v., cuaderno principal).

El día 19 del mismo mes el respectivo Agente del Ministerio Público produjo la vista fiscal que corre a folios 122 y siguientes, la cual concluye de la siguiente manera: "Lo anterior, señor Juez, para solicitar que al pronunciarse usted fulmine a LUIS TULIO GAVIRIA en la sentencia pertinente como autor de homicidio en la persona de Zabulón Sabogal pero cometido en estado de ira e intenso dolor, atenuante consagrado en el artículo 28 de nuestro Código Penal. Para Hernando Trejos y Julio (sic) Ortega que se les absuelva por no existir contra ellos jurídicamente los cargos que se les han querido imputar". Acogiendo el criterio del colaborador, el Juez profirió la sentencia de primer grado ya mencionada al principio del presente fallo. (Fls. 150 y ss.). Recurrida en apelación la providencia del a-quo, el Tribunal desató el recurso aumentando la pena impuesta a Gaviria Obando en dos años más, desechando la atenuante del artículo 28 del C. P. y considerando que el dicho procesado respondía por un homicidio simplemente voluntario, definido en el artículo 362 ibídem.

LA DEMANDA

El libelo contiene una exposición comentada de los hechos, predominantemente imbuida por el criterio subjetivo de su autor, en la cual se hacen interpelaciones y digresiones, con detrimento de la claridad y la precisión que deben presidir un relato de tal naturaleza. El resumen de los hechos debe ser objetivo, escueto y frío, como se desprende del artículo 531 del C. J., y por tanto toda intercalación de conceptos, suposiciones o comentarios, por muy sensatos que aparezcan, aisladamente considerados, pecan contra la técnica del recurso.

Aparte de esta imperfección de orden formal, preciso es aceptar que la demanda contiene una metódica y bien estructurada impugnación del fallo recurrido, cuya casación solicita con fundamento en las causales cuarta, segunda y primera del artículo 567 del C. de P. P.

Por un imperativo lógico se dará prelación al estudio de la causal cuarta, dados los efectos procesales que ésta comporta, ya que de existir en el proceso la nulidad supralegal alegada por el demandante, no sólo sería supérfluo un pronunciamiento de mérito sobre las otras dos, la segunda y la primera, sino que se impondría la resolución de reponer el procedimiento, conforme al aparte b) del artículo 570 del C. de P. P.

Para sustentar dicha causal, el impugnador comienza por exponer lo siguiente:

"La nulidad existente en este proceso es de índole constitucional, por violación del artículo 26 de la Carta, según el cual 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'.

"Los hechos que fueron imputados al procesado Luis Tulio Gaviria tuvieron su realización el día quince (15) de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), es decir, varios meses antes de entrar en vigencia el Decreto 0012 que lo

fue el día cuatro (4) de junio de ese mismo año, fecha de su expedición, decreto en el cual dada la calidad del procedimiento sumario y restrictivo en cuanto atañe a la defensa de los sindicados en él consagrado, no podía en consecuencia cobijar los procesos iniciados con anterioridad a su vigencia, pues les es desfavorable, pese a lo dispuesto en el artículo 40 de la ley 153 de 1887 sobre aplicación inmediata en lo relativo a la sustanciación y ritualidad de las leyes que las consagran, ya que como bien así lo ha dicho la doctrina de la H. Corte Suprema de Justicia: 'doctrina constitucional y legal es la de que ni siquiera lo que se refiere a procedimiento debe debe tener aplicación inmediata, si apareciere como menos favorable a simple vista, que el procedimiento anterior'". (Auto de fecha septiembre 22 de 1959, G. J. Tomo LXVIII, números 2087-2088, págs. 231 y 232: sentencia de 27 de noviembre de 1946, Casación de Angel García)".

En seguida el demandante señala con acierto el ostensible carácter restrictivo de las disposiciones del Decreto 0012 frente a las contenidas en el procedimiento ordinario. Sobre el particular expresa:

"En el Decreto 0012 no hay juicio propiamente dicho, ya que al ordenarse cerrar la investigación al cabo de treinta días de iniciada ésta, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3º del citado decreto y dar traslado a las partes por el término de tres días para la presentación de sus alegatos, dichas partes es muy factible que se encuentren desorientadas y desconcertadas por tanto, al no conocer con seguridad de qué delito se trata o cuál pueda ser la verdadera calificación de la infracción que se imputa, máxime si contra éste no se ha proferido ni siquiera auto de detención, no proferimiento de dicha providencia que según los términos del citado artículo no obsta para que vencido el término de los dichos tres días, el Juez dicte la correspondiente sentencia dentro de los cinco (5) días subsiguientes o la providencia que trata el artículo 7º con su necesaria adehala de absurdos.

"No hay, pues, en conclusión, debate probatorio alguno porque no existe pliego de cargos y de los cuales deba defenderse. Esta situación de indefensión se hace más patética si se tiene en cuenta lo dispuesto por el artículo 15 del mismo decreto, en donde más que a la voluntad, al capricho del instructor, queda sometida la aceptación o rechazo de la práctica de pruebas al ser su decisión inapelable, aparte de que por expresa disposición de ese mismo artículo, está prohibida la práctica de careos de ninguna clase. No sobra decir a este respecto que en muchos casos y uno de ellos es el de autos, es el careo la única prueba que puede establecer si un testigo o bien el procesado han dicho o no la verdad en lo que afirmaron o negaron en sus anteriores declaraciones, ineriminatorias o exculpatorias. En el caso de autos, se repite la imposibilidad de haberse practicado un careo entre el procesado y quienes se dijeron testigos presenciales de la tragedia en que perdiera la vida el señor Sabogal, testigos que por otra parte dependían económicamente del señor Sabogal, impidió el que se estableciera el hecho de que si en verdad, como así lo afirma el procesado en su indagatoria, al hacerle a Sabogal en el momento de su encuentro con éste una recriminación sobre su conducta, éste había respondido con frases groseras tratándolo de asesino, ofensa grave e injusta que provocó en su ánimo un estado de ira dentro de la cual dio muerte a Sabogal.

"Pero no se limita a lo anteriormente expuesto las restricciones al derecho de defensa del procesado bajo los términos del Decreto 0012 de que nos venimos ocupando. Si víctima el procesado de un error en la denominación jurídica del delito y por tanto obligado a soportar las consecuencias penales de esa determinación errada, la nulidad consagrada en el numeral 8º del artículo 198 del C. de P. P. le está vedado el alegarla o invocarla por cuanto que el artículo 22 del citado decreto dice que no puede alegarse otras nulidades distintas a la incompetencia de jurisdicción e ilegitimidad de personería del querellante, cuando el asunto es de aquellos en que no puede procederse de oficio".

Un poco más adelante el impugnador destaca el trámite extraño e híbrido con que se adelantó el proceso. Textualmente expresa al respecto:

"La expedición del Decreto 0012 de 1959, mientras se adelantaba en su etapa sumarial el presente proceso creó una situación "sui géneris" que llevó a los funcionarios que en él intervinieron a hacer extensivas normas de un decreto extraordinario a un procedimiento ordinario y viceversa, creándose así un procedimiento "ad hoc" todo lo cual condujo a la violación de un principio superior de orden constitucional que obliga a que el juzgamiento se acomode a la plenitud de formas propias de cada juicio, con lo que se está diciendo al mismo tiempo que es injurídico y anticonstitucional tomar formas procesales de dis-

tintos códigos o leyes, mezclarlas o confundirlas para formar un procedimiento "ad hoc" que permita resolver determinadas situaciones no claramente contempladas en el nuevo estatuto. Lo ilógico como arbitrario del sistema se capta con su simple enunciación, y esta tacha, aunque fuera la única bastaría para rechazar su empleo.

"Esto y no otra cosa sucedió dentro del presente proceso. Al paso que el funcionario instructor quien dicta el auto de detención de fecha marzo cinco (5) de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), es el Juez 2º Superior quien estando en vigencia ya el Decreto 0012 por auto de fecha junio diecisiete (17) declara cerrada la investigación como si se tratara del procedimiento ordinario, para dos meses más tarde dictar un nuevo auto dando traslado por tres días a las partes para alegar como si se tratara del procedimiento establecido en el Decreto 0012". Y agrega, luego de algunas otras consideraciones:

"Pero no solamente reside en la arbitraria como absurda combinación de dos sistemas procesales anteriormente anotada, la violación que conlleva necesariamente a la estructuración de la causal que nos ocupa. Normas procesales de carácter sustantivo como lo es el artículo 1º del Decreto 242 de 1951 fueron violadas al darle aplicación inmediata a las normas procesales contenidas en el Decreto 0012 de 1959 a un proceso como el presente iniciado bajo la vigencia de una ley anterior...

"En el caso de autos si al momento de la comisión del hecho y de la iniciación del proceso correspondiente, estaba vigente el derecho del procesado o la norma que así lo consagraba (artículo 1º del Decreto 242 de 1951) a ser jueces de hecho y no de derecho, entendida como en realidad lo es la institución del jurado como una conquista democrática en garantía de los derechos de defensa, los que debían juzgarlo, forzoso es concluir que normas como las consagradas en el Decreto 0012 de 1959 y que suprimían dicha institución y por tanto menoscaban en forma grave el derecho de defensa, no podían tener aplicación inmediata a procesos iniciados antes de su vigencia".

En apoyo de sus conceptos el recurrente cita a Pasquale Fiore y transcribe abundante doctrina de la Corte sobre el principio de la irretroactividad, en materia criminal, de la ley desfavorable o represiva. De esa reiterada doctrina, relieva la que se expresó en los siguientes términos:

"El principio constitucional —adoptado también en los Códigos Penal y de Procedimiento— de que en materia criminal la ley permisiva o favorable prefiere a la desfavorable o represiva, aunque sea posterior al acto que se juzga, debe entenderse como aplicable sólo a las leyes sustantivas penales, **bien se encuentren en el Código Penal o de Procedimiento**, siempre eso sí que tengan aquel carácter. En cuanto a las de simple procedimiento o ritualidad de los juicios, el artículo 40 de la ley 153 de 1887 desarrolla ese principio y en él se apoya precisamente la argumentación básica y fundamental para sustentar la doctrina de que en cuanto a la ritualidad de los juicios el fenómeno de la favorabilidad de la ley no tiene vigencia.

"Este principio lo consagran también las legislaciones extranjeras y lo aceptan los expositores de la ciencia procesal". (G. J. Tomo LXX, números 2103-2104, pág. 136).

Concluye el demandante su extensa argumentación para sustentar la causal cuarto de la siguiente manera:

"Así en consecuencia, al darse como se dio aplicación inmediata a las normas contenidas en el Decreto 0012 de 4 de junio de 1959, a un proceso como el presente, iniciado el día 15 de febrero del mismo año, es decir, antes de entrar en vigencia dicho decreto, con lo cual se violaron normas sustantivas relacionadas con el derecho de defensa del procesado, contenidas en el Código de Procedimiento Penal y Código Penal, como se dejó visto, se incurrió por tanto en una nulidad de carácter constitucional que afecta el proceso a partir del auto de fecha junio 17 de 1959 (fl. 105) que declaró cerrada la investigación, y así en consecuencia la sentencia de fecha marzo 29 de 1960 proferida por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, viola la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, incurriendo por tanto en la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P.".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Considera el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que el procedimiento mixto y arbitrario con que se adelantó el proceso conculcó el derecho de defensa del procesado y que, por tanto, la nulidad supralegal alegada por el demandante y demostrada por éste, debe reconocerse por la Corte. "Juzga este Despacho —dice— que no se está confrontando para el caso a simples irregularidades que bien pudieran pasarse desa-

percibidas sin obligar a reponer el procedimiento; porque, si esto se considerase así se sentaría un desconcertante precedente, que haría factible en adelante para los juzgadores, que ponen en práctica el Decreto 0012, asumir posiciones eclécticas en flagrante violación de la ley procesal)".

Sin embargo, advierte el distinguido colaborador fiscal que, en su concepto, "el procedimiento aplicable es el del decreto 0012, hasta el momento no declarado inconstitucional, por tal motivo en plena vigencia, y que las razones que lo determinan a pedir la aceptación de la nulidad propuesta son las de la confusión y mezcla de procedimientos, que, en verdad, dieron pábulo a un verdadero caos".

CONSIDERA LA CORTE:

El artículo 26 de la Constitución Nacional, en su primer cuerpo, consagra los principios universales sobre legalidad del delito, la pena y el juicio; y en el segundo, establece la retroactividad de la ley permisiva o favorable, normas que reiteran y desarrollan los artículos 1º y 3º del Código Penal y 1º y 5º de la Ley 94 de 1938.

Así, pues, el principio de la irretroactividad de la ley penal sustantiva, común a todas las leyes, sufre, por mandato de la Carta y en homenaje a supremas razones de respeto a inmanentes derechos de la persona humana, una quiebra en su rigor jurídico, excepción consistente en hacerla retroactiva cuando es más benigna o favorable que la ley bajo cuyo imperio se pudieron cometer los hechos que se juzgan.

Pero además, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que el principio de que "en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", consagrado por la Carta, no sólo tiene vigencia en cuanto al derecho penal material, como pudiera creerse frente a las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la ley 153 de 1887, sino también en cuanto respecta a las normas de carácter sustantivo contenidas en la ley procedimental. En efecto, es evidente que las leyes de procedimiento no se contraen únicamente a determinar competencias y a regular ritualidades adjetivas en los juicios criminales. Por el contrario, muchas de ellas consagran una serie de disposiciones fundamentales, tan estrechamente vinculadas al derecho de defensa del procesado, que, en el evento de tránsito de legislaciones, las nuevas normas podrían afectar en forma grave.

El juicio previo debe desarrollarse conforme a la ley preexistente al hecho que se impute, pero se aplicará el procedimiento posterior en cuanto las disposiciones sustantivas contenidas en éste sean más benignas o favorables para el procesado. Por ello ha dicho la Corte en sentencia de fecha 15 del presente mes, que "sería contrario a la Constitución Nacional imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, si cuando ese acusado delinquió regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa".

Ahora bien: el Decreto Legislativo 0012, mediante el cual se establecieron normas especiales de procedimiento penal aplicables únicamente en los Departamentos en donde subsiste el Estado de Sitio, entró en vigencia el 4 de junio de 1959. Y el delito de homicidio por el cual se juzga a Luis Tulio Gaviria en este proceso se perpetró el 15 de febrero del mismo año. Lo anterior significa que cuando ocurrió el hecho que a aquél se le imputa regía en todo el territorio de la República un procedimiento que, para el juzgamiento del homicidio, se estructura sobre las siguientes bases generales: previo auto de llamamiento a juicio, susceptible de apelación en el efecto suspensivo; término para solicitar y practicar pruebas; audiencia pública, con intervención del jurado. Es decir, una serie de garantías que sufrieron restricción o fueron suspendidas en virtud del aludido Decreto. Es evidente, por tanto, que el procedimiento anterior era más favorable al acusado. Así, la nulidad supralegal planteada y sustentada por el demandante con los sólidos argumentos que en su lugar se transcribieron, surge con suma claridad en este proceso y, en consecuencia, es válida la impugnación del fallo recurrido con fundamento en la causal cuarta.

Alegada y demostrada por el recurrente la excepción de inconstitucionalidad de que se ha hecho mérito, ésta por mandato del artículo 215 de la Constitución, debe prosperar dentro del recurso extraordinario que aquí se resuelve y para el caso sub-júdice, sin que ello signifique, como parece estimarlo el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, que la Sala de Casación invada la esfera jurisdiccional de la Sala Plena de la Corte en relación con la acción pública de inexequibilidad, conforme al artículo 214 de la

Carta. La acción de inexequibilidad puede ser ejercitada por cualquier ciudadano ,para que, por vía general, se decida si alguno o algunos de los actos a que se refiere esta última disposición es constitucional o no. El artículo 215 de la Constitución simplemente autoriza para oponer, en un caso concreto, la excepción de inconstitucionalidad. El fallo que decide sobre la acción de inexequibilidad sólo puede ser pronunciado por la Corte en pleno y tiene efectos **erga omnes**; en cambio para decidir sobre la excepción referida es competente cualquier funcionario con jurisdicción, que deba aplicar la ley, y sólo tiene efectos en relación con el caso concreto en donde el conflicto surge.

Prosperando la causal cuarta invocada, es improcedente el estudio de las otras causales propuestas.

DECISION

En virtud de las razones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA el fallo acusado en lo que respecta al recurrente Luis Tulio Gaviria, y ORDENA devolver el proceso al juez del conocimiento, por conducto del Tribunal de origen, para que se reponga el procedimiento a partir del auto del diecisiete de junio de mil novecientos cincuenta y nueve. (Fl. 105, cuaderno primero).

Cópiese, notifíquese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

A CAUSA DE NO ESTAR DE ACUERDO CON EL VEREDICTO DEL JURADO, SE INVALIDA UNA SENTENCIA CONDENATORIA PROFERIDA EN PROCESO POR HOMICIDIO Y SE DICTA LA CONDENA QUE DEBE REEMPLAZARLA

Sanción que corresponde al padre o a la madre que, excediéndose en el ejercicio del legítimo derecho de castigar a su hijo, lo lesiona o le causa la muerte.

1.—El deber, y por tanto el derecho, de corregir y castigar a los hijos, por parte del padre y, a falta de éste, por la madre o por cualquier persona a quien corresponda el cuidado personal del hijo, está expresamente consagrado por nuestra ley (artículos 262 y 263 del C. Civil); sólo que ésta exige que ello se haga moderadamente, lo que significa, con templanza y de manera razonable. Cuando esta facultad no se ejerza en dicha forma y se exceda en el ejercicio de ella, a falta de norma especial que disminuya la pena, que sí existía en el Código Penal derogado, se juzgará conforme al resultado que se cause, muerte o lesiones, pero teniendo en cuenta que este resultado se debió al exceso en el ejercicio de una facultad otorgada por la ley, situación prevista y sancionada por el artículo 27 del C. Penal.

2.—En cuanto a la expresión 'por disposición de la ley' que se lee en ordinal 1º del artículo 25 del Código Penal, empleada también por el Código Italiano, dice Alimena, al explicar su sentido, que debe entenderse por ley "no sólo la personal sino cualquier otra propiamente dicha, hasta los actos del poder administrativo, reglamentos, decretos, leyes, los bandos, etc.", y que "no es precisa distinguir entre los casos en que se impanga un deber o se conceda un derecho o acuerde una facultad".

3.—Como quiera que 'por disposición de la ley', los padres, o quienes hagan sus veces, pueden 'moderadamente' castigar y corregir a sus hijos (artículos 262 y 263 del C. Civil), las violencias que no produzcan lesiones de alguna gravedad o la muerte, no les acarrean ninguna responsabilidad, ya que el hecho se justifica, conforme al artículo 25 del C. Penal, cuando se comete por 'disposición de la ley'. Pero como en estos medios de corrección, es decir, en el ejercicio de ese derecho, puedan ocurrir excesos que produzcan lesiones graves y aún la muerte, la ley sanciona a los responsables en la forma atenuada prevista en el artículo 27 del mismo Código.

4.—El exceso del ejercicio del derecho de castigar supone inicialmente una acción lícita, pues si no existiera un límite lícito establecido por la ley, no podría hablarse de exceso. De aquí que la acusada, al ejercitar el derecho de castigar al menor, seguramente entendía que hacía uso de una facultad a su manera, lo cual descarta el propósito o la intención de lesionar o matar. Si ello es así, y si la acusada obró únicamente con la intención de imponer castigos al menor que estaba bajo su inmediato cuidado personal, la frase empleada por jurado 'sin intención de matar', encuadra perfectamente dentro de los requisitos del artículo 27 del C. Penal.

5.—No es acertado suponer, como lo hacen los falladores de instancia, que si el jurado manifestó expresamente que la acusada obró sin intención de matar, de hecho de-

saparecen las circunstancias agravantes por las cuales se llamó a juicio, pues en el exceso del derecho de castigar se puede llegar al extremo de torturar al menor y abusar de las evidentes condiciones de inferioridad personal de la víctima, circunstancias que no fueron excluidas por el veredicto, a pesar de que la defensa lo solicitó expresamente en la audiencia pública. De acuerdo con esto, la graduación de la pena que establece el artículo 27 del C. Penal debe referirse a la infracción señalada en el artículo 363 del mismo Código.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, marzo veinticinco de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El abogado doctor Rafael David Aponte García, obrando como defensor de Rosalba Montoya Hinestroza, oportunamente interpuso el recurso de casación contra la sentencia de fecha dos de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en la que se condenó a ésta a la pena principal de seis años de presidio y a las correspondientes accesorias, como responsable de la muerte del niño Mario Castaño, hecho que tuvo ocurrencia en la ciudad de Cali, el día tres de enero de mil novecientos cincuenta y seis.

Cumplidos los trámites propios del recurso extraordinario de casación, la Sala procede a estudiarlo y decidirlo.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Por ajustarse a la realidad procesal, se acoge el resumen de los hechos contenido en el auto de proceder, así:

"En la ciudad de Manizales hicieron vida concubinaria Carlos Ocampo y Elvira Biandón, teniendo como doméstica a Rosalba Montoya; allá les regalaron un niño recién nacido de nombre Mario Castaño, la propia madre de éste, Margarita Castaño, pues en sus relaciones de concubinato no habían procreado familia; Ocampo y la Biandón se separaron, viniéndose aquél para esta ciudad, tiempo después vino la Biandón en compañía de Rosalba Montoya y le entregó a Ocampo el niño Mario Castaño: Ocampo comenzó a hacer vida marital con Rosalba Montoya, su antigua doméstica, teniendo a su lado al niño Castaño: de dichas relaciones tuvieron tres hijos, uno de los cuales murió. Ocampo y su barragana Montoya residían en el barrio "Siloé" en esta ciudad y allí fue donde comenzó la cadena de martirio más atroz e inhumana que se pueda concebir para el pequeño Mario Castaño: la Montoya, mujer sin entrañas, le daba patadas, puños, golpes y látigo, no le daba de comer, le causaba heridas contusas y de toda índole en varias partes del cuerpo: en alguna ocasión trató de ahogarlo sumergiéndolo en un tanque grande con agua; en otra presentaba el infante quemaduras en las manos y en las piernas, aquéllas causadas con agua hirviendo y éstas con una plancha de servicio doméstico, lesiones que el menor decía que se las había causado la Montoya a quien le decía mamá. Cuando regresaba Carlos Ocampo, tutor o padre de crianza del menor a la casa de la Montoya, ésta le ponía quejas de Mario y entonces Ocampo, desabrochándose la correa, con la hebilla las emprendía a golpes contra el infortunado niño. Todo el vecindario se daba cuenta del trato cruel que los concubinos Ocampo-Montoya le daban al menor, pero no se atrevían a denunciarlos ante las autoridades por temor a represalias, pues cuando algún vecino caritativo le suministraba alimentos al desventurado niño o le insinuaba a la Montoya que moderara sus castigos, ésta se enfurecía y lanzaba insultos de toda naturaleza. Fue así como esta pobre criatura, inválida, pues la pierna derecha la tenía dislocada, desnutrida y desamparada, falleció en las primeras horas de la noche del 3 de enero del año en curso, después de soportar tres años poco más o menos de sufrimiento y de martirio".

En la audiencia pública, celebrada en los días 24, 25 y 29 de abril de 1958, el Juez Primero Superior de Cali le propuso al jurado la siguiente cuestión:

"La acusada ROSALBA MONTOYA HINESTROZA, es responsable de haber dado muerte, de propósito, al niño Mario Castaño, de unos cuatro a cinco años de edad, aproximadamente, por medio de las lesiones que aparecen descritas en el acta de la diligencia de autopsia practicada por los señores médicos Legistas de esta ciudad, visible a folios 5 y 6 del expediente; acto para el

cual la acusada abusó de las condiciones de evidente inferioridad personal de la víctima, debido a su estado de indefensión por razón de su edad, y con sevicia, por haber obrado con crueldad incalificable, sin piedad humana, e impulsada por el celo; hecho que tuvo lugar en las primeras horas de la noche del día tres (3) de enero de mil novecientos cincuenta y seis (1956), en la casa de habitación Nº 18-107, en la carrera 13 sur, en esta ciudad?"

La respuesta del Jurado fue la siguiente:

"Sí es responsable por la crueldad empleada en los castigos, pero sin intención de matar".

Creyendo interpretar debidamente este veredicto el Juez de la causa condenó a la procesada, a la pena de seis años de presidio, de conformidad con el artículo 365 del Código Penal, como responsable de un homicidio preterintencional.

El Tribunal Superior de Cali, al revisar, por apelación, el fallo de primera instancia lo confirmó por medio de la sentencia recurrida en casación.

LA DEMANDA

Al sustentar el recurso de casación el apoderado de Rosalba Montoya, invoca en su demanda las causales tercera y primera, en su orden, del artículo 567 del C. de P. P., siendo en realidad la tercera la base de la impugnación del fallo acusado, afirmando con respecto a esta causal que "tanto la sentencia de segunda instancia confirmatoria del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali —Sala Penal— datada el dos de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, como la proferida por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad y fechada el nueve de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, no están de acuerdo con el veredicto del jurado".

Para sustentar sus puntos de vista el actor principia por transcribir casi en su totalidad la sentencia del Tribunal de Cali y luego hace referencia especial a la sentecia proferida por esta Sala, el 8 de julio de 1955, en el juicio seguido a Julio David Giraldo Valencia, por el delito de homicidio, que tuvieron en cuenta los falladores de instancia, para afirmar que la jurisprudencia sentada en ese fallo no se puede aplicar al caso, como sí la contenida en otro de esta Corporación del 31 de enero de 1933, proferido en la casación propuesta por Antonio José Higuita Correa, acusado también de homicidio.

En concepto del recurrente no son conciliables una jurisprudencia con otra, pues mientras en la primera se sostiene que "La negación del factor intencional contenida en la expresión 'pero sin propósito de matar', no significa otra cosa que el reconocimiento de haberse cometido el hecho en circunstancias diversas al de un homicidio intencional", siendo en consecuencia, posible deducirle una responsabilidad al sindicado, bien como autor de un homicidio preterintencional o como responsable de uno culposo, en cambio, en la últimamente citada sentencia de la Corte, por el contrario, se sostiene que: "El homicidio preterintencional es un delito con calidad propia, que se diferencia de los demás. Por lo tanto, es necesario hallar en la respuesta del jurado un elemento que conduzca a establecer esta figura delictuosa que se encuentra en el artículo 365 del Código Penal, y que dice: "El que con propósito de perpetrar una lesión personal ocasiona la muerte de otro, incurre en la sanción establecida en el artículo 362, disminuída de una tercera parte a la mitad".

Explicando el recurrente que del último fallo por él citado "resulta claro que para que un veredicto pueda interpretarse como expresivo de un homicidio de ese tipo (preterintencional), es necesario que a la vez que se haya negado el propósito de matar, se afirme el de lesionar, y el que se está examinando, en el cual apoyó el Tribunal Superior de Medellín la sentencia acusada, no contiene la afirmación del propósito de herir o lesionar".

Lo sentado en la más reciente jurisprudencia, según el recurrente, sí es aplicable al presente proceso, por ser evidente que el propósito de matar fue descartado por el jurí en el hecho imputado a Rosalba Montoya.

De lo anterior infiere el demandante que el hecho de haber el jurado "omitido en su respuesta ese ánimo de ocasionar una herida, está indicando que no fue su deseo de condenar a mi defendida como homicida por preterintención".

A continuación el demandante reproduce varias sentencias de la Corte, las cuales, a su entender, son aplicables al caso de autos.

Sostiene también el recurrente que a la expresión "por la crueldad en los castigos", empleada por los jurados, se le ha dado "un uso caprichoso", haciendo aparecer dicha frase como explicativa, siendo así que es especificativa.

En seguida, en la demanda se alude al delito culposo, alegando que el hecho de "propinar castigos conlleva una desafortunada imprevisión",

y al hacer referencias a las circunstancias en que tuvo lugar el hecho, se llega a la conclusión de que: "el juri al expresar que la acusada sí es responsable 'por la crueldad empleada en los castigos', pero sin intención de matar, ni herir, plasmó una responsabilidad por culpa, por homicidio culposo, o una responsabilidad de acuerdo con normas del código de Policía".

Con el objeto de respaldar la tesis del homicidio culposo, el demandante hace algunas citas de los tratadistas Eugenio Cuello Calon, relacionado con el derecho de corregir reconocido a los padres y tutores sobre los hijos no emancipados o a los menores bajo tutela. También hace referencia a la opinión de Mezger, relacionada con el discutido problema del derecho de corrección frente a niños ajenos.

Por último, el demandante copia algunas disposiciones de los códigos de Policía del Valle y del Cauca, que en su concepto sirven para desentrañar la verdad en el caso sub-judice.

Como consecuencia de sus argumentos el recurrente solicita que se declare sin ningún valor la sentencia pronunciada por el Juez Primero Superior de Cali, fechada el 9 de junio de 1958, la cual fue confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial, por fallo del 2 de febrero de 1959, para que en su lugar se profiera "la sentencia absolutoria a que tiene derecho mi defendida la señora Rosalba Montoya Hinestroza, de conformidad con lo dispuesto en ese inciso a) del artículo 570".

En subsidio, y para el caso de que la solicitud sobre absolutoria no fuere aceptada, "con invocación de la causal primera" suplica que se invalide el fallo y se dicte el que deba reemplazarlo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En forma no menos extensa a la empleada por el recurrente, se ocupa el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal de los diversos aspectos de la cuestión planteada en la demanda, haciendo un análisis detenido y comparativo de los diversos fallos en ésta citados y de los diversos criterios adoptados, en su concepto, por esta Corporación en dichos fallos, para buscar la adecuada interpretación del veredicto en casos similares al proferido en este negocio, en el que tras aceptar la responsabilidad del acusado se niega el propósito o intención de matar o herir.

No obstante, reconoce el colaborador de la Sala, que en algunos de los fallos que comenta y que dieron origen a la jurisprudencia a que se refieren los veredictos, no son de idéntico tenor al pronunciado en este caso y que en algunas doctrinas de la Corte, ante todo se fundamentan en que para la época en que sustentaron no imperaban los mandatos de la Ley 4ª de 1943, sino los artículos 498 y 503 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo con los cuales se le formulaban al jurado varios cuestionarios, de los cuales uno hacía referencia al hecho o hechos materiales constitutivos del cuerpo del delito; y otras preguntas debían referirse a los distintos elementos constitutivos o excluyentes de la responsabilidad; y que otra clase de preguntas debían referirse a las circunstancias que pudieran influir en la determinación de la sanción.

A este último aspecto alude el señor Procurador Delegado en lo Penal, en los términos siguientes

"Si tales eran las disposiciones del artículo 498 del Código de Procedimiento Penal, derogado por el 28 de la ley 4ª citada, más que suficiente razón mediaba para que, frente a un veredicto que respondía afirmativamente la primera clase de preguntas indicadas por la ley entonces vigente, y negativamente la cuestión relacionada, por ejemplo, con el propósito de matar, sin que el Jurado afirmara, en su defecto, la concurrencia de otra clase de intención punible en la acción provisionalmente imputada, o una voluntaria omisión de diligencia, más que suficiente razón había —se repite— para concluir absolviendo al procesado.

"Mediando aquellas circunstancias legales, viene a ser indiscutiblemente sapientísima esa jurisprudencia, pues con el simple reconocimiento de la ejecución material del hecho —en el caso de un homicidio— en realidad no existe base segura para condenar, por resultar igualmente probables las varias modalidades de ese delito, como bien hace en instruirlo la doctrina en cita.

"Habiéndose derogado el Código de Procedimiento, como secuela de una reacción contra el casuismo de que —se dijo adolecía en esta materia de los cuestionarios. Habiéndose, por otra parte, restablecido la deliberación del Jurado, previa al pronunciamiento de su veredicto, y facultado a los jueces de conciencia para explicar su respuesta cuando a juicio de los mismos, la pregunta que se les hiciere no contempla las cir-

cunstancias que puedan modificar la responsabilidad del enjuiciado; y teniendo en cuenta, además, que en la actualidad es obligatorio formular un cuestionario único, en cuyo texto ha de señalarse "el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica", vale indagar a continuación si la simple expresión: "sí es responsable" empleada en un veredicto, a la que subsiga sin más la negación del propósito de matar, da o no ocasión para actualizar la jurisprudencia de que venimos hablando".

A continuación el señor colaborador Fiscal entra en una serie de disquisiciones para concluír que la expresión en el veredicto de "sí es responsable", adicionada con la negativa del propósito punible apenas hace relación con la ejecución material de la muerte, pero no da lugar a "que surja para el reo la obligación de sufrir una pena a causa de un delito cuyo elemento psíquico o subjetivo no lo halló probado quien estaba obligado a reconocerlo". Agrega que, el 'sí es responsable', del veredicto no es más que un producto de la mala redacción del cuestionario y que dicha expresión por sí sola carece de toda resonancia jurídico penal".

De todo esto concluye el señor Delegado en lo Penal, que la antigua jurisprudencia de la Corte, no obstante, conserva su vigencia aún tratándose de un veredicto dado a un cuestionario único, formulado con las reglas de la ley 4ª de 1943.

A pesar de que el señor Procurador Delegado se manifiesta partidario de la jurisprudencia anterior de la Corte, o sea, la de que ante un veredicto en que sólo se aceptaba la responsabilidad pero se negaba el propósito de matar o herir optaba por la absolución, con todo, considera que en la causa en estudio "para estar en condiciones de conceptuar si es cierto o no que existe desacuerdo entre dicho fallo (el veredicto) y la sentencia acusada", es necesario recurrir a la tesis de los criterios o fuentes de interpretación consagradas en las sentencias dictadas en los casos de Floresmiro Quevedo, Julio David Giraldo Valencia y Joaquín Emilio Padierno, tesis con las que no parece estar muy de acuerdo el señor Procurador Delegado. Esta variedad de criterios de interpretación del veredicto busca la manera de explicarla en la forma siguiente:

"Es, pues, el momento de compartir con la H. Corte la afirmación hecha en el sentido de que las dos doctrinas que han sido objeto de detenido comentario en el presente escrito, son actualizables, según la hipótesis que deba analizarse. La primera regirá para el caso de un veredicto en que apenas se declare que el acusado "sí es responsable, pero sin intención de matar", al paso que la segunda se aplicará cuando quiera que el Jurado no solamente afirme que el acusado "sí es responsable", sino que también niegue la intención de matar, se abstenga de afirmar la de herir, y simultáneamente haga uso de una tercera locución cuyo contenido sea de por sí incierto o ambiguo".

Luégo, el señor Colaborador Fiscal al estudiar el alcance de la expresión empleada por el jurado "por la crueldad empleada en los castigos", considera que "en manera alguna es capaz de suplir la falta que se evidencia de calificación concreta de la actividad psíquica realizada por la acusada", agregando que "la incertidumbre o ambigüedad que caracteriza dicha expresión impide descifrar acertadamente el recóndito pensamiento del Jurado". No nos sirve de guía (expresa) que permita desentrañar, sin riesgo de equivocación, el auténtico significado del fallo de hecho que en esta causa ha sido pronunciado".

Por último, llega el señor Procurador a la conclusión de "que si pesar de que no es imposible asegurar que la negativa del jurado ó la cuestión atañedera al propósito de matar de parte de la acusada, corresponda a un deseo inequívoco de absolver, el simple hecho de haberse declarado "sí es responsable", no puede estimarse equivalente a decisión alguna. Y si no corresponde a decisión alguna, es entonces obligatorio reconocer que la negación de la responsabilidad, implícita en el rechazo del ánimo de dar muerte, en modo alguno permitiría proferir una sentencia condenatoria por homicidio de clase diversa al puro y simple, que fue sometido a la consideración del Jurado, y cuyo elemento subjetivo no lo declaró probado ese mismo Tribunal del pueblo".

Como consecuencia de sus razonamientos, termina el señor Procurador Delegado por opinar que la causal tercera invocada tiene verdadero fundamento.

En relación con la causal primera, también invocada en la demanda, el señor colaborador Fiscal conceptúa que:

"En vista de que la causal primera ha sido invocada como subsidiaria de la tercera y siendo, de otro lado, cosa evidente para este Despacho el desacuerdo del veredicto con la sentencia acusada, resulta innecesario proceder a considerar

la bondad y fundamento que puedan ser propios de los razonamientos en los cuales se apoya el recurrente para llamar en auxilio de su patrocinada lo estatuído en el ordinal 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

"Basta al respecto con repetir aquí que la sentencia del H. Tribunal de Cali sancionó a Rosalba Montoya Hinestroza como autora de un delito inexistente (homicidio ultraintencional) para poder a su turno concluír que tiene asidero en el caso de autos la causal primera, debiendo ser, en concepto de esta Procuraduría, aceptada por esa Superioridad, con más veras si es posible partir del supuesto de que el hecho de dictar una sentencia en desacuerdo con el veredicto, constituye un clásico ejemplo de violación de la ley penal por aplicación indebida de la misma".

Por último, como lógica consecuencia de lo sostenido a lo largo de su concepto, el señor Procurador Delegado pide que la Corte "invalide la sentencia recurrida y en su lugar absuelva a la acusada del delito de homicidio del menor Mario Castaño en razón del cual se le residenció en juicio".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Aunque la demanda no se ajusta estrictamente a los requisitos de forma exigidos por el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, aplicable también a la casación penal, pues el recurrente omite hacer por su parte la relación de hechos, esta omisión es excusable si se tiene en cuenta que en la demanda, al invocar la causal tercera, principia por reproducir parte de la sentencia acusada, en donde se hace el resumen de los hechos.

Causal tercera.—Como se ha podido apreciar, la causal tercera invocada la hace consistir el recurrente, en que tanto el fallo de primera instancia, cuya invalidación equivocadamente pide, como la sentencia de segundo grado, proferida por el Tribunal Superior de Cali, están en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Para sustentar esta causal el impugnador alega que el fallo en que se fundó el Tribunal Superior es de 8 de julio de 1955, no obstante que existe uno más nuevo, el del 31 de enero de 1958, que olvidó el Tribunal, en el que se sostiene "que para que un veredicto pueda interpretarse como expresivo de un homicidio de este tipo (preterintencional) es necesario que a la vez que se haya negado el propósito de matar se afirme el de lesionar y el que se está examinando, en el cual apoyó el Tribunal de Medellín la sentencia acusada, no contiene el propósito de herir o lesionar" (casación de Antonio José Higuita).

Fundado en lo sostenido por esta Sala en este último fallo, afirma el recurrente que igual sucede con el veredicto pronunciado en esta causa, pues el jurado omitió en su respuesta ese ánimo de ocasionar una herida, lo que está indicando que no fue su deseo condenar a su defendida como homicida preterintencional, como lo consideró la sentencia recurrida, no obstante que en la audiencia pública pidió, como tesis subsidiaria que el jurado dijera: "Sí mató, sin intención de matar, **con el propósito de causar una lesión personal y sin circunstancias de asesinato**".

A este respecto expresa el recurrente lo siguiente:

"En el caso sub-judice, muy Honorable Magistrado Ponente, la actitud del Jurado no se atemperó, como ya lo expresé, a la solicitud subsidiaria de la defensa, pues si bien es verdad que acogió la ninguna intención de matar, no quiso aceptar que la procesada había obrado con el propósito de ocasionar una lesión personal. Si lejos de ello, **no obstante que la defensa pidió se reconociera la intención de perpetrar una lesión personal**, el Jurado descartó ese propósito fue o bien porque absolvió a la procesada o bien porque únicamente la condenó como homicida por culpa, o bien por el exceso en los castigos en conformidad con disposiciones policivas, pero jamás como homicida ultraintencional.

"Otra cosa muy distinta sería si el Jurado hubiera respondido diciendo: "Sí es responsable por la crueldad empleada en los castigos, pero sin intención de matar y **con el propósito de ocasionar una lesión personal**", en cuyo caso, naturalmente, sí se estaría en presencia de un homicidio ultraintencional o preterintencional (He subrayado)".

Además, el fallo proferido por esta Sala en la casación de José Antonio Higuita, del 31 de enero de 1958, el demandante transcribe lo que considera pertinente de varias sentencias de esta Corporación que cree aplicables al caso sub-judice.

Advierte la Sala que las numerosas doctrinas transcritas por el recurrente y también a las que hace referencia el señor colaborador Fiscal, no son exactamente aplicables al veredicto pronunciado en esta causa, ya que en ellas los veredictos, aunque semejantes, no son completamente iguales

al aquí proferido, ni las situaciones de hecho comparables.

No obstante esto, estima la Sala que la sentencia acusada sí está en desacuerdo con el veredicto, y por lo tanto la causal habrá de prosperar, aunque no sólo por las razones principalmente aducidas por el recurrente, sino por las que a continuación se expondrán.

El error del Tribunal de Cali en la interpretación del veredicto desarrollado en la sentencia recurrida, consistió en no darle toda la significación y alcance verdadero a la frase: "por la crueldad empleada en los castigos", agregada en el veredicto después de afirmar la responsabilidad de la acusada, negando en seguida la intención de matar. Estimó el Tribunal que dicha frase "en nada altera la frase restante que puede fraccionarse en dos partes: primera, 'sí es responsable'; segunda, 'pero sin la intención de matar', sobre las cuales versa el análisis que al respecto hace la Corte y que por identidad de materia, es aplicable al presente caso".

Tampoco considera la Sala que la aludida frase relacionada con el castigo cruel, pueda demostrar el reconocimiento de la intención de herir, como lo supone el Tribunal al afirmar que: "Los propios términos en que se halla concebida la respuesta del Jurado al deducir la responsabilidad de la acusada de la crueldad de los castigos infligidos al niño Mario Montoya (sic), ubican el hecho, por su aspecto subjetivo, en el terreno del querer consciente, o sea de la actividad intencional o dolosa, pero no en la modalidad o grado que se le asignó en el auto de proceder (propósito o intención de matar), sí en uno menos grave (intención de herir)".

Para la Sala la frase empleada por los jurados: "por la crueldad empleada en los castigos", es de indudable trascendencia, dada su colocación, y para fijar cuál fue, en sentir del juri, el propósito de la acusada, pues dicha frase sencillamente indicaba que dicho propósito fue el de castigar, descartada como fue la intención de matar, y no reconocida la de herir.

No obstante que con el propósito de castigar, reconocido expresamente por el jurado, la acusada empleó medios y procedimientos bárbaros y brutales, los que determinaron en últimas, el deceso del niño Mario Castaño.

Partiendo de esta clara y sencilla interpretación de los términos del veredicto, y teniendo en cuenta la relación de dependencia que de hecho existió entre la acusada y el menor Castaño, fácilmente se llega a la conclusión de que para el adecuado desarrollo jurídico de la decisión del Tribunal popular, la norma aplicable es la prevista por el artículo 27 del Código Penal, en relación con el ordinal 1º del artículo 25 del mismo Código, es decir, que se trata de un exceso del derecho de castigar, reconocido por el artículo 263 del Código Civil a cualquiera persona a quien corresponda el cuidado personal del hijo.

En efecto, el artículo citado del C. Civil dispone:

"Los derechos concedidos al padre en el artículo precedente, se extienden, en ausencia, inhabilidad o muerte del padre, a la madre o a cualquiera otra persona a quien corresponda el cuidado personal del hijo; pero nunca se ejercerán contra el hijo mayor de veintiún años, o habilitado de edad".

El artículo precedente, o sea el 262, expresa:

"El padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos, y cuando esto no alcanzare, podrá imponerles la pena de detención, hasta por un mes, en un establecimiento correccional".

Como está suficientemente establecido en autos que la acusada Rosalba Montoya Hinestroza le correspondía el cuidado personal del niño Mario Castaño, pues la madre de éste lo había "regalado" a aquélla y a su concubinario, es obvio que la acusada estaba legalmente facultada para corregirlo y castigarlo pero moderadamente. Ahora, si al ejercitar esta facultad se excedió, empleando medios crueles que debilitaron la salud del menor y terminaron por causarle la muerte, quiere ello decir que de acuerdo con el veredicto y con la ley, debe responder penalmente por haberse excedido en forma desmedida en el derecho que tenía de castigarlo.

De modo que el deber, y por lo tanto, el derecho de corregir y castigar a los hijos, por parte del padre, y a falta de éste, por la madre o por cualquier persona a quien corresponda el cuidado personal del hijo, está expresamente consagrado por nuestra ley civil, sólo que ésta exige que ello se haga "moderadamente", lo que significa, con templanza y de manera razonable.

Cuando esta facultad no se ejerza en dicha forma, y se exceda en el ejercicio de ella, a falta de norma legal especial que disminuya la pena, que sí existía en el Código Penal derogado en su artículo 664, la delincuencia que de esto se origine, se juzgará conforme al resultado que se

cause, muerte o lesiones, pero teniendo en cuenta que este resultado, se debió al exceso en el ejercicio de una facultad otorgada por la ley, situación prevista y sancionada por el artículo 27 del C. Penal, cuyo texto expresa:

"El que al ejecutar un hecho, en las circunstancias previstas en el artículo 25, exceda los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, incurrirá en una sanción no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la infracción".

Jiménez de Asúa, al comentar a Carrara, estudia esta cuestión, en la forma siguiente: "La facultad de educar y corregir que pertenece a los padres sobre los hijos, a los maestros sobre sus discípulos y a los patrones sobre los aprendices, no se puede ejercer sin el empleo de ciertos medios violentos, como azotes, encierros, etc., que serían delitos si no se practicaran por dichas personas y sobre aquellas a quienes tienen el derecho y el deber de educar y corregir. Pero es preciso que no se confunda aquí la existencia del derecho, con la medida de su ejercicio. La elección y el empleo de los medios adoptados para ejercitarlo, determinan el límite entre el uso legítimo y el uso de la violencia con un fin educativo y correccional".

Por autorización de la ley podía Rosalba Montoya castigar moderadamente al menor Mario Castaño, quien de hecho se encontraba permanentemente bajo su cuidado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 263 del Código Civil. Al castigar la acusada, en forma moderada, al menor Mario Castaño, hecho que realizado por persona extraña constituiría un ilícito, no lo era para aquella, por cuanto obraba con autorización de la ley, que es una de las eximentes de responsabilidad prevista en el artículo 25 de nuestro ordenamiento penal, que dice: "El hecho se justifica cuando se comete: 1º Por disposición de la ley o orden obligatoria de autoridad competente".

Alimena, al explicar el sentido de la expresión "por disposición de la ley" empleada también por el Código Penal Italiano, dice que debe entenderse por ley "no sólo la personal sino cualquiera otra propiamente dicha hasta los actos del poder administrativo, reglamentos, decretos, leyes, los bandos etc.". "No es, pues, preciso distinguir entre los casos en que se imponga un deber o se conceda un derecho o acuerde una facultad".

De modo que: "por disposición de la ley", los padres, o quienes hagan sus veces, pueden "moderadamente" castigar y corregir a sus hijos, y en consecuencia las violencias que no produzcan lesiones de alguna gravedad o la muerte, no les acarrean ninguna responsabilidad penal. Pero como quiera que en el empleo de estos medios de corrección, es decir, en el ejercicio de ese derecho, pueden ocurrir excesos que produzcan lesiones graves y aún la muerte, la ley sanciona a los responsables en la forma atenuada prevista en el artículo 27, antes transcrito.

Quien obra excediéndose en la facultad de castigar, ocasionando con ello un delito contra la vida o la integridad personal de un menor, debe sufrir las consecuencias jurídico penales del hecho ilícito constitutivo del exceso.

De aquí que al declarar el jurado la responsabilidad de la Montoya, con la frase: "Sí es responsable, explicada en la expresión: "por la crueldad empleada en los castigos", quiso decir, a no dudarlo, que la acusada se había excedido en los límites impuestos por la ley, y debía en consecuencia, sufrir los resultados jurídico penales del hecho ilícito de sus actos.

La expresión empleada en la última parte del veredicto: "pero sin la intención de matar", no repugna ni se opone a la interpretación del exceso del ejercicio de castigar, porque este ejercicio supone inicialmente una acción lícita, pues si no existiera un límite lícito establecido por la ley, no podría hablarse de exceso, como no puede hablarse del abuso del derecho, si un derecho inicial no existe en quien abusa de él. De aquí que la Montoya, al ejercitar el derecho de castigar al menor Castaño, seguramente entendía que hacía uso del ejercicio de una facultad, a su manera, lo cual descarta el propósito o intención de lesionar o matar. Si ello es así, y si la acusada obró únicamente con la intención de ejercitar castigos al menor que estaba bajo su inmediato cuidado personal, la frase empleada por el Jurado: "sin intención de matar", encuadra perfectamente dentro de los requisitos del artículo 27 del C. P.

Si en la sentencia recurrida se ubicó, como realmente ocurrió, el hecho imputado a la Montoya, en otras disposiciones legales diferentes y no relacionadas con el artículo 27 del estatuto penal, entonces, efectivamente, se pronunció una sentencia en desacuerdo con el veredicto, aunque éste tampoco pueda interpretarse como lo pretende el demandante, en el sentido absolutorio, pues la responsabilidad de la acusada Rosalba Montoya se encuentra afirmada claramente en el veredicto.

De lo expuesto se concluye que el Tribunal Su

perior de Cali, al interpretar en la sentencia acusada el veredicto, en el sentido de que se trataba de un homicidio preterintencional y no de un exceso en el ejercicio del derecho de corregir o castigar, aplicando, en consecuencia, el artículo 365 del Código Penal y fijando, de acuerdo con él, la sanción impuesta, dictó un fallo en desacuerdo con el veredicto pronunciado por el jurado. Esto quiere decir que la causal tercera invocada prospera, y que, por lo tanto, la sentencia acusada habrá de invalidarse, para en su lugar, proferir la que corresponda, según la verdadera interpretación de la decisión de los jueces de conciencia.

Causal primera.—Las conclusiones a que se ha llegado con relación a la causal tercera estudiada, hacen innecesario un estudio especial de la primera, que fue invocada como subsidiaria. Además, si se acepta que la sentencia acusada está en desacuerdo con el veredicto, y que por la errada apreciación de ésta, en aquélla se aplicó una disposición del Código Penal que no puede tener debida aplicación en este caso, fácilmente se reconoce que hubo violación de la ley penal por indebida aplicación de la misma, que es el motivo considerado en la causal primera.

Estando, por lo tanto, demostrado el desacuerdo entre el veredicto y la sentencia, que es el cargo principal que se formuló en la demanda, corresponde invalidarla, —dicha sentencia— aunque la auténtica interpretación de aquél, como se ha visto, no conduce a la absolución de la acusada, sino al señalamiento, de acuerdo con la disposición penal aplicable, de una pena menor que la fijada en la sentencia acusada.

Para la fijación de la pena que debe reemplazar a la señalada en la sentencia, que habrá de invalidarse, debe tenerse en cuenta que a los jurados se les formuló el cuestionario de acuerdo con el auto de proceder, en el que se llamó a la acusada a responder por homicidio agravado, en que concurrieron circunstancias de asesinato, es decir, por haber obrado con sevicia, abusando de las condiciones de inferioridad de la víctima, o sea, por la presencia de las circunstancias previstas en los numerales 5º y 7º del artículo 363 del C. Penal, circunstancias que no fueron excluídas en el veredicto, a pesar de que expresamente lo solicitó en la audiencia pública la defensa.

Tampoco es acertado suponer, como lo hacen los falladores de instancia, que si el Jurado manifestó expresamente que la acusada obró sin intención de matar, de hecho desaparecen las circunstancias agravantes por las cuales reconoció que se llamó a juicio, pues en el exceso de derecho de castigar se puede llegar al extremo de torturar al menor y abusar de las evidentes condiciones de inferioridad personal de la víctima, como se reconoció que ocurrió en el presente caso.

De conformidad con esto, la graduación de la pena que establece el artículo 27 del C. Penal debe referirse a la infracción señalada en el artículo 363 del mismo Código.

De acuerdo con estas disposiciones, corresponde una pena mínima de treinta meses de presidio, que es la que habrá que imponerle a la acusada, ya que las circunstancias de mayor peligrosidad que contra ella obran se tuvieron en cuenta al formular el cuestionario al Jurado, y en cambio, a su favor milita la circunstancia de menor peligrosidad consistente en su buena conducta anterior.

Como de autos aparece que a la fecha, la acusada Rosalba Montoya ha cumplido en detención preventiva un tiempo mayor del que se le fijará en esta sentencia, deberá disponerse que sea puesta inmediatamente en libertad.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Resuelve: INVALIDASE la sentencia del Tribunal Superior de Cali, que ha sido materia del recurso, y, en su lugar, se condena a Rosalba Montoya Hinestroza a las sanciones siguientes: a treinta meses de presidio, como pena principal; a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo; a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; a la pérdida de la patria potestad, si la tuviere; a la publicación de la sentencia y a pagar los perjuicios que se demuestren en el juicio correspondiente.

Dése cumplimiento a lo estatuído por el artículo 193 del C. Judicial, y en consecuencia, líbrese la correspondiente orden de excarcelación a la Casa de Reclusión de Mujeres de esta ciudad, en donde al parecer se encuentra detenida Rosalba Montoya Hinestroza, según constancias de autos.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Zendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

LA SALA ESTIMA BIEN DENEGADO EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR EL DEMANDANTE CONTRA UNA SENTENCIA QUE DECLARO PROBADA LA EXCEPCION DE PETICION ANTES DE TIEMPO

1.—Según el artículo 86 del C. de P. Laboral, la sentencia de segundo grado impugnable en casación debe ser definitiva. Tiene este carácter (artículo 466 del C. J.) la que decide la controversia que constituye la materia de juicio o sobre lo principal de éste. Fallo definitivo es el que estima o desestima la acción en el fondo, esto es, el que declara la existencia de una voluntad de la ley en favor del actor, o la inexistencia de tal voluntad en favor del demandado, según la doctrina predominante en derecho procesal.

2.—La Sala estima que en el presente caso fue bien denegado por el Tribunal el recurso interpuesto, ya que no es impugnable en casación sino la sentencia definitiva (artículo 86 del C. de P. Laboral). El fallo de que se trata no tiene este carácter pues no estima ni desestima las peticiones de la demanda: declara probada la excepción de petición antes de tiempo, que no es perentoria perpetua sino temporal o dilatoria de fondo. Este fallo, conclusivo del proceso, tiene sólo fuerza de cosa juzgada formal, es decir, no impide que el actor inicie nuevo juicio contra el demandado, sin que aquélla pueda impedirlo, pues sólo la cosa juzgada material esteriliza la acción.

3.—La motivación de la sentencia está subordinada a la declaración de voluntad contenida en la parte resolutiva. En el supuesto de que aquélla no guarde relación con lo declarado en ésta, lo lógico no es preferir el simple razonamiento al acto de voluntad. Si el fallo no produce cosa juzgada sustancial (como es el caso de autos) sino solamente formal, su motivación, en la hipótesis de que contenga decisiones con incidencia en la cuestión principal, no podrían tener valor distinto del que ofrece su parte resolutiva. Como bien lo expresa Chiovenda, objeto de la cosa juzgada es la conclusión última del razonamiento del Juez, y no sus premisas (subraya la Sala).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E. primero de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

El Tribunal Superior de Ibagué, Sala Laboral, decidió en segunda instancia el juicio promovido por el doctor Raúl Ospina Salazar contra Nepomuceno Arboleda Gómez. La sentencia revoca el fallo de primer grado, condenatorio del demandado, y en su lugar declaró probada la excepción de petición antes de tiempo.

Contra la providencia del Tribunal interpuso el demandante el recurso de casación, que aquél le denegó en auto del 12 de enero del corriente año. Inconforme el actor con la resolución, hizo valer contra ella el recurso de reposición, interponiendo el de hecho en subsidio. Negado aquél, le fue concedido éste y, en tal virtud, el recurrente, en escrito presentado oportunamente, aduce las razones en que funda la impugnación contra la providencia denegatoria del recurso extraordinario.

Preparado éste debidamente, la Sala pasa a decidirlo:

Para negar el recurso aduce el Tribunal estos argumentos:

"En el presente caso se tiene que la sentencia recurrida no tiene el carácter de definitiva por cuanto no pone fin al proceso, mucho menos ha definido el fondo de la litis, pues se limita únicamente a revocar el fallo de instancia apelado y a declarar probada la excepción perentoria que permite al actor iniciar de nuevo, cuando lo crea oportuno, la misma acción contra el mismo demandado".

Confuta el recurrente la apreciación del Tribunal diciendo que en la parte motiva de la sentencia conceptúa que "si el negocio termina con éxito para don Nepomuceno Arbeláez tendrá que pagarle al doctor Ospina Salazar un 25%", opinión que, en su sentir, entraña una decisión definitiva en relación con el quantum del derecho reclamado en el juicio. Agrega que, de no otorgarse el recurso de casación, el actor tendrá que aceptar como remuneración de los servicios profesionales que le prestó al demandado, el 25% de que habla la parte motiva de la providencia de segunda instancia. Entiende, para los fines de la cosa juzgada, que ésta no reside únicamente en la parte dispositiva de la sentencia sino en ésta y la motiva, para lo cual hace mérito de unos conceptos de la Corte, Sala de Casación Civil, contenidos en el fallo del 25 de abril de 1938 (T. XLVII).

La Sala observa que, según el artículo 86 del C. de P. L., la sentencia de segundo grado impugnable en casación debe ser definitiva; tiene este carácter (artículo 466 del C. J.) la que decide sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste.

Fallo definitivo es el que estima o desestima la acción en el fondo, esto es, el que declara la existencia de una voluntad de la ley en favor del actor, o la inexistencia de tal voluntad en favor del demandado, según la doctrina predominante en derecho procesal.

El fallo de que se trata no estima ni desestima las peticiones de la demanda promovida por el doctor Ospina Salazar; declara probada la excepción de petición antes de tiempo, que no es perentoria perpetua sino temporal o dilatoria de fondo. Ese fallo, conclusivo del proceso, tiene sólo fuerza de cosa juzgada formal, es decir, no impide que el actor inicie nuevo juicio contra el demandado Arbeláez, sin que aquélla pueda impedirlo, pues sólo la cosa juzgada material esteriliza la acción.

La motivación de la sentencia está subordinada a la declaración de voluntad contenida en su parte resolutiva. En el supuesto de que aquélla no guarde relación con lo declarado en ésta, lo lógico no es preferir el simple razonamiento al acto de voluntad. Por lo demás, no produciendo el fallo cosa juzgada sustancial, su motivación, en la hipótesis de que contenga decisiones con incidencia en la cuestión principal, no podrían tener valor distinto del que ofrece su parte resolutiva.

Como bien lo expresa Chiovenda, "objeto de la cosa juzgada es la conclusión última del razonamiento del Juez, y no sus premisas (subraya la Sala); el último e inmediato resultado de la decisión y no la serie de hechos; de relaciones o de estados jurídicos que en la mente del Juez constituyeron los presupuestos de dichos resultados". (Instituciones de Derecho Procesal Civil. T. 1º págs. 415 y 416).

Sobre la cuantía del derecho que pueda corresponder al demandante, la sentencia, en su parte motiva, no contiene decisión alguna, sino una simple opinión. Como es obvio, carece ésta de fuerza vinculante entre las partes y no obliga al Juez futuro que haya de conocer del segundo juicio, cuando desaparezca la causa de la excepción reconocida en el primero.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Laboral de la Corte estima bien denegado el recurso de casación. Dése cuenta de esta providencia al Tribunal de origen y archívense las diligencias.

Notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Alberto Bravo. — Roberto De Zubiría. — Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario



NO PROSPERAN LOS CARGOS POR ERROR DE HECHO QUE SE HICIERON A UNA SENTENCIA QUE CONDENO AL PATRONO A PAGAR UNAS PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES A SU TRABAJADOR

Acontece que en el caso sub-lite no se alegó la compensación en la respuesta dada por el demandado a la demanda promotora del juicio: ella sólo se adujo en el libelo de reconvención. De otro lado, el fallo del Juzgado del conocimiento fue totalmente absolutorio no sólo en relación con las peticiones del trabajador, sino también respecto de los cargos formulados contra éste en la contrademanda. De esta decisión del a quo no apelaron las partes, lo que indica que el demandado la consintió como tal y como reconvencionista. De manera que al subir los autos al Tribunal para que se surtiera la consulta ordenada por la ley, el conocimiento del negocio quedó limitado a la demanda del trabajador y no a la reconvención patronal, porque la consulta está consagrada en beneficio del trabajador y no del patrono (artículo 69 del C. de P. Laboral) y además porque son cosas completamente distintas el libelo del trabajador y la contrademanda del patrono. En conclusión: el recurrente carece de interés jurídico para plantear en casación el tema de la compensación, definido ante el funcionario de primer grado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., marzo tres de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

Ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá y por medio de apoderado, Luis Barreto Ramírez presentó demanda contra Rafael Villamizar para que mediante el procedimiento del juicio ordinario laboral fuese este último condenado a pagar lo siguiente:

"1º.—El auxilio por cesantía correspondiente a 9 meses 20 días de trabajo con un salario de $ 9.00 diarios.

"2º.—Las dos primas semestrales correspondientes al segundo semestre de 1956 y primer semestre de 1957.

"3º.—El valor del tiempo que faltaba para completarse el contrato presuntivo de trabajo, o sean 2 meses 10 días.

"4º.—Las horas extras diurnas y nocturnas que hubo de prestar al servicio del demandado.

"5º.—El doble salario correspondiente a todos los domingos y días festejados que se presentaron durante el tiempo que estuvo prestando sus servicios.

"6º.—La indemnización o salarios caídos a que tiene derecho por el no pago oportuno de las prestaciones sociales contados a partir del 21 de mayo de 1957 hasta la fecha en que terminen de pagársele".

Los hechos fueron expuestos así:

"Mi poderdante entró a trabajar al servicio del demandado el día 1º de agosto de 1956 y permaneció prestando sus servicios hasta el 21 de mayo de 1957, fecha en la cual fue despedido.

"Mi poderdante al servicio del demandado desempeñaba funciones diferentes, pues se dedicaba todos los días inclusive los domingos y días feriados desde las 3½ de la mañana a las 8 de la mañana a repartir en una camioneta del demandado y por cuenta de éste, el periódico "INTERMEDIO". Por esta labor se le pagaba un sueldo fijo de $ 60.00 mensuales. De las 8 de la mañana en adelante trabajaba al servicio de la fábrica "BRILLO-LUZ", de propiedad del demandado en donde permanecía hasta las 6 de la tarde. De

esta jornada solamente sacaba media hora para almorzar y media hora para comer.

"Como empleado de la fábrica "Brillo-luz" devengaba un sueldo de $ 70.00 mensuales fijo, más un porcentaje variable que equivalía a unos $ 7.00 diarios.

"A mi poderdante no se le ha pagado ninguna de las prestaciones a que tiene derecho".

Como fundamentos de derecho fueron citados los artículos 45, 65, 182, 212 y demás disposiciones pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo.

El demandado, igualmente por conducto de apoderado dió respuesta a la anterior demanda oponiéndose a las pretensiones del actor y negando la causa de la acción. En cuanto a los hechos, solamente reconoció ser cierto el tiempo de servicios prestados por el demandante (agosto 1º de 1956 a 21 de mayo de 1957), manifestando que éste en su calidad de empleado de manejo y confianza, se retiró voluntariamente. Los demás hechos los negó.

A su turno, Rafael Villamizar presentó demanda de reconvención contra Luis Barreto Ramírez, a fin de que declarara:

"I. Que el reconvenido rompió unilateral e ilegalmente su contrato de trabajo;

"II. Que el reconvenido, en razón del ejercicio de su empleo, causó perjuicios a mi mandante, en la cuantía que se deduzca en el presente juicio o que se establezca posteriormente, los cuales está obligado a indemnizarle;

"III. Que mi mandante queda facultado para retener y compensar el valor de los referidos perjuicios, con el saldo de salarios y prestaciones que en la fecha de la ruptura del contrato pudiera adeudarle al reconvenido".

Como hechos de la demanda de reconvención se relataron éstos: Que el reconvenido en el ejercicio de su cargo, como empleado de manejo y confianza, estrelló una camioneta que manejaba contra otra, causándoles averías a las dos; que reconoció su culpa en el accidente y convino en reconocer una indemnización de $ 1.500.00 por lo cual firmó y aceptó una letra de cambio que no ha cancelado; que el reconvenido se sustrajo mercancías que vendía sin facturar, apropiándose su valor, y que además rompió unilateral e ilegalmente el contrato.

En derecho se invocaron los artículos 64 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo.

El contrademandado Barreto Ramírez no dio respuesta a la demanda de reconvención.

El Juzgado del conocimiento, en sentencia fechada el 12 de noviembre de 1958, absolvió al demandado Rafael Villamizar de todas y cada una de las peticiones formuladas en el libelo de demanda y condenó en costas al actor; igualmente absolvió a éste de los cargos formulados en el escrito de reconvención y no impuso condena de costas.

Ninguna de las partes apeló. Los autos subieron en consulta al Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral—, Corporación que dictó su fallo de fecha 5 de diciembre de 1958, por medio del cual revocó el del a-quo y condenó al demandado a pagar lo siguiente: $ 50.50 por concepto de prima de servicios correspondiente al primer semestre de 1957, y declaró probada de oficio la excepción perentoria de pago en relación con la prima causada en el segundo semestre de ese mismo año; $ 104.72 por concepto de auxilio de cesantía, y $ 4.33 diarios por indemnización moratoria desde el 22 de mayo de 1957 hasta cuando fuesen canceladas las anteriores prestaciones sociales, y absolvió al demandado de los demás cargos. Así mismo, confirmó lo atinente a la absolución de los cargos formulados en la demanda de reconvención y las costas en este sentido, pero revocó la condenación en costas de primera instancia en relación con la demanda principal y absolvió por dicho concepto. No decretó costas de segunda instancia.

El mandatario judicial de la parte demandada recurrió en casación. El Tribunal concedió el recurso y esta Superioridad lo admitió y tramitó en legal forma, y pasa ahora a resolverlo previo el estudio de la demanda sustentatoria que contiene dos cargos, y del escrito de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Aspira el recurrente a que la sentencia del Tribunal sea casada totalmente y a que, en función de instancia, esta Sala de la Corte confirme la de primer grado; y, en subsidio, a que se absuelva al demandado recurrente por los "salarios caídos".

Invoca la primera causal de casación laboral.

Primer cargo

Dice textualmente:

"Los artículos 249, 253, 306 y 65 del CST por aplicación indebida, y por vía indirecta, como consecuencia del evidente error de hecho que consiste en dar por demostrado, sin estarlo, que

el demandante Luis Barreto Ramírez, cédula Nº 84367 de Bogotá, y el individuo a quien todas las pruebas se refieren, Luis Barreto Rodríguez, cédula Nº 155955 de Bogotá, son una misma persona, error en que incurrió el sentenciador por errada apreciación del poder de f. 1, del acta de fs. 2 y 3 de la demanda y su contestación, de la reconvención y su respuesta, de las posiciones absueltas, de la letra de f. 21 y de la declaración de Jorge Hurtado Suárez.

En efecto, la finalidad de la cédula de identificación o ciudadanía es la de identificar a cada ciudadano colombiano. Cuando hay homonimia y diferencia de cédulas, lo que se presume es la diferencia de personas y no su identidad, pues la doble cedulación está erigida en delito. Y cuando, como en el presente caso, ni siquiera hay homonimia sino diferencia de nombres (Luis Barreto RAMIREZ vs. Luis Barreto RODRIGUEZ) y diferencia de cédulas (84367 vs. 155955), la conclusión es todavía más obvia. Por lo demás, el declarante Hurtado Suárez no dice, como afirma el sentenciador, que a su concuñado se le conozca por ambos nombres, ni el acta de conciliación habla de ningún "LUIS MARIA BARRETO RODRIGUEZ" sino de "Luis Barreto". De donde la evidencia del error de hecho anotado resulta deslumbrante. Y al aplicar las normas sobre cesantía (a. 249 y 253), prima de servicios (a. 306) y "salarios caídos" (a. 65) en relación con una persona distinta —el ex-trabajador— de la que aparece demandado, tal aplicación es a todas luces indebida".

Se considera:

Como primera medida, conviene dar a conocer los argumentos del Tribunal en relación con la acusación sustentada por el recurrente. Sobre el particular, la sentencia recurrida dice lo siguiente:

"Efectivamente la demanda fue incoada con poder conferido por LUIS BARRETO RAMIREZ, identificado con cédula de ciudadanía Nº 84367 de Bogotá, según aparece en el cuerpo del memorial, ya que inexplicablemente no aparece constancia de ello en la diligencia de presentación personal. Y como era apenas lógico, la demanda aparece a nombre de BARRETO RAMIREZ y en contra de éste fue dirigido el libelo de reconvención.

Sinembargo, la copia del acta de conciliación extrajuicio, habla de LUIS BARRETO, con cédula de ciudadanía número 155955 de Bogotá, en idéntica forma como aparece identificado quien compareció al juicio a absolver posiciones como demandante, según puede verse al folio 42 de los autos, pero ya como Luis Barreto Rodríguez, persona aparentemente distinta a la que confirió poder para el juicio y la que concurrió a la constitución de la relación jurídico-procesal.

"Pero la apariencia anotada desaparece con el análisis de las restantes pruebas del proceso que son suficientes para concluir que el Luis Barreto Ramírez demandante, es el mismo Luis María Barreto Rodríguez a que se refiere el acta de conciliación extrajuicio y la diligencia de absolución de posiciones.

"En efecto, dá cuenta la copia del acta visible al folio 2 del expediente, que ante el Inspector del Trabajo se presentaron demandante y demandado como Luis Barreto con C. de C. Nº 155.955 de Bogotá y Rafael Villamizar. Dicha cédula es la misma que identifica al absolvente en el juicio (f. 42) a pesar de aparecer como Barreto Rodríguez, lo que indica en forma irrefragable que Luis Barreto Ramírez y Luis Barreto Rodríguez, son una misma persona natural o física.

"Además, el demandado acepta los servicios de Barreto Ramírez y sinembargo aporta al juicio una pretendida letra de cambio aceptada por su trabajador y demandante, a pesar de lo cual se gira a nombre de Luis Barreto Rodríguez (f. 21) y a la cual se refiere el actor en la absolución de posiciones (f. 42) aunque allí se llame de la manera últimamente indicada y acepta haber trabajado para el demandado, relata las circunstancias del accidente de tráfico a que se refiere el juicio y acepta el pago de la prima de servicios.

"Y, en fin prueba que el demandante es conocido de ambas maneras, es la declaración de Jorge Hurtado Suárez (F. 26) su concuñado, quien lo llama Barreto Ramírez y se refiere al mismo trabajo, al mismo accidente y la misma letra de cambio de que se ocupan demandante y demandado en este juicio y quien absolvió posiciones en el mismo como Barreto Rodríguez".

Se aprecia, pues, que el ad-quem efectúa un detenido análisis de los diferentes elementos probatorios aportados al juicio que lo llevaron al convencimiento de que Barreto Rodríguez y Barreto Ramírez son una misma persona. Y en realidad que la concatenación de las pruebas pone de manifiesto esa unidad personal que, entre otras cosas, ni el mismo demandado puso en tela de juicio. En efecto, ni en la respuesta a la deman-

de de instancia ni en la demanda de reconvención existe la menor alusión al hecho en referencia. Por el contrario, se le opone a Barreto Ramírez el Acta de la Inspección del Trabajo en Bogotá (fol. 2) y la llamada letra de cambio (fol. 21), apareciendo en la primera Barreto con una numeración de su cédula distinta a la que indica en el poder que otorga para el juicio e igual a la de la letra, y en la segunda como Barreto Rodríguez. Luego no es equivocada la deducción del Tribunal puesto que, para el propio demandado se observa, como lo acreditan diversas pruebas, que se trataba de la misma persona. Por consiguiente, no es aceptable que el Sentenciador hubiese cometido un ostensible error de valoración probatoria. El cargo no prospera.

Segundo cargo

Textualmente está expuesto así:

"El artículo 65 del CST en relación con los artículos 1714, 1715, 1716 y ss. del C. C., por aplicación indebida y por vía indirecta, como consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por errada apreciación de la letra de f 21, de los vales de f, 22 a 24, de la declaración de Jorge Hurtado Suárez y de las posiciones absueltas por ambas partes, y por falta de apreciación de la declaración de la señorita Ana Elvira Moreno (37).

"Este cargo, subsidiario del anterior, es aún de mayor claridad si se admite que el demandante y el ex-trabajador son una misma persona. La declaración de Jorge Hurtado Suárez, concuñado del actor, no sólo explica el daño de la camioneta (fs. 26 y 27) sino que dice cómo Barreto, al preguntarle su concuñado por el arreglo que hubiera hecho con Villamizar por lo del choque, le confesó que le había firmado una letra para el arreglo de la camioneta. La señorita Ana Elvira Moreno (fs. 37 y 38) se expresa: "yo recuerdo que llegaron a hacer la letra y dijeron QUE ERA POR LOS DAÑOS DE LAS CAMIONETAS". Y Barreto, en posiciones, al contestar la pregunta 5ª principalmente, admite que firmó la letra por la transacción de los daños, aunque diga no deber su valor por no ser responsable, y asegure que firmó la letra con amenazas y violencias que no ha tratado siquiera de demostrar.

"Entonces, el origen LABORAL de la deuda de Barreto es incuestionable. Y nada importa que, como observa el sentenciador, la letra no está registrada o estampillada, pues no se trata de cobrarla COMO INSTRUMENTO NEGOCIABLE, sino de un principio de prueba por escrito de una deuda de $ 1.500.oo.

"Frente a esas circunstancias, los errores de hecho que paso a individualizar son evidentes:

"a). Dar por demostrado, sin estarlo, que la retención de los $ 155.22 de que habla la sentencia por parte de un deudor que, a su vez, era acreedor por $ 1.500.oo, fue un acto de mala fe;

"b). No dar por demostrado, estándolo, que la deuda de $ 155.22 por cesantía y prima de servicios se había extinguido por compensación con la deuda mayor, de $ 1.500.oo, o al menos el patrono-acreedor tenía justo o razonable motivo para tenerla por extinguida mediante el fenómeno de la compensación".

Se considera:

Las razones dadas por el Tribunal para haber decretado la condena por los salarios indemnizatorios del artículo 65 del CST que fueron éstas:

"Ahora bien, como el patrono no ha alegado o probado causa alguna que justifique su derecho de retención de las prestaciones adeudadas al trabajador y nacidas de hechos que no ha discutido sino, antes bien, aceptado desde la audiencia de conciliación extrajudicial y desde la contestación del libelo, en forma idéntica a como lo reconoció en la absolución de posiciones, resulta injustificada la mora patronal y deberá condenarse al demandado al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C. S. del T., a razón de cuatro pesos con treinta y tres centavos ($ 4.33) diarios a partir del 22 de mayo de 1957 y hasta cuando se verifique el pago de las sumas reconocidas en este fallo por auxilio de cesantía y prima de servicios".

Mas a juicio de la Sala, existen razones básicas de orden jurídico que le restan toda posibilidad de darle acogida a la acusación. En efecto, sabido es que el Código Procesal del Trabajo en su artículo 69 establece un grado de jurisdicción llamado de consulta que opera en los casos de las sentencias de primera instancia, "totalmente adversas a las pretensiones del trabajador", que no son apeladas. Y acontece que en el sub-lite no se alegó la compensación en la respuesta dada por el demandado a la demanda promotora del juicio; ella sólo se adujo en el libelo de reconvención. De otro lado, consta en el informativo que el fallo del Juzgado del conocimiento fue totalmente ab-

solutorio no sólo en relación con las peticiones del trabajador sino también respecto de los cargos formulados en la contrademanda. Además, de la decisión del a-quo que no apelaron las partes, lo que indica que el demandado lo consintió como tal y como reconvencionista. De manera que al subir los autos al Tribunal para que se surtiera la consulta ordenada por la ley, el conocimiento del negocio quedó limitado a la demanda del trabajador y no a la reconvención patronal, por cuanto la consulta está consagrada en beneficio del trabajador y no del patrono. Y además, porque son cosas completamente distintas el libelo del trabajador y la contrademanda del patrono; sólo que por razones de economía procesal, la ley autoriza la tramitación de las dos demandas por un mismo procedimiento.

En mérito de las consideraciones anteriores y observando que el punto céntrico del cargo es la alegación de compensación por la llamada letra de cambio a cargo del trabajador, hecho que sólo se propuso en la demanda de reconvención, por la cual fue absuelto en primera instancia el asalariado promotor del juicio, necesariamente la Sala tiene que concluir que el recurrente carece de interés jurídico para plantear en casación el tema de la compensación, definido ante el funcionario de primer grado.

Por consiguiente la acusación no prospera.

En virtud de los razonamientos que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autorización de la ley, Resuelve: NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C. — Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SE ACUSA, SIN EXITO, DE INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY, UNA SENTENCIA QUE SE NEGO A DECLARAR QUE EL TRABAJADOR DEMANDANTE TUVIERA DERECHO A PENSION DE JUBILACION

Resulta inobjetable, según las pruebas que figuran en autos, que, para la época en que fue despedido, el trabajador se encontraba en situación que le permitía pedir la pensión especial de jubilación, ya por razón del tiempo servido y de la edad, ya por la causa del despido. Sin embargo, él no solicitó esa prestación especial sino que recibió el valor de la liquidación de cesantía que le hizo la empresa. Y, lo más importante, dejó transcurrir el plazo de un año que concede la ley para reclamar ese derecho, según las voces del inciso 2º del artículo 267 del C. del Trabajo. Por su parte la empresa demandada alegó tal excepción, de rigor en estos casos. De modo que el soporte fundamental de la sentencia, al negar la pensión de jubilación, ha permanecido intacto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, marzo siete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.).

Ante el Juzgado Primero Superior del Trabajo de Cartagena, Julio Muñoz Cabeza demandó a la sociedad J. V. Mogollón & Co., para que mediante el procedimiento laboral fuese condenada a reconocerle la pensión de jubilación de que trata el artículo 267 del C.S.T.

El apoderado del demandado fundamentó la petición en los siguientes hechos:

"Mi representado, señor Julio Muñoz Cabeza, prestó sus servicios a la firma demandada y en forma discontinua por un espacio mayor de quince años, tiene actualmente la edad requerida para hacerse acreedor a tal prestación, y el reclamo correspondiente a la firma demandada, fue hecho también dentro de los términos indicados por el citado artículo número 267 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Mi representado ha reclamado cordial el derecho que ahora suplica reconocerle la Justicia Laboral, y sus súplicas o reclamos no fueron atendidos por parte de quienes ejercen la personería de la firma demandada.

"En ninguna de las ocasiones en que prestó sus servicios a la firma demandada, mi representado fue despedido por causal justa, según los términos que el Código fija para configurar tal situación jurídica".

En derecho el actor alegó el artículo 267 del C. S.T y el 74 y siguientes del Código de Procedimiento Laboral.

La entidad demandada, por conducto de apoderado, respondió la demanda promovida por Muñoz Cabeza en estos términos:

"Iº.—El señor Julio Muñoz Cabeza trabajó al servicio de la empresa demandada en los siguientes períodos, en la sección de mecánica:

"a) Un (1) año once (11) meses con anterioridad a 1942.

"b) De noviembre de 1942 a 11 de julio de 1947, cuatro (4) años, ocho (8) meses y once (11) días.

"c) De 2 de enero de 1948 a 15 de junio de 1956, ocho (8) años, cinco (5) meses y quince (15) días.

"2º.—El señor Julio Muñoz Cabeza recibió los auxilios de cesantía correspondientes a los distintos períodos señalados en el punto anterior y en general la totalidad de las prestaciones sociales que le correspondían, pues cada uno de dichos perío-

dos está separado del otro por una solución de continuidad mediante la extinción de los respectivos contratos de trabajo.

"3º.—El señor Julio Muñoz Cabeza solicitó a la empresa demandada la pensión especial de jubilación contemplada en el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, por medio de cartas fechadas el 27 de junio y 9 de julio de 1957".

La demandada manifestó no estar obligada al pago de la prestación solicitada. Propuso la excepción de carencia de derecho para pedir.

Por sentencia de noviembre 4 de 1957, el Juzgado del conocimiento absolvió a la sociedad demandada de todos los cargos formulados por el actor y condenó a éste en costas.

De la decisión anterior apeló el demandante. El Tribunal Superior de Cartagena —Sala Laboral—, resolvió el recurso, por fallo de 8 de mayo de 1958, confirmando el fallo apelado. Condenó en costas a la parte vencida.

Contra el proveído del **ad-quem** interpuso recurso de casación el apoderado del demandante. En vista de que ha sufrido el trámite de rigor, la Sala entra a decidirlo previo el examen del escrito que lo sustenta y del memorial de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Pretende la casación total de la sentencia recurrida y que, en su lugar, se revoque la de primera instancia para que se acoja el petitum de la demanda con que se promovió el juicio.

MOTIVOS DE CASACION

El recurrente se apoya en la causal primera del artículo 87 del C. P. L.

CARGO

Contra la sentencia recurrida sólo se formula un cargo que está encabezado en esta forma:

"Acuso la sentencia recurrida por interpretación errónea de los artículos 267 y 266 del C. S. del T., en relación con los 1.557, 2.512, 2.513 y 2.535 del C. C. y 343 del C. J.".

Dice el recurrente que el sentenciador violó los artículos citados por entenderlos del modo siguiente:

"a) Que, ambos consagran para el trabajador un derecho alternativo que consiste en escoger entre la pensión, ordinaria o especial, y el auxilio definitivo de cesantía;

"b)—Que, en tratándose de la pensión especial de jubilación por más de quince años de servicios, si en el término de un año (1) contado a partir del despido, no se reclama el pago de dicha pensión, es porque se escogió el auxilio definitivo de cesantía;

"c)—Que ,en este último evento, se carece de todo derecho para pretender el pago de la pensión especial de jubilación; y

"d)—Que el artículo 267 del C. S. T., en su inciso 2, no consagra, por consiguiente, una prescripción de corto tiempo".

Y en seguida añade:

"Esta interpretación es, evidentemente, errada. La pensión de jubilación, especial u ordinaria, excluye, por regla general, el auxilio de cesantía, pero la ley no consagra para el trabajador, en norma alguna, un derecho de opción, o alternativo, entre una y otra prestación. Por otra parte, contrariamente a lo afirmado por el juzgador de segunda instancia, el artículo 267 del C. S. T., en su inciso final, establece una prescripción de corto tiempo, de conformidad y en relación con los artículos del Código Civil que el cargo cita y con la norma contenida en el artículo 343 del Código Judicial, a los cuales, por la interpretación errónea de los artículos del C. S. del T. que estimo violados, el **ad-quem** no dio operancia.

De otro lado, observa la Sala que la motivación del fallo acusado dice textualmente:

"....El otro argumento que expone el personero del actor es de que no se ha propuesto la excepción de prescripción. Este punto necesita menos explicaciones ya que el ordinal 2º del artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, dice que la pensión referida principia a pagarse cuando el trabajador despedido llega a los cincuenta años de edad, PERO SU DERECHO A ELLA DEBE RECLAMARLO DENTRO DEL TERMINO DE UN AÑO CONTADO A PARTIR DEL DESPIDO. (Las mayúsculas son nuestras). El artículo citado está incluido en el Capítulo II, Título II, primera parte del C. S. T., y debe interpretarse de acuerdo con el artículo 266, también incluído en el mismo Capítulo que dice que la pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, esto es, que es una obligación alternativa en que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras. El actor ha debido reclamar dentro del término que le señala la ley cualquiera de las dos prestaciones a que tenía derecho, y si no lo hizo así, porque consideró mas conveniente la otra, y dejó pasar el plazo respectivo, jurídica-

mente el patrón cubrió la deuda que prefirió el trabajador.

"Ahora, por otra parte, ya esto está dicho en la carta que le pasó la empresa demandada al actor (fls. 6), que la petición es extemporánea. Dentro del término que señala la ley el trabajador pidió y le fue concedida la prestación, vencido este término de reclamo su derecho a escoger entre dos cosas se extinguió.

"Pero es más, se repite: a la pensión a que se refiere el artículo 267 del C. S. T., es aplicable la regla del artículo 266 ibidem que dice que la pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía menos en cuanto a los **anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se hayan hecho legalmente al trabajador** (subraya la Sala), cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada mensualidad. Esta disposición en forma clara dice que el auxilio de cesantía excluye la pensión de jubilación, menos cuando se haya anticipado, liquidado parcialmente o se le hayan hecho préstamos al trabajador.

"En el caso en estudio el trabajador no recibió su cesantía parcial, sino la total, la que cubría todas sus prestaciones, y por tanto escogió en forma clara y definitiva entre dos cosas, o sea su liquidación definitiva de cesantía".

Se considera:

En primer lugar, el examen simplemente objetivo de la situación procesal demuestra que en el sub-lite aparecen reunidos los distintos requisitos que permiten reclamar la pensión especial de jubilación del artículo 267 del CST. En efecto, aunque en la demanda con que se promovió el juicio no se habla del capital de la sociedad demandada ni ésta ha alegado poseer uno inferior a los $ 800.000.00, lo cierto es que se trata de un punto que no ha sido objeto de discusión y que indica que ella tiene un patrimonio que puede obligarla a pagar la referida prestación (artículo 195 ib.). Por lo que respecta al trabajador Muñoz Cabeza, se aprecia que prestó sus servicios por un poco más de quince (15) años y que, habiendo nacido el doce de abril de 1903 (partida de bautismo de fol. 20 del cuaderno número 1), los 50 años necesarios para merecer la pensión los cumplió en 1953, es decir, encontrándose al servicio de la entidad demandada habida consideración de que el contrato de trabajo terminó el 15 de junio de 1956 (documento de fol. 13 del primer cuaderno). De otro lado, el demandante expuso en su libelo inicial que había sido despedido sin justa causa. La demandada no hizo una referencia expresa a tal afirmación pero, en cambio, acompañó como pruebas la liquidación de cesantía en donde consta que el motivo del retiro es el "vencimiento del plazo presuntivo" y, además, un recibo que acredita el pago a Muñoz de los dieciseis días de salarios que faltaban para el vencimiento de dicho plazo (fol. 17 del cuaderno número 1). Luego es lógico inferir que si la empresa pagaba esos días no trabajados era porque se consideraba obligada al reconocimiento de la indemnización prevista en el artículo 64 del C. S. T. (lucro cesante) que, precisamente, contempla los casos de rompimiento unilateral e ilegal del contrato de trabajo, lo que descarta la posibilidad de considerar el despido de Muñoz como justo.

Precisado lo anterior, resta estudiar si el demandante ajustó su reclamo a las regulaciones del artículo 267 citado. Sobre el particular resulta inobjetable que Muñoz Cabeza cuando fue despedido en junio de 1956 se encontraba en situación que le permitía pedir la pensión especial de jubilación, ya que se ha visto que para esa época tenía más de quince años de servicios, superaba los cincuenta años de edad y su despido no había obedecido a una justa causa patronal. Sin embargo, él no solicitó esa prestación especial sino que recibió el valor de la liquidación de cesantía que le hizo la empresa. Y lo más importante, dejó transcurrir el plazo de un (1) año que concede la ley para reclamar ese derecho, según las voces del inciso 2º del artículo 267 mencionado. A este respecto no cabe la menor duda, ya que el contrato de trabajo terminó el 15 de junio de 1956 y el reclamo para el reconocimiento de la pensión especial se presentó el 27 de junio del año siguiente (fol. 14 del primer cuaderno).

Así las cosas, cualquier lucubración acerca de si en el caso de autos el **ad-quem** está en lo cierto o no cuando sostuvo que se trata de una opción o de una alternativa de escoger entre la cesantía y la pensión, constituye una cuestión de interés puramente teórico sin repercusión eficaz en el sub-judice, por razón de que, como se ha visto, el hecho central es que la solicitud de la pensión especial se formuló fuera de la oportunidad prescrita en la ley. Y en este sentido es de observar que la parte demandada sí alegó la excepción de rigor en estos casos, pues así se desprende del acta de la audiencia celebrada en el Tribunal (fol. 19),

en que manifestó: "...Pero es también cierto que no cumplió con el precepto de reclamar el reconocimiento de la pensión de jubilación rebajada dentro del año siguiente a la fecha del despido o retiro. (Véanse las cartas, o mejor las fechas de las cartas en que Muñoz Cabeza hace sus peticiones y la de su retiro. Y el mandato es expreso y concluyente y se halla contenido en el inciso 2º del artículo invocado como fuente del derecho impetrado (267 del C. S. del T)". Y en seguida "El señor Muñoz Cabeza, dejó precluir la oportunidad para consolidar su derecho que era apenas una expectativa...".

De modo, pues, que el soporte fundamental del fallo ha permanecido intacto, esto es, que el demandante dejó expirar el término legal para reclamar su derecho. Por consiguiente, la acusación no puede prosperar.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, RESUELVE: NO CASA el fallo recurrido.

Costas cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

NO HUBO ERRORES DE HECHO EN LA SENTENCIA QUE DE UNA PARTE CONDENO A LA EMPRESA DEMANDADA AL PAGO DE ALGUNAS PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES Y, DE OTRA, DECRETO UNA COMPENSACION A SU FAVOR

Basta que la asignación se pague por períodos que no excedan de un mes para que se las estime como sueldo al tenor de la definición legal (artículos 133 y 134 del C. del Trabajo). Los documentos acreditan que el empleado recibía periódicamente, dentro de cada mes, partidas a cuenta de comisiones, esto es, que el pago obedecía al sistema de remuneración denominado sueldo; y cuando él se adopta, entiende la ley (artículo 174, numeral 2º, del C. del Trabajo) que la retribución comprende el pago del descanso "en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., siete de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

Guillermo Gálvez Velandia promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra la "Remington Rand Colombiana Ltda.", domiciliada en Bogotá, para que por sentencia se hagan estas declaraciones: que entre Gálvez Velandia y la Compañía existió contrato de trabajo entre el 1º de octubre de 1952 y el 1º de febrero de 1953, en forma verbal; que el contrato fue reducido a escrito y sometido al plazo de un año, contado a partir del 2 de febrero de 1953; que vencido el plazo la convención de trabajo comenzó a prorrogarse a partir del 2 de febrero de 1954, de seis en seis meses; que la Compañía rompió sin justa causa el contrato en referencia faltando 4 meses 18 días para el vencimiento de la tercera prórroga del plazo presuntivo. Como consecuencia de tales declaraciones, Gálvez Velandia solicita que la Compañía sea obligada a pagarle: indemnización de perjuicios por la ruptura ilegal del contrato; la remuneración del descanso obligatorio en 104 domingos y 36 festivos comprendidos entre el 2 de marzo de 1953 y el 15 de marzo de 1955; el saldo de la comisión que devengó con ocasión de las ventas efectuadas en Puerto Berrío, en marzo de 1954; el valor correspondiente al auxilio de cesantía; el valor de los gastos de regreso del demandante y su familia al lugar donde fue contratado por la sociedad; los perjuicios moratorios a razón de $ 36.00 diarios, desde el 15 de marzo de 1955 y las costas del juicio.

De los hechos fundamentales de la demanda se destacan los siguientes:

Guillermo Gálvez Velandia se obligó a prestar servicios personales a la Sociedad Remington Rand Colombiana, según contrato de trabajo celebrado verbalmente, como vendedor de máquinas tabuladoras en la ciudad de Medellín, habiendo comenzado la relación laboral el 1º de octubre de 1952; el 14 de febrero de 1953 las partes convinieron en sustituir el contrato verbal por uno escrito, con plazo de un año, contado a partir del 2 de febrero de 1953; el salario convenido en los dos contratos fue el de $ 750.00 mensuales; a partir de marzo de 1953 la remuneración fija fue reemplazada por la de comisiones sobre ventas; el contrato escrito expiró el 2 de febrero de 1954, quedando sometido desde esa fecha, hasta su terminación, al plazo presuntivo; el 1º de mayo de 1954 el empleado fue trasladado a Bogotá, habiéndolo cubierto la sociedad los gastos de su traslado de Medellín a dicha ciudad, inclu-

yendo los de la familia; por comisión de ventas de máquinas en Puerto Berrío, la sociedad le debe al actor un saldo de $ 1.500.00; Gálvez Velandia devengó un salario mensual promedio de $ 1.080; la sociedad le puso término al contrato, sin justa causa, el 15 de marzo de 1955; según liquidación de la compañía, el preaviso y el auxilio de cesantía ascendieron a la cantidad de $ 3 204.99, deuda que se ha negado a pagarle al actor e igualmente la remuneración por el descanso obligatorio en dominicales y festivos.

En derecho la demanda se acoge a las normas pertinentes del Código del Trabajo.

La compañía presentó a su vez contra el actor demanda de reconvención, en la cual solicita que aquél sea condenado a compensarle la suma de $ 2.723.43, por concepto de comisiones anticipadas, derivadas del contrato de trabajo, con las deudas a cargo de la empresa.

El libelo de reconvención afirma en sus hechos: que Gálvez Velandia le pidió a la compañía la apertura de una cuenta corriente para que le hiciera préstamos anticipados por sueldos y comisiones; que aquélla tiene en su poder órdenes de pago, según las cuales el actor quedó a deberle por anticipos a comisiones y sueldos, la suma de $ 2.723.43, que se ha negado a pagarle; que en dichas órdenes el demandante autorizó a la sociedad para el descuento de los créditos a su favor.

La respuesta a la demanda principal acepta la existencia del contrato de trabajo, el tiempo de servicios, las formas de remuneración y el traslado del demandante de Medellín a Bogotá. Niega los restantes.

La contestación a la demanda de reconvención se opone a sus pretensiones y niega los hechos en que se funda.

Decidió la litis, en primera instancia, el Juzgado Segundo del Trabajo de Bogotá, por sentencia de fecha 8 de febrero de 1958. Su parte resolutiva condena a la sociedad a pagarle al demandante: $ 1.990.47, por auxilio de cesantía, suma de la cual ordena descontar la de $ 481.56 (numeral primero); $ 404.82, por lucro cesante, causado entre el 15 de marzo y el 1º de abril de 1955 (numeral segundo); $ 315.92, por concepto de indemnización moratoria (numeral tercero); ordena que la compañía suministre al actor y a su familia los pasajes de regreso de Bogotá a Medellín, cuando aquél decida regresar a su domicilio de origen (numeral cuarto); absuelve a la Remington Rand de los demás cargos de la demanda principal (numeral quinto); absuelve al demandante de los cargos de la demanda de reconvención (numeral sexto); condena en costas parciales a la sociedad en la demanda principal (numeral séptimo); y le impone las costas totales de la demanda de reconvención (numeral octavo).

Apelaron ambas partes. Puso término a la relación de apelación el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia de fecha 14 de mayo de 1958, cuya parte resolutiva dispone:

"1º—Declárase que existió relación de trabajo regida por un contrato de trabajo entre el señor Guillermo Gálvez V. y la sociedad demandada, en el lapso comprendido del 1º de octubre de 1952 y el 1º de febrero de 1953; que a partir del 2 de febrero de 1953, se celebró entre las mismas partes un contrato escrito de trabajo por término de un año; que a partir del 2 de febrero de 1954 se prorrogó el contrato por períodos de seis en seis meses.

"2º—Confírmanse los numerales 1º, 3º y 5º de la misma sentencia apelada.

"3º—Revócase el numeral 2º de la providencia apelada y en su lugar se dispone: Condénase a la sociedad Remington Rand Colombiana Ltda. a pagar a Guillermo Gálvez Velandia la suma de tres mil seiscientos setenta pesos con cincuenta y cinco centavos m./cte. ($ 3.670.55) por concepto de lucro cesante. De esta cantidad puede deducir la demandada la suma de $ 481.56 de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de este fallo.

"4º—Revócase el numeral 4º de la mencionada sentencia y en su lugar: absuélvese a la sociedad demandada de las peticiones relacionadas con el pago de gastos de regreso a la ciudad de Medellín.

"5º—Revócase el numeral 6º de la sentencia apelada y en su lugar decrétase la compensación entre las deudas de la Remington Rand Colombiana Ltda a que se contraen las condenas de esta providencia, con la suma de $ 2.723.43 que el señor Guillermo Gálvez debe a la citada sociedad.

"6º—Revócase el numeral 7º de la providencia apelada y en su lugar condénase a la sociedad demandada a pagar el 50% de las costas de primera instancia en lo relacionado con la demanda principal.

"7º—Revócase el numeral 8º de la misma sentencia y en su lugar no se condena en costas a la demandante en reconvención.

"8º—Sin costas en esta instancia".

La sentencia fue expedida con un voto disidente.

Recurrió en casación la parte demandante. Concedido el recurso y debidamente preparado, la Corte pasa a decidirlo.

LA DEMANDA DE CASACION

Suplica el peltum que la Corte case parcialmente la sentencia recurrida en sus ordinales 2º, 4º, 5º y 6º y, en su lugar, modifique la de primer grado en sus ordinales primero y tercero, aumentando el valor de las condenas por auxilio de cesantía y salarios caídos a $ 2.500.20 y $ 36.00 por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales desde el 15 de marzo de 1955 hasta la fecha en que aquéllas se cancelen, respectivamente; que confirme los ordinales cuarto y sexto del fallo del juzgado a-quo y revoque el quinto para que en su reemplazo condene a la sociedad al pago de la remuneración del descanso obligatorio en 104 domingos y 36 feriados comprendidos del 2 de marzo de 1953 al 15 de marzo de 1955, cuyo importe es la suma de $ 3.777.20.

Invoca la demanda la primera causal de casación. Aunque el capítulo destinado a las acusaciones lleva por título "Primer Cargo", todas se formulan en éste.

Afirma el recurrente que la sentencia viola, por vía indirecta, los artículos 57, regla 3ª, 59, ordinal 1º, 65, 174, 249 y 253 del CST.; 1.714, 1.715 y 1.716 del C. C., por aplicación indebida; y los artículos 172, 173, 176 y 177 del primero de dichos Códigos, por falta de aplicación.

La infracción proviene de errores de hecho resultantes de la falta de apreciación y de la estimación equivocada de las pruebas que el cargo relaciona.

PRUEBAS NO APRECIADAS

Las declaraciones de los testigos James Sabino Artimes, Ricardo San Miguel Arcinieges, Eugenio Torres Durán, Gerardo de los Ríos Gartner y Luis Carlos León Borda (fls. 206 a 211, 214 a 216, 219 a 224, 224 a 229 y 247 a 254, respectivamente) y la absolución de posiciones del gerente de la sociedad demandada (fls. 109 a 122).

PRUEBAS MAL APRECIADAS

Los documentos de folios 123 a 187; el dictamen pericial (fls. 312 a 317, 327 a 329 y 338 a 340); el documento sobre liquidación de prestaciones (fls. 108); el acta de la primera audiencia de trámite y memorial de excepciones (fls. 86 a 97).

La falta de apreciación y la equivocada estimación de las pruebas antes citadas, llevaron al Tribunal a incurrir en estos errores de hecho:

I)—Dar por demostrado, no estándolo: que Gálvez Velandia devengaba como remuneración por su trabajo un sueldo, cuyo importe mensual promedio fue únicamente de $ 809.68, excluyendo la remuneración del descanso en domingos y festivos; que al terminar el contrato con la sociedad el actor no tenía el propósito de regresar a Medellín sino permanecer en Bogotá, y que a la expiración del vínculo el demandante debía a la compañía la suma de $ 2.723.43 de plazo vencido, por concepto de préstamo o anticipos de comisiones.

II)—No dar por demostrado, estándolo: que Gálvez Velandia devengaba por remuneración por sus servicios comisiones sobre las ventas que hiciera, las cuales no se le pagaban por semanas, quincenas o meses, sino a medida que se causaran; que la sociedad no le dio descanso remunerado al actor en domingos y festivos, no obstante que aquél trabajaba los días laborales de la semana en forma permanente y continua; que el gerente de la sociedad reconoció en posiciones que la deuda a cargo del actor por $ 2.723.43, era inexistente; que la supuesta deuda no se registró en los libros de la compañía, y además, no se acreditó el plazo; que la compañía se ha negado, sin motivo, a pagar al actor la remuneración del descanso en domingos y festivos, la cesantía, los gastos de regreso a Medellín y la indemnización por lucro cesante; que Gálvez Velandia exigió, desde que fue despedido el pago de los gastos de regreso a Medellín para él y su familia; y que la sociedad, no obstante haber admitido la existencia del contrato de trabajo, sostuvo en el juicio, temerariamente, su inexistencia, para negarle al demandante su salario, prestaciones e indemnizaciones sociales, lo cual destruye la presunción de que hubiera obrado de buena fe.

Sin los anotados errores de hecho, dice el recurrente, el Tribunal habría condenado a la sociedad al pago de la remuneración del descanso en dominicales y festivos, al auxilio de cesantía, tomando en cuenta la totalidad de los salarios devengados, a los gastos de regreso del actor y su familia a Medellín, y a la indemnización moratoria, y habría absuelto a Gálvez Velandia de los

cargos de la demanda de reconvención, declarando improcedente la compensación por una deuda inexistente.

El apoderado de la parte opositora, en extensa alegación de instancia, pide el rechazo del cargo y a la vez, la revocatoria de las condenas que los fallos de instancia contienen contra la sociedad, a pesar de no haber recurrido en casación. La alegación, como las peticiones que formula, adolecen de notoria impropiedad.

. . . .

Se considera:

Sistema de remuneración

Las partes están de acuerdo en estos hechos:

a)—En que estuvieron vinculadas por un contrato de trabajo en el período comprendido entre el 1º de octubre de 1952 y el 15 de marzo de 1955; b) En que entre la primera de esas fechas y el 13 de febrero de 1953, el contrato fue de tipo verbal, habiéndose convenido como retribución de los servicios del empleado la suma de $ 750.00 mensuales; c) En que el 14 de febrero de 1953 el contrato verbal fue sustituído por uno escrito, en el cual se estipuló el mismo salario del anterior; y d) En que de marzo de 1952 al 15 de marzo de 1955, fecha de expiración de la relación de trabajo, la asignación fija fue sustituída por salario a comisión. Así consta de los hechos de la demanda y de la correspondiente respuesta.

Las declaraciones de J. Sabino Artímez, Ricardo Sanmiguel Arciniegas, Eugenio Torres Durán y Gerardo de los Ríos G., las aduce el recurrente para demostrar que el pago al demandante de la retribución por sus servicios no se le hacía por semanas, quincenas o mensualidades, de lo cual infiere que la sociedad no le ha cancelado el salario correspondiente a 104 domingos y 36 festivos, causados durante el período en que se rigió el salario a comisión. Su tesis es la de que el salario no es sueldo, por lo cual, si el Tribunal apreció las declaraciones, habría condenado a la sociedad al pago de la remuneración, conforme a los artículos 172, 173, 176 y 177 del CST. y del 174 ibidem, aplicado éste indebidamente y dejados de aplicar los otros.

LOS TESTIMONIOS

James Sabino Artímez (fls. 206 a 211).—El testigo dice que la Compañía avanza a los vendedores, a cuenta de comisiones, mensualmente, una suma fijada por el Gerente; para pagarse de los avances, cuando el vendedor tiene buenas ventas, deduce de las comisiones de los meses siguientes, los avances de los meses anteriores.

Ricardo Sanmiguel Arciniegas (fls. 214 a 216). Afirma el declarante: "El procedimiento por el cual se le hacían estos anticipos era el de entregárselos quincenalmente y a veces en fechas diferentes y mensualmente se le abonaban a dichos anticipos las comisiones realmente devengados o sea sobre las ventas facturadas efectuadas por él" (alude al vendedor).

En igual sentido declaran Eugenio Torres Durán y Gerardo de los Ríos (fls. 219 a 224 y 224 a 229, respectivamente).

Sobre el punto dice el fallo acusado:

"La petición relacionada con el reconocimiento de los descansos (dominicales y festivos) no puede prosperar por cuanto los pagos se le hacían al actor en forma de sueldo y el numeral 2º del artículo 174 del CST. prescribe que en todo sueldo se entiende comprendido el pago de tales descansos".

Da por sentado el Tribunal que en el proceso se acreditó el hecho de que la remuneración se cubría al trabajador "en forma de sueldo", esto es, por períodos no mayores de un mes (artículo 134 del CST.).

Los testimonios de que se trata sustentan la tesis del fallador, de manera que si los aprecia refiriéndose a ellos concretamente, no habría incurrido en los errores de hecho que el recurrente le imputa.

Basta que la asignación se pague por períodos que no excedan de un mes para que se las estime como sueldo al tenor de la definición legal y es ese el concepto del Tribunal respecto de la convenida en el caso que se debate para retribuir los servicios del demandante.

Corroboran el aserto de los testigos las órdenes de pago obrantes en autos (fls. 153 a 187), de marzo de 1954 a marzo de 1955. La orden, dirigida por la Compañía al Cajero, anota en su texto: la fecha, nombre del beneficiario (Guillermo Gálvez), la cantidad que debe entregársele, con esta explicación: "préstamo para cargar a su cuenta de comisiones", indicación de su importe en cifras y letras, y a continuación, entre otros detalles, la palabra "recibí", seguida de la firma del demandante. En marzo de 1954 aparecen estas órdenes: dos del 15 (fls. 155 y 156) por $ 200.00 cada una; otra del 17 (fl. 157) por $ 300.00 y la última del 31 por $ 360.40 (fl. 158). Algunas de las órdenes dan ra-

zones distintas del egreso, pues a más de expresar que se trata de préstamo para descontar de comisiones, agregan: que el préstamo es también para el descuento de "sueldos, preaviso y auxilio de cesantía".

Los documentos acreditan que Gálvez Velandia recibía periódicamente, dentro de cada mes, partidas a cuenta de comisiones, esto es, que el pago obedecía al sistema de remuneración denominado sueldo, y cuando él se adopta entiende la ley que la retribución comprende el pago del descanso "en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado", de conformidad con la previsión legal que cita el fallador.

Los artículos 172, 173, 174, 176 y 177 no resultan, por tanto, infringidos.

Gastos de regreso a Medellín

La demanda de instancia (petición novena) suplica: "Que se condene a la sociedad demandada a pagar a favor de Guillermo Gálvez Velandia la cantidad de $ 1.700.00 moneda corriente por concepto de gastos de regreso de Guillermo Gálvez Velandia y su familia al lugar donde fue contratado por la empresa demandada".

Las partes han aceptado en el juicio que la Remington Rand, durante el desarrollo del contrato, hizo trasladar al actor de Medellín, lugar en donde se obligó a prestar sus servicios de vendedor, a Bogotá.

En el estudio que de la petición hace el Tribunal, expone:

"Está comprobado en autos por las declaraciones de Eugenio Torres Durán (fl. 219) y por la confesión del demandante que después de terminado el contrato con la Remington, él trabajaba para la Televisión de Bogotá, lo que implica necesariamente que ha permanecido en esta ciudad. Además, al contestar una pregunta de las posiciones manifiesta que él ha pedido el dinero de los pasajes de regreso a Medellín...".

Por dos razones niega la súplica el Tribunal, a saber: porque lo pedido por el actor fue el dinero de los pasajes de regreso de Bogotá a Medellín, y porque la determinación de aquél fue fijar su residencia en Bogotá. Uno y otro hecho, en su concepto, excluyen la obligación patronal de que trata el artículo 57, numeral 8º del CST., el cual apoya en la doctrina que cita, sentada en fallo de casación, del 7 de marzo de 1955. Dice la decisión en lo pertinente: "El pasaje de regreso al trabajador es una carga en especie que el patrono cumple poniendo a disposición de aquél dicho pasaje, pero únicamente en el caso de que se allane a regresar a su domicilio dentro de un término prudencial. No es una obligación indefinida a cargo del patrono, y no corre en su contra cuando el trabajador resuelve espontáneamente quedarse en el domicilio del trabajo para el que fue contratado y mucho menos cuando pasa al servicio de un patrono distinto, dentro de la misma localidad".

La declaración de Luis Carlos Borda (fs. 246 a 254) dice el impugnador, no apreciada por el Tribunal, demuestra que el demandante exigió los pasajes de regreso a Medellín para él y su familia.

Observa la Sala que, aun en el supuesto de que la declaración de Borda acredite lo que sostiene el recurrente, quedaría en pie, en pro de la tesis del Tribunal, la declaración de Torres Durán y la confesión provocada del actor, y estas dos últimas pruebas no son materia de ataque en la demanda de casación.

Por tanto, el error de hecho consistente en no dar por demostrado, estándolo, que Gálvez Velandia, al terminar el contrato, no tuvo el propósito de regresar a Medellín sino el de quedarse en Bogotá, resulta injustificado, por lo cual no viola la sentencia el artículo 57, ordinal 8º del CST.

Cesantía

La violación de los artículos 249 y 253 del C. del T. la funda el recurrente en que al actor no le fue cubierta la cesantía en su totalidad, pues no se le computó la remuneración por domingos y festivos en el lapso de tiempo comprendido entre marzo de 1954 y marzo de 1955.

En vista de que al examinar el cargo en cuanto a la súplica sobre pago de dominicales y festivos se llegó a la conclusión de que su rechazo por el Tribunal tiene fundamento legal, la Sala desecha el ataque por violación de las dos normas legales citadas, pues si el hecho en que se funda es inexacto, no puede conducir —lógicamente— a la consecuencia que señala la acusación.

Indemnización moratoria

Sostiene el cargo que fue indebida la aplicación del artículo 65 del CST. porque el Tribunal limitó la condena por salarios caídos al tiempo comprendido entre la terminación del contrato y la fecha

en que la sociedad consignó la suma de $ 481,56 como valor de prestaciones e indemnizaciones sociales insolutas, no obstante haber reconocido desde un principio la suma superior y saber que la deuda que le deduce al actor "era y es inexistente". Agrega que la suma consignada no guarda proporción con lo realmente debido.

La renuencia del patrono al pago de deudas a su cargo al terminar el contrato la deduce el impugnador del contenido de la primera audiencia de trámite y del memorial de excepciones de su apoderado (fs. 84 a 97), pruebas que el fallador no apreció incurriendo por tal motivo en error de hecho e infracción consiguiente de la disposición legal citada.

En sustentación del cargo arguye el recurrente que se puede ver en esos documentos que el mandatario de la sociedad, después de haber reconocido la existencia del contrato, "pretende borrar sus propias palabras y confesiones con una tesis tan peregrina que no resiste el menor análisis", actitud que coloca a la sociedad en situación precaria y demuestra que "su negativa al reconocimiento y pago de las prestaciones, salarios e indemnizaciones solicitados en la demanda no está respaldada en razones valederas sino en un capricho".

Observa la Sala:

Sobre el pago de perjuicios moratorios, dice el Tribunal:

"En la parte motiva de la sentencia de primer grado se indica que los salarios caídos se causan por la mora en efectuar la consignación entre el 16 de mayo y el 24 de mayo de 1955. Mas, la afirmación no se traduce en gravamen ilegal en la parte resolutiva por cuanto la mora sólo comprende ocho días, ya que el 24 de marzo se efectuó la consignación de lo que creyó deber la empresa, ajustándose en tal fecha a lo dispuesto por el artículo 65 del C. S del T., lo que equivale a la suma de $ 215,92 a razón de $ 26,99 por cada día de retardo, que es la misma cantidad a que se contrae la sentencia, por lo cual se confirmará".

La consignación de $ 481,56, hecha por la empresa en el Juzgado 7º del Trabajo de Bogotá, según la actuación que en copia obra en el proceso (fs. 349 a 352), tiene este antecedente:

La liquidación que de las prestaciones del actor hizo la compañía al terminar el contrato, contenida en la nota que con fecha 23 de marzo de 1955 le remitió. Según la liquidación, el sueldo promedio mensual es la suma de $ 809,60, y es la siguiente:

"Valor del preaviso	$ 1.214,52
"Valor de la cesantía	$ 1.990,47
Total	$ 3.204,99
"Saldo a su cargo a marzo 15/55 por anticipo de comisiones	$ 2.723,43
Diferencia ... ... $	481,56"

La Compañía consignó, pues, lo que estimó deberle al demandante, como lo sostiene el Tribunal. Cuando esto ocurre, no opera la sanción del artículo 65 del C. del T.

Si la deuda es de $ 3.204,99, según lo confiesa la sociedad, y no existe la obligación que ella descuenta a cargo del empleado, como lo asevera el recurrente, la suma de $ 481,56 resultaría inaceptable, pues según la jurisprudencia laboral el valor consignado debe guardar proporción con el monto real de las obligaciones patronales.

Debe anotar la Sala que la pretensión de la compañía, esto es, la de ser acreedora de su empleado de una obligación por anticipo de comisiones, tuvo acogida en el juicio ejecutivo que aquél promovió contra la Remington Rand, con base en la nota del 23 de marzo de 1955, del cual conoció el Juzgado 5º del Trabajo de Bogotá.

En efecto, obra en los autos (fs. 259 a 301) copia de la actuación a que dio lugar el juicio ejecutivo sobre cobro de la suma de $ 3.204,99. Entendió el Juzgado que de ese guarismo debía deducirse el de $ 2.723,43, por lo cual el auto ejecutivo (fs. 276 y 279) contiene la orden de pago por $ 481.56, diferencia entre las dos cantidades expresadas, monto real de la obligación en concepto del Juez del proceso en ejecución. Al decidir el recurso de apelación contra el mandamiento ejecutivo, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá (fs. 237 a 291) confirmó la resolución del inferior.

La creencia de la sociedad acerca del valor real de las deudas en favor de su empleado, tuvo, pues, fundamento atendible, ya que su pretensión mereció la acogida de la justicia del trabajo en el proceso de que se ha hecho mérito.

Basta lo expuesto para concluir que el ataque por violación del artículo 65 del CST., a causa de error de hecho, es inaceptable y, por lo tanto, se desecha.

La compensación

Se funda la violación del artículo 59, ordinal 1º del CST. y 1714 a 1716 del C.C., en que el Tribu-

nal reconoce una deuda en favor de la sociedad por $ 2.723,43, no establecida en el juicio.

Dice el impugnador que acreditan la inexistencia de la obligación:

La confesión provocada del gerente de la Compañía (fs. 109 a 122), no estimada por el Tribunal. Admite el gerente al contestar la pregunta 2ª de las posiciones, que la deuda en referencia no existe.

Las órdenes de pago de la sociedad para su Cajero (fs. 123 a 187), mal apreciadas por la sentencia. No prueban esos documentos que el demandante hubiera autorizado al patrono para descontar determinados valores de sus prestaciones sociales.

El dictamen pericial (fs. 312 a 340). También lo apreció con desacierto el Tribunal y, por no hallarse debidamente fundado, carece de mérito probatorio.

La Sala observa:

Acerca de la compensación, deducida como acción en la demanda reconvencional, dice la sentencia:

"Como el salario que se ha tomado proviene del examen de los libros de contabilidad de la demandada y la fe debida a ellos es indivisible, debe aceptarse también que el saldo a cargo de Gálvez que allí aparece tiene que servir de prueba, más si se tiene en cuenta que existía un anticipo de comisiones constantemente según los documentos reconocidos que obran a folios 123 a 187, los que se imputaban más tarde a las comisiones causadas".

Como se ve, el Tribunal no hace mérito del dictamen pericial, de manera que el reparo de haberlo apreciado mal, carece de fundamento. En el proceso el experticio se decretó y practicó como prueba anexa a la de inspección ocular sobre los libros de la Compañía. La inspección y la pericia son dos medios probatorios diferentes, que el legislador regula con independencia, a los cuales, en el proceso civil, atribuye mérito probatorio distinto. Aunque en el proceso laboral la valoración de la prueba se haga conforme a la persuasión racional, esta característica no influye en la separación entre la prueba pericial y la de inspección ocular. Que la ley deslinda ésta de aquélla lo demuestra con claridad el artículo 730 del C. J., al tenor del cual, el acta de inspección hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez, expresando, en cuanto al dictamen pericial, que su fuerza probatoria se aprecia conforme a las reglas dadas en el capítulo sobre peritos.

Según lo expuesto, el ataque sólo es atendible en cuanto a la mala apreciación de las órdenes de pago. Aceptando que la estimación probatoria del Tribunal sobre esos documentos sea equivocada, quedaría en pie, como soporte de la sentencia, la inspección judicial, más concretamente la conclusión a que llega derivada del examen de los libros que en la diligencia fueron examinados, a los cuales atribuye plena fe, no sólo en lo relativo al importe del salario que le sirvió de base para las condenas contra la Compañía, sino en cuanto acreditan la obligación a su favor que ordena descontar de las acreencias reconocidas al empleado. Si en la inspección ocular se examinaron realmente los libros y si ellos demuestran lo que el Tribunal afirma, son cuestiones sobre las cuales la Sala se abstiene de emitir concepto alguno, pues no habiéndose formulado acusación sobre la estimación probatoria de los libros, no le es permitido revisarla de oficio.

Es doctrina constante de la casación laboral la de que, para desquiciar la sentencia deben destruirse todos sus fundamentos. La exigencia es una carga que no ha sido satisfecha por el recurrente. Igual observación cabe hacer respecto del reparo según el cual la deuda a cargo del actor fue hecho aceptado por el gerente de la sociedad en posiciones. Sólo en el caso de haberse demostrado error de hecho en la estimación de los libros de comercio, habría lugar a examinar el ataque por desestimación de la prueba confesional.

Si la Sala hubiera tenido la oportunidad de revisar el juicio del Tribunal, habría preferido las conclusiones del fallo de primera instancia a las de aquél, pues las pruebas de que hace mérito el *ad-quem* no llevan al pleno convencimiento sobre existencia de la deuda a cargo del empleado, como lo sostiene con acierto la sentencia del juzgado *a-quo*. Con todo, la rectificación no conduciría a la prosperidad del cargo, pues la Corte, en instancia, aunque por razones distintas, habría llegado a la misma conclusión de la sentencia recurrida.

En efecto; en el juicio ejecutivo seguido por el demandante contra la sociedad, de que antes se hizo mérito, de la suma de $ 3.204,99, valor de la deuda reconocida por ella al actor, dedujo el mandamiento de pago la de $ 2.733,43, librando la ejecución por la diferencia ($ 481,56). El juicio

concluyó por auto de 19 de septiembre de 1955 (f. 300), el cual declara terminada la ejecución por pago de la suma que el mandamiento ejecutivo ordena cancelar, esto es, la de $ 481.56. Esa providencia, confirmada por el Tribunal, creó entre las partes una situación jurídica, invocada por ambas en el presente juicio y debidamente acreditada. Obliga a las partes la decisión de que se trata. No reviste ella, es verdad, el valor de cosa juzgada material, y bien habría podido solicitarse un pronunciamiento sobre su ineficacia. Pero como no se ha hecho así, en el presente juicio no habría podido la Corte, en instancia, desconocer sus efectos.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — **Roberto de Zubiría C.** — **Luis Fernando Paredes A.**— **José Joaquín Rodríguez.** — **Vicente Mejía Osorio,** Secretario.

INFUNDADA ACUSACION A UNA SENTENCIA QUE CONDENO A PAGAR UNA SUMA DE DINERO A FAVOR DEL DEMANDANTE, POR CONCEPTO DE SERVICIOS PRESTADOS COMO COMISIONISTA EN LA VENTA DE UN INMUEBLE DE LA DEMANDADA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., nueve de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Ante el Juez del Trabajo de Medellín el señor Francisco Uribe M., por medio de apoderado, promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra la señora Ofelia Uribe de Restrepo, para que por sentencia definitiva se condene a la demandada a pagar la cantidad de $ 5.000.oo, valor de los servicios que prestó como comisionista en la celebración de un negocio de permuta de inmueble, y las costas del juicio.

Refiere la demanda que el doctor Enrique Restrepo, como apoderado de su esposa Ofelia Uribe de Restrepo, confió a Francisco Uribe el encargo de que le vendiera o permutara la finca denominada "Rumichaca", situada en el municipio de Salgar (Antioquia), de propiedad de la nombrada señora Uribe de Restrepo: el comisionista le ofreció el inmueble a Félix Mejía Alvarez, quien propuso permutar la hacienda de "Rumichaca" por unos terrenos situados en el Municipio de Itagüi, de propiedad del proponente, entregando además la suma de $ 100.000.00; la propuesta fue aceptada por el apoderado de la señora Uribe de Restrepo y, en consecuencia, se celebró una promesa de venta, consignada por escrito, firmada por Félix Mejía, en su propio nombre, y Enrique Restrepo, como mandatario de su esposa; en cumplimiento de la promesa de contrato, se otorgaron las correspondientes escrituras públicas para su perfección; la gestión del comisionista Francisco Uribe quedó cumplida en su totalidad, en razón de la promesa de contrato entre las partes y su posterior ejecución; la demandada acepta el desempeño de la gestión encomendada al actor por su apoderado, habiéndose convenido como valor de la comisión la suma de $ 5.000.oo, cuyo pago le ha sido negado al demandante.

En derecho la demanda se apoya en las normas pertinentes de los Códigos Civil y de Comercio y en los Decretos 456 y 931 de 1956.

La respuesta a la demanda niega unos hechos y exige que los otros se prueben. Propuso la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandada y la de inepta demanda.

En primera instancia el litigio fue decidido por el Juzgado Quinto del Trabajo de Medellín mediante sentencia de fecha 8 de mayo de 1958, cuya parte resolutiva condena a la señora Ofelia Uribe de Restrepo a pagar a Francisco Uribe la cantidad de $ 5.000.oo "en razón de servicios personales prestados y como comisionista" y se abstiene de condenar en costas.

Apeló la parte vencida. Decidió la alzada la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín por sentencia de fecha 12 de junio de 1958, la cual confirma en su totalidad la de primer grado. Se abstuvo de condenar en costas.

Recurrió en casación la parte demandada. Concedido el recurso y tramitado en legal forma, la Corte pasa a decidirlo.

LA DEMANDA DE CASACION

Persigue el quebranto de la sentencia de segundo grado y, en su lugar la revocatoria de la de primera instancia, debiendo declararse la incompetencia de la jurisdicción del trabajo para conocer del juicio en que se han empeñado las partes.

Se funda el recurso en la causal primera de casación. Con base en ella formula dos cargos. En

vista de que en ambos se acusan como violadas unas mismas disposiciones, la Sala los estudia conjuntamente.

Primer cargo

Violación directa de los artículos 17, 76, 121 y 215 de la Constitución; 109, 151 y 448 del C. J.; 2º del Decreto 2158 de 1948; 1º del Decreto Ley 4133 de 1948, 27 de la ley 90 del mismo año, y los decretos 456 y 753 de 1956.

Para demostrar el cargo dice el recurrente:

Se consumó la infracción porque el Tribunal ignoró las normas citadas y por ello produjo la condena, que no se habría podido dar por falta de competencia si el fallador no hubiera desconocido los citados preceptos, a través de los cuales se llega a la conclusión de que la jurisdicción laboral no es competente para conocer de juicios sobre honorarios profesionales. Si bien es cierto que el artículo 17 de la Constitución dice que el trabajo es una obligación social y gozará de especial protección del Estado, no se puede ignorar que la protección se presta a través de entidades distintas según la clase de derechos que emanen del trabajo y la clase de éste que sirva de fundamento a la solicitud de protección, pues no es igual el trabajo subordinado al libre, ni el uno merece la misma protección que el otro, ni son idénticas las autoridades que dan cumplimiento a la protección, pues la especial se refiere al trabajo subordinado, ya que el libre está mezclado con algún capital y se produce a través de una empresa pequeña o grande.

Explica el quebranto de los demás preceptos que acusa, así:

Los decretos 456 y 753 de 1956 excedieron las facultades extraordinarias del estado de sitio, cuyo objeto es restablecer el orden público perturbado por la guerra exterior o la conmoción interior. Por tanto, el Decreto que no persiga ese fin carece de fuerza obligatoria, porque según el artículo 76 de la Constitución es función del Congreso hacer las leyes. Los dos decretos, dictados con apoyo en el artículo 121 de la Carta, se refieren a asuntos ajenos al restablecimiento del orden público, pues ni la conmoción interior fue producida por la forma como se venía conociendo de los negocios sobre honorarios profesionales, ni la perturbación se remediaba con el cambio de competencia sobre la materia; además, las normas de los decretos no son transitorias sino permanentes, por lo cual no corresponden a la naturaleza de las que puede dictar el gobierno en estado de sitio.

La sentencia desconoce los preceptos sobre competencia contenidos en el artículo 2º del Decreto 2158 de 1948, que señala los asuntos de que conoce la justicia del trabajo, decreto que tiene fuerza legal por mandato del artículo 1º del Decreto 4133 del mismo año, dictado en desarrollo de las autorizaciones otorgadas al órgano ejecutivo por la ley 90 de 1948 (artículo 27), normas que viola la sentencia al aplicar otras que no tienen la fuerza requerida.

Infringe la sentencia los artículos 109, 151 y 448 del C. J. sobre competencia del Juez del Circuito para conocer de los asuntos civiles de mayor cuantía, los cuales declaran improrrogable la competencia que se determina por la naturaleza del negocio y establece nulidad por incompetencia de jurisdicción.

La situación de incompatibilidad entre los preceptos constitucionales y los que pretenden ser leyes por virtud de una mala aplicación del artículo 121 de la Carta, está resuelta en el artículo 215 de la misma, al tenor del cual, en tal caso, debe preferirse el mandato de superior jerarquía.

Dice el impugnador que la tesis expuesta encuentra apoyo en la doctrina sustentada por la Corte en fallos de 28 de junio de 1956 y 5 de agosto de 1958.

La sentencia debe ser casada —concluye el cargo— porque la expidió un organismo incompetente que, además, aplicó un decreto inconstitucional.

Segundo cargo

Violación de las mismas disposiciones que relaciona el primero, por aplicación indebida.

Dice el impugnador que siendo contrarios a normas constitucionales los decretos de 1956, fueron aplicados indebidamente, pues se les dio una eficacia que no tienen, y se les aplicó cuando no regulaban la competencia para conocer de los juicios a que se refieren, ya que otras normas de vigencia cierta, determinan competencia distinta.

La parte opositora pide el rechazo de los dos cargos porque se refieren a normas constitucionales que califica de adjetivas, respecto de las cuales los preceptos de carácter legal no son susceptibles de incompatibilidad.

Se considera:

La cuestión jurídica que las acusaciones plantean ha sido ya decidida por esta Sala de la Corte en sentencia de 28 de febrero del corriente año, dictada en el juicio seguido por Juvenal Manjarrés Mejía contra Francisco Gaviria Arango, por lo cual, para su rechazo, bastan las razones expuestas en esa sentencia, que a continuación se transcriben:

"De los textos de la Carta política, se desecha la acusación en lo tocante a los artículos 76 y 121. No todas las normas de aquella pueden atacarse en casación, sino únicamente las que por virtud de su artículo 52 revisten a la vez el carácter de leyes sin perder el rango de superior jerarquía que ostentan. La limitación la explica así la Corte, Sala de Casación Civil, en doctrina acogida por la Casación del Trabajo: 'Las disposiciones de la Constitución Nacional no son susceptibles de la violación que da origen y procedencia al recurso de casación por el concepto de violación de la ley sustantiva porque aunque indudablemente tienen ese carácter por su jerarquía dentro de la ordenación jurídica, carecen de aplicabilidad inmediata y directa en las decisiones judiciales en forma que puedan hacerlas objeto de quebranto en las sentencias, en el sentido estricto que a este fenómeno reconoce el recurso de casación. Pero en tratándose de las disposiciones que sobre derechos civiles y garantías sociales integran el título III de la Constitución Nacional, sí es posible que sirvan de base a la casación, porque una disposición expresa ha bajado, por así decirlo, tales reglas, de la superestructura constitucional a la zona de la simple legalidad, por lo cual las normas contenidas en dicho título pueden ser materia de violación y dar lugar a la casación' (G. T. Tomo V):

"Eliminados de los dos cargos los artículos 76 y 121 de la Constitución, queda por examinar el ataque por infracción del artículo 17 de aquélla, el cual, por pertenecer al título III sobre derechos individuales y garantías sociales, contiene a la vez un mandato legal, incorporado al Código Civil, y el artículo 215 del Estatuto Fundamental.

"Como fácilmente se advierte de los razonamientos del recurrente, el quebranto del artículo 17 es consecuencia del que predica del 121, pues no habría ocurrido el de aquél si el gobierno, al expedir los decretos 456 y 931 (no el 753 que cita el impugnador) de 1956, no se desvía en el ejercicio de las facultades extraordinarias del estado de sitio. Guardando tan estrecha vinculación el desconocimiento del artículo 17 del que se afirma en relación con el 121, no es posible estudiar el cargo independizándolo. Así las cosas, la labor de la Sala se reduce a confrontar los decretos 456 y 931 con el artículo 17 de la Carta, para saber si son opuestos al mandato de éste y, de consiguiente, si era del caso no aplicarlo, en obedecimiento a lo prescrito en el artículo 215 de la ley suprema.

"No son aceptables los argumentos que el impugnador aduce para demostrar la violación del artículo 17. Habla éste de protección especial al trabajo independientemente de la persona que lo preste y de la naturaleza jurídica del vínculo entre ella y quien la reciba, sin hacer distinción entre trabajo libre y subordinado. Que la tutela de los derechos del trabajador independiente, antes de la expedición de los decretos, fuera del resorte de la justicia ordinaria civil, no lleva a la conclusión de que, por tal motivo, debe mantenerse el mismo régimen. El haber confiado esa tutela a la justicia del trabajo, como lo hacen los decretos, unificando la garantía jurisdiccional respecto a los dos modalidades del trabajo —autónomo y subordinado— no significa que aquellos violen el artículo 17 de la Ley Fundamental. Por el contrario, está más de acuerdo con la unidad de la materia, en sus líneas fundamentales, la unidad de trato legislativo, y más conforme con el genuino sentido del mandato constitucional que le impone al Estado el deber de otorgar protección especial al trabajo, cualquiera que sea su clase, y no simplemente el dependiente, como lo asevera el recurrente".

Por lo expuesto no prosperan los dos cargos.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C. — Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

NO PROSPERAN LOS CARGOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA CAUSAL PRIMERA SE HACEN A UNA SENTENCIA QUE ABSOLVIO A LA EMPRESA DEMANDADA EN RELACION CON UNAS PRESTACIONES RECLAMADAS POR SU CONTADOR

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., nueve de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Mariano Gaviria demandó, por la vía ordinaria laboral a la sociedad anónima, domiciliada en Medellín, denominada "Procesadora de Leches", para que por sentencia se la condene a pagarle: los perjuicios compensatorios, el reajuste de la cesantía, vacaciones y prima e indemnización moratoria.

Afirman los hechos de la demanda: que Mariano Gaviria se obligó a prestar servicios personales a la Sociedad desde el 1º de junio de 1955, como contador, con asignación mensual de $ 2.200,oo, según contrato de trabajo que con ella celebró; que por cambios en la administración de la sociedad provocó ésta la renuncia del trabajador, la cual no fue aceptada; que Gaviria fue reemplazado alegando la empresa que lo retiraba por vencimiento del plazo presuntivo, faltando tres meses.

En derecho la demanda invoca los artículos 47, 49, 64, 65 y 250 del C. del T.

En la respuesta a la demanda la sociedad se opone a sus pretensiones. Acepta como último sueldo del demandante el de $ 1.700,oo mensuales y observa que no fue contratado por ella sino por "Planta Central de Leches Ltda.", su antecesora en el dominio de la empresa; niega los demás hechos y afirma que a Gaviria le aceptó la compañía verbalmente la renuncia que presentó del cargo, y que aquél entró al servicio de su antiguo patrono el 28 de febrero de 1955.

En primera instancia decidió la litis el Juzgado 5º del Trabajo de Medellín por sentencia de fecha 16 de junio de 1958, por la cual condena a la sociedad a pagar a Mariano Gaviria la suma de $ 209.35 por concepto de reajuste de prima de servicios, y la absuelve de las demás peticiones de la demanda, sin costas.

Apeló la parte vencida. Decidió la alzada la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín por sentencia de fecha 5 de julio de 1958. La providencia confirma la de primer grado, excepto en cuanto a la condena por reajuste de prima de servicios, respecto de la cual la revoca. Se abstuvo de condenar en costas.

Recurrió en casación la parte demandante. Concedido el recurso y tramitado en legal forma, la Corte pasa a decidirlo.

LA DEMANDA DE CASACION

Suplica el **petitum** que la Corte case la de segundo grado en cuanto reforma la de primero. Se anota que no indica cómo debe sustituir el fallo de la Corte el del Juzgado **a-quo.**

Formula dos cargos contra la sentencia que acusa y aunque no lo expresa se deduce, por el desarrollo que de ellos hace, que invoca la causal primera de casación.

Primer cargo

Violación, por indebida aplicación, del artículo 24 del C. del T., y del 64 ibidem, por falta de aplicación, a causa de error de hecho.

Proviene el error de que el Tribunal dejó de apreciar la prueba corriente al folio 33, la cual demuestra la existencia entre las partes de un "contrato especial" anterior al de trabajo, cuyo objeto fué la atención técnica de la contabilidad de la empresa, o mejor la conversión de esa contabilidad, de tipo oficial, a otra de índole industrial.

"Como la sentencia reconoció que había contrato de trabajo según el artículo 25 del CST., negó la indemnización del artículo 64 de la misma obra, siendo que de conformidad con el documento comentado no hay contrato de trabajo durante el lapso al cual él se refiere. Con ello es suficiente para la infirmación de la sentencia".

Segundo cargo

Violación directa, por falta de aplicación, de los artículos 2063 y 2064 a 2066 del C. C., en relación con el artículo 24 del CST., por aplicación indebida.

Para demostrar el cargo, dice el recurrente:

Conceptúa la sentencia que se ha tratado de probar la falta de subordinación, cuando lo que se ha demostrado es la existencia de un contrato especial de empresa, en donde la subordinación no existe. La prueba del juicio estuvo encaminada a establecer que entre el 23 de febrero y el 1º de julio de 1955, hubo un contrato especial entre las partes, porque Gaviria estuvo encargado de orientar una actividad contable, pero también hay que tener en cuenta que debe hacerse relación al contrato de trabajo, indirectamente o por exclusión, ya que la presunción del artículo 24 citado así lo exige, sin que ello entrañe una prueba negativa de una presunción legal.

Con referencia al primer cargo el apoderado de la parte opositora anota que aquél parece deducir su afirmación de que la sentencia no tomó en cuenta el comprobante del folio 33 porque no lo menciona de modo explícito, sobre lo cual manifiesta que el fallador no tiene por qué hacer análisis especial de todos y cada uno de los elementos de prueba del proceso, pues importa el análisis global que de ellos realice.

En cuanto al segundo cargo sostiene el opositor que la sentencia no podía ser atacada sino a través de una acusación de error en la estimación de las pruebas, pues si no hubo un contrato de trabajo sino uno de confección de obra inmaterial, la equivocación del fallo "tuvo que ser originada por su consideración de la prueba". Pide en consecuencia que la Corte la rechace.

Se considera:

1.—La prueba que no apreció el Tribunal, según la acusación (f. 33) es el comprobante de contabilidad emanado de la compañía, de fecha 9 de septiembre de 1955, del cual aparece una orden de pago a los señores Alberto Velásquez y Mariano Gaviria por la suma de $ 4.000.oo, con esta razón contable: "Valor montaje contabilidad, conceptos fiscales y tres meses, marzo, abril y mayo trabajo de contabilidad".

Dice el Tribunal:

"El hecho de que se hubiese pactado un precio alzado por esa tarea inicial no borra el contrato de trabajo, porque para su existencia no importa la forma o denominación que se adopten (artículo 127 del Código) para el salario. La eventual violación de los períodos de pago consagrados en el artículo 134 tampoco destruye la naturaleza del salario. Y los mismos Gaviria y Velásquez afirman que recibieron la suma pactada en diversos contados, mientras estaban prestando el servicio".

Las consideraciones que preceden se refieren al documento que según el impugnador la sentencia no apreció. Por consiguiente, el reparo de que ésta incurrió en error de hecho por haberlo desestimado, carece de fundamento.

Sobre la cuestión que la acusación plantea en el primer cargo, expone la sentencia:

"El nudo del problema radica en determinar la la naturaleza de la relación entre las partes en el período de 28 de febrero de 1955 al 1º de junio del mismo. Para la Procesadora se trató de un contrato de trabajo. Para Gaviria de un 'contrato especial'. Porque en el primer evento el plazo presuntivo terminaba con la desvinculación. En el segundo, tres meses más tarde.

"Durante ese lapso Gaviria prestó sus servicios personales a la Procesadora en las labores ordinarias de contabilidad, mediante una remuneración. El mismo lo confiesa al absolver las preguntas 8ª y 11ª en posiciones (f. 36). Debe destacarse el hecho de que no se trataba tan sólo de una labor extraordinaria de organización de la contabilidad si no principalmente de llevar la contabilidad ordinaria de la empresa. Dado ese hecho se presume (artículo 24 del Código) la existencia de un contrato de trabajo entre las partes.

"Cómo se destruye esa presunción? Comprobando la existencia de un vínculo jurídico de otro orden que haya regido esa relación, dice el Tribunal.

"Cómo ha luchado el demandante en este juicio contra la presunción dicha que, según la posición aquí asumida, lo perjudica? En la demanda dice que se trataba de un contrato especial. Pero esta expresión, por su vaguedad nada dice, nada objeta, a nada conduce. Ya en el curso del juicio,

mediante el interrogatorio a testigos, se trató de establecer la no subordinación. Como es prueba imposible, según lo dicho arriba, el dicho de los testigos carece de valor probatorio. A tal punto, que sus afirmaciones, cuando alcanzan a salir del gracioso terreno del 'no estaba subordinado', se limitan a establecer la inexistencia de las manifestaciones objetivas de la subordinación (no había órdenes, no había horario) y ya se ha dicho que la falta de éstas no implica la ausencia de la facultad".

Examina en seguida la sentencia los testimonios de Laura Uribe (f. 23), Alberto Velásquez (f. 35) y Leonila Garvalho (f. 39) según los cuales en el primer período de servicios personales del actor (febrero a junio de 1955) no estuvo subordinado a la empresa porque de ella no recibía órdenes. Con todo, agrega la sentencia, afirma Velásquez que ellos (Gaviria y él) sí recibían 'algunas directrices por parte de los empresarios' y que 'los de la empresa sí estaban facultados para solicitar datos y ordenarle a Gaviria algo relativo a contabilidad'. Aparece en forma clara la facultad de dar órdenes y la existencia misma de éstas. No puede quedar duda alguna sobre la existencia del contrato de trabajo.

En el juicio no es materia de debate la existencia de un contrato de trabajo entre las partes entre junio de 1955 y febrero de 1958, sino en el lapso comprendido entre febrero y junio 1º de 1955. Para el Tribunal la relación laboral vinculó a los litigantes, sin solución de continuidad, desde febrero de 1956 hasta febrero de 1958, concepto que sustenta en la confesión provocada del actor y las declaraciones de que se ha hecho mérito, medios probatorios cuya estimación no ha sido materia de ataque por el recurrente. Por tanto, aún en el supuesto de que no hubiera apreciado el Tribunal el documento del folio 33, sirven de soporte suficiente a la decisión las demás pruebas de que se ha hecho referencia.

II.—El artículo 24 del C. del T. establece una presunción juris-tantum, es decir, se refiere a un medio probatorio, de manera que aún aceptando su quebranto por el Tribunal, ninguna incidencia tendría en la parte resolutiva de la sentencia.

No es atendible la acusación en cuanto afirma que la sentencia violó, por falta de aplicación, los artículos del Código Civil que cita el segundo cargo, porque la infracción de ellos no puede ser examinada sino en conexión con normas del derecho del trabajo de naturaleza sustancial. No sobra agregar que si durante determinado lapso de tiempo el contrato fue de obra y no de trabajo, la dilucidación del punto es cuestión de hecho, como bien lo anota la parte opositora, aspecto que no permite acusar infracción directa de la ley, según conocida jurisprudencia de la casación laboral. Por último, no acreditando las pruebas del proceso, rectamente apreciadas por el Tribunal, el contrato de obra que alega el recurrente, no tenía aquél por qué aplicar los artículos 2363 y 2054 a 2056 del C. C.

Por lo expuesto, no prosperan los cargos.

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C. — Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

NO HUBO VIOLACION DE LA LEY EN LA SENTENCIA QUE ABSOLVIO A UN CONSTRUCTOR DE PAGARLE AL DIRECTOR TECNICO DE LA OBRA LAS PRESTACIONES, SALARIOS E INDEMNIZACIONES QUE RECLAMABA

Estima el recurrente que el Juzgador apiró indebidamente el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, más lo evidente es lo contrario a tal afirmación. Como se deduce del contenido del fallo acusado, el Tribunal se vió precisado a abstenerse de dar aplicación a la presunción consagrada por la norma citada, no obstante estar demostrada la existencia de una relación de trabajo personal entre las partes, porque la confesión del demandante destruyó, o al menos enervó; la presunción —contrato de trabajo— que había podido deducirse del hecho indicador.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., diez de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Ante el Juzgado Segundo del Trabajo de Manizales, Germán Castillo Acevedo demandó, por medio de apoderado judicial, a Marco Cardona Velásquez, para que, por medio de un juicio ordinario de trabajo, de mayor cuantía, fuese éste condenado al pago de las sumas que resultaren por concepto de prestaciones, salarios e indemnizaciones, y, más exactamente, a las siguientes cantidades: mil setenta y un pesos ($ 1.071.oo) por auxilio de cesantía, seis mil ochocientos diez pesos ($ 6.810.oo) por razón de salarios no pagados, cuatrocientos cuarenta y seis pesos con veinticinco centavos ($ 446.25) por concepto de vacaciones, novecientos cincuenta y seis pesos con veinticinco centavos ($ 956.25) por prima de servicios, más la cantidad que resulte como indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones y salarios desde que se causó este derecho hasta que el pago se verifique y, las costas de la litis.

Como basamento de las pretensiones señaladas, la demanda contiene los siguientes hechos que a continuación se sintetizan: Que el señor Pedro Meza P., construyó, en la carrera 19 con calle 19 de la ciudad de Manizales, un edificio de su propiedad por intermedio del señor Marco Cardona Velásquez en calidad de contratista: que a su vez, el contratista Cardona Velásquez contrató al demandante para que le prestara sus servicios como director técnico de la obra: que el actor trabajó al servicio de Cardona V. como asalariado y en la construcción de la obra mencionada, durante 14 meses, desde el mes de julio de 1954 hasta el día 8 de octubre de 1955; que entre las dos partes se convino en un salario de setenta pesos semanales ($ 70.oo), más una participación en las utilidades de la obra, equivalente a un 30%; que el demandante recibió la remuneración semanal, más no así la participación pactada, ya que el demandado la ha negado; que según certificación del dueño del edificio, el contratista Cardona tiene recibido la cantidad de $ 314.000 oo por concepto del contrato citado y que aún se le adeudan $ 3.000.oo; que a la terminación de la relación laboral el demandante no recibió el pago de las prestaciones causadas; que el demandante aún le debe ese valor y el de la indemnización por el no pago oportuno, lo mismo que "los salarios no pagados equivalentes a la participación o el correspondiente reajuste que resulte entre el salario real y las sumas recibidas semanalmente a dicho título".

Como fundamentos de derecho citó los artículos 24, 34, 55, 57 ord. 4º, 65, 127 ss., 145 ss., 249 ss., 310 ss., del C.S.T. En cuanto a procedimiento, el código de la materia.

El demandado, por medio de procurador judicial constituído al efecto, contestó la demanda en su oportunidad legal. Se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas. En cuanto a los hechos, aceptó el 2º y negó los demás, agregando que no existió relación laboral entre las partes.

Propuso varias excepciones: la dilatoria de inepta demanda y como perentorias las siguientes: En forma principal, la que denominó "Inexistencia de contrato de trabajo", por estimar que no se reunían los requisitos esenciales para acreditar la existencia de un contrato de trabajo en la relación que existió entre las partes. Que ésta más bien estuvo regida por las normas del C. Civil que reglamentan el arrendamiento de servicios inmateriales (capítulo 9º, Título 26, Libro 4º, Art. 2063). Que el demandado fue el verdadero director técnico de la obra o edificación y que a Castillo se le encomendó "concurrir a la obra en los días que quisiera, en las horas que quisiera, en el momento que quisiera, a fin de asesorar al Director carpintero, u otro jefe de obra, en la interpretación y desarrollo de los planos".

En forma subsidiaria y para el evento de acreditarse en juicio la existencia de un contrato de trabajo, propuso, además, las excepciones de Pago, Pago por consignación, Petición de modo indebido, Compensación y lo que denominó "Genérica".

A su vez, Marco Cardona Velásquez presentó demanda de reconvención contra Castillo Acevedo, para que éste fuese condenado a pagarle "a título de reembolso o reintegro" los siguientes créditos: "a) Por concepto de avances a cuenta de prestaciones sociales $ 3.650.oo, b) Por concepto de avances a cuenta de remuneraciones $ 1.280.oo".

A manera de petición subsidiaria suplica que Castillo A. sea condenado al pago de cuatro mil novecientos treinta pesos ($ 4.930.oo) "a título de pago de préstamos hechos en tal cuantía, con causa y con ocasión de los servicios prestados".

En sus hechos refiere la demanda de reconvención que Castillo Acevedo "prestó servicios de orden inmaterial y de índole especial al señor Marco Cardona V."; que durante la prestación de los servicios y en razón o con motivo de los mismos, y con garantía de los créditos deducidos a favor de Castillo, le hizo avance a cuenta de "prestasiones sociales" en suma de $ 3.650.oo y $ 1.280.oo por concepto de salarios, esto es, $ 4.930 en total. Que en contestación de la demanda principal propuso la excepción de inexistencia del contrato y que, para el evento de que éste resultase probado, propuso también, como subsidiaria la de compensación, con tales créditos.

El libelo de reconvención fue contestado por el apoderado del demandante principal. En su respuesta acepta todos los hechos, con excepción del segundo, al cual observa, que en caso de probarse, no perjudica a su mandante ya que el avance a cuenta de prestaciones no está permitido en "nuestro derecho laboral". Agrega que tiene que oponerse naturalmenthe a las peticiones del libelo del reconvencionista porque: 1º.—Si a su mandante le fueron pagadas las prestaciones (lo que no considera cierto) lógicamente entre Castillo y Cardona tuvo que haber existido un contrato de trabajo, y por lo tanto no está obligado a restituir su valor, salvo que se le hubiese pagado una prestación no debida, y 2º.—Si las sumas pagadas fueron por avance de las prestaciones no tiene explicación la petición subsidiaria de que la condena se produzca "a título de pago de préstamos hechos".

El Juzgado Segundo del Trabajo del Circuito Judicial de Manizales, desató los negocios por sentencia de fecha 11 de mayo de 1956, cuya parte resolutiva es la siguiente:

"1º.—Se condena al señor MARCO CARDONA VELASQUEZ, mayor y vecino de Manizales, a pagar al señor GERMAN CASTILLO ACEVEDO, mayor y vecino de este municipio, tres días después de quedar ejecutoriada la presente sentencia, la suma de CUATRO MIL CINCUENTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($ 4.052.66), por los siguientes conceptos:

"A).—Por Vacaciones: Quinientos diecinueve pesos con veintiún centavos ($ 519.21);

"B).—Por Prima de servicios: Ochocientos cuarenta y un pesos con ochenta y dos centavos ($ 841.82);

"C). Por Salarios Indemnizatorios y por no pago oportuno de Prestaciones Sociales: Dos mil seiscientos noventa y un pesos con sesenta y tres centavos ($ 2.691.63).

"2º—Se absuelve al señor MARCO CARDONA VELASQUEZ, de las condiciones civiles ya anotadas, de todos los demás cargos y peticiones formulados en la demanda que ha sido materia de esta sentencia, por el doctor Arturo Gutiérrez Castro, apoderado legal del actor Germán Castillo Acevedo.

"3º.—Sin costas.

"4º.—Se declaran: sin fundamento legal las excepciones de: "Inexistencia del Contrato de Trabajo", "Petición de Modo Indebido", y la de "Compensación y la Genérica"; y probadas parcialmente las de: "Pago" y "Pago por consignación", propuestas por el doctor Hernando Villa Galvis, apoderado legal del demandado señor Marco Cardona Velásquez.

"5º.—Páguese por el Banco de la República, al doctor Arturo Gutiérrez Castro, quien tiene poder para recibir del actor Germán Castillo Acevedo, la suma de seiscientos quince pesos con treinta y nueve centavos ($ 615.39) a que se contrae el título Nº 30589 de 25 de noviembre de 1955, por tanto, líbrese el oficio de rigor a dicha entidad bancaria.

"6º.—De la suma a que se refiere el numeral 1º, la parte demandada, podrá descontar los $ 615.39, una vez reclamados por el doctor Gutiérrez Castro, por consiguiente, sólo quedará a favor del actor la suma de TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON VEINTISIETE CENTAVOS ($ 3.437.27), en razón del descuento del título de que trata el numeral 5º.

"7º.—Se absuelve al señor GERMAN CASTILLO ACEVEDO, mayor y vecino de Manizales, de todos los cargos y peticiones que formula en su contra el doctor Hernando Villa Galvis, a nombre del señor Marco Cardona Velásquez, y en la demanda de reconvención ya analizada".

Contra la sentencia anterior, interpusieron ambas partes el recurso de apelación, que el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales resolvió en fallo de 30 de noviembre de 1956, por el cual revocó el de primer grado y en su lugar absolvió a las partes de los respectivos cargos y peticiones. No hizo condenación en costas.

Contra el proveído del ad-quem, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso el recurso extraordinario de casación, que fue concedido y se ha tramitado legalmente. Se procede a decidir, previo estudio de la demanda y del escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

El recurrente aspira a lo siguiente:

"El presente recurso busca la casación total del fallo recurrido, para que la H. Corte como Tribunal de instancia dicte la resolutiva que en derecho corresponde, acogiendo parcialmente el fallo de primera instancia, con las reformas acordes con lo probado en el juicio. En consecuencia, la condena impetrada habrá de obedecer a la liquidación verificada con base en un tiempo de servicios de UN AÑO y VEINTE DIAS, entre el 16 de agosto de 1954 y el 4 de septiembre de 1955, y un salario promedio de $ 996.90 mensuales, o sea $ 33.23 diarios, y teniendo en consideración la circunstancia de tratarse de un trabajador de la construcción, como lo hizo el Juez de instancia, así:

A).—Auxilio de Cesantía .. .. .. $ 1.196.28
B).—Vacaciones .. .. " 519.21
C).—Prima de servicios .. .. .. " 841.82

D).—Salarios indemnizatorios por no pago oportuno de las prestaciones a razón de $ 33.23 por cada día de retardo a partir del 4 de septiembre de 1955, hasta cuando se verifique el pago.

"En subsidio pido a la H. Corte una vez casada la sentencia impugnada se confirme el fallo de primera instancia.

EXCEPCIONES: Declarar no probadas las excepciones propuestas, ni aún la de "pago por consignación", por haberse hecho en forma irregular. RECONVENCION. Absolver al señor Germán Castillo Acevedo de todos los pedimentos que le formula Marco Cardona Velásquez".

Cargo único

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L., el recurrente presenta un solo cargo. Acusa violación indirecta de la ley, por errónea apreciación de la prueba y dice que hubo "aplicación indebida de los artículos 22, 23 y 24 del C. S. del T., que condujo a la no aplicación de los artículos 65, 249, 253, 306, 309 y 310 de la misma obra".

En su desarrollo dice que, el sentenciador para fundamentar su decisión se limita "al análisis parcial de algunas manifestaciones hechas por el actor, al absolver el pliego de posiciones (fs. 56 y 60). Esta apreciación es errada por cuanto no atendió el Tribunal a las explicaciones hechas por el actor-confesante para aclarar la índole de la labor ejecutada personalmente por él en cumplimiento del contrato de trabajo. En efecto, explica el demandante que no tenía por qué someterse a órdenes, ni a jornada determinada, porque precisamente era él, en su carácter de Director-Técnico quien profería las órdenes para la ejecución de la obra, pero atendiendo en todo caso al convenio hecho con el contratista. Es decir, que existía por lo menos la subordinación jurídica, en el sentido de que el contratista Cardona Cardona estaba fa-

cultado para dar órdenes. Claro está que el trabajador gozaba de cierta autonomía, por lo mismo que su trabajo era técnico, para ejecutar la práctica de planos por él elaborados. Pero existen en el plenario otras pruebas que no fueron apreciadas por el Tribunal, y que acreditan la existencia del contrato de trabajo, y particularmente el vínculo de subordinación o dependencia".

Señala, a continuación, como pruebas dejadas de apreciar las siguientes: **Documentos.** La certificación de Pedro Meza dueño de la obra (fs. 2v y 60) y las presentados en la diligencia de inspección ocular de folio 71. **Confesión.** La hecha en el escrito de contestación de la demanda principal (fl. 12) y en la demanda de reconvención (fl. 15), en posiciones rendidas por el demandado Marco Cardona, pregunta sexta (fl. 38); en el cuestionario del pliego de peticiones formulado por el demandado al actor (fs. 52 y 53); en las posiciones absueltas por el demandado Cardona de absolución de posiciones (sic) (fl. 67 y vuelto). **Como testimonios,** los rendidos por el doctor Alberto Mejía Marulanda (fl 31 v.), doctor Carlos Gónima (fs. fi v. y 33), Jorge Nariño (fl. 34 v.), Antonio Gregory (fs. 4 v. y 35), José J. Naranjo Hurtado (fl. 54 v.), Pedro Meza (fl. 60), Antonio Márquez (fl. 63 v.) y José J. Arango (fl. 65) y, por último, la inspección ocular de folios 75 y es.

Argumenta que "por apreciar mal unas pruebas y dejar de apreciar otras, que se dejan puntualizadas, el Tribunal aplicó indebidamente las disposiciones que definen el contrato de trabajo, y la presunción que entraña toda relación laboral artículos 22, 23 y 24 del C. S. del T. y esta violación fue determinante de la no aplicación de las normas que consagran las prestaciones sociales e indemnizaciones a que tenía derecho el trabajador demandante, y que se citan en el cargo. De atender rectamente el análisis de las pruebas relacionadas, el Tribunal seguramente hubiera llegado a una conclusión contraria a la que se recoge en el fallo impugnado, pues ciertamente existe en autos la prueba evidente de la existencia del contrato de trabajo, con todos sus elementos integrantes; actividad personal, continuada subordinación o dependencia y remuneración".

Agrega que en cuanto al segundo de los anteriores elementos, importa destacar que la Jurisprudencia se ha orientado por los cauces de las teorías modernas de exigir el vínculo jurídico por ser de derecho la relación laboral, y que por lo tanto la dependencia o subordinación debe ser también jurídica, "con abstracción de los términos de dependencia técnica o económica".

Se considera:

El problema fundamental que se discute en el sub-lite, es el de saber si entre las partes existió, o no, un contrato de trabajo. El demandado Marco Cardona Velásquez, desde la contestación de la demanda y a todo lo largo del proceso, de manera principal ha sostenido la inexistencia de una relación jurídica de tal naturaleza que lo hubiera vinculado con Gérmán Castillo Acevedo. Si bien ha aceptado que éste le prestó servicios con ocasión de la construcción de un edificio que como contratista construyó para el señor Pedro Meza P., en cambio ha sostenido, en forma invariable, que tales servicios no fueron subordinados sino independientes.

En dicha falta de subordinación o dependencia del demandante Castillo Acevedo respecto del demandado Marco Cardona Velásquez es, precisamente, en lo que se basa el **ad-quem** para estimar que entre los dos no existió un contrato de trabajo y, en consecuencia, para revocar la sentencia del Juez **a-quo** y absolver al demandado de todos los cargos formulados por el actor en su libelo inicial. El Tribunal no desconoce, sino que antes bien acepta, que entre las partes trabadas en el litigio existió una relación de trabajo personal y que ese trabajo fue remunerado. Consideró también, en principio, la posibilidad de que tales elementos establecidos en el juicio, pudieran conducir, a la aplicación del artículo 24 del C.S.T., reconociendo la existencia de un contrato de trabajo y los derechos y prestaciones que de él se derivan, solicitados en la demanda. Empero, su conclusión tuvo que ser adversa como resultado del examen y valoración de una prueba que estimó fundamental en el proceso para acreditar que dicha relación de trabajo no fue subordinada y que, por consiguiente, no existía contrato de trabajo entre las partes, por faltar uno de los elementos esenciales que lo configuran, conforme a la previsión del artículo 23 ibidem. Esa prueba que constituye el soporte principal de la decisión, se identifica con la confesión del demandante realizada en el juicio al absolver las posiciones que le formuló Marco Cardona Velásquez, especialmente la contenida al responder los interrogatorios del pliego respectivo, en la parte que se transcribe por el Tribunal.

Dice el recurrente que las posiciones absueltas

por Castillo fueron erradamente apreciadas por el ad-quem que se limitó a efectuar un análisis parcial de algunas manifestaciones hechas por el actor, pero sin atender a sus explicaciones que aclaran la índole de la labor que le correspondió ejecutar personalmente.

En dicha diligencia consta que el demandante Castillo Acevedo acepta que, en asocio del doctor Carlos Gónima, tiene y ha tenido instalada desde hace tres años una oficina de "ingeniería, arquitectura y construcción" para servir al público que solicite sus servicios; que en esa época se construyó el edificio para don Pedro Meza P., contratado por Cardona Velásquez y a que se refiere la demanda, y que prestó "sus servicios a la obra de autos, como director técnico, contratado directamente por el contratista Marco Cardona Velásquez". (Respuesta a las preguntas 1ª, 2ª, 5ª y 6ª del pliego de posiciones). Aparecen luego, los interrogatorios y respuestas que textualmente se transcriben así:

"OCTAVA: Diga, cómo es cierto, sí o no, que en el desempeño de tal asesoría Ud. visitaba con alguna frecuencia la obra de construcción del edificio de don Pedro Meza, determinado en la demanda? CONTESTA: No es cierto y explico: Varias veces al día en mi calidad de director-técnico de la obra, visitaba ésta; pero no en calidad de asesor de Marco Cardona. Leída la aprueba.

"NOVENA: Diga cómo es cierto, sí o no, que Ud. no tenía que ir a una determinada hora a tal obra, ni fue convenio presentarse a determinada hora en ella? CONTESTA: Es cierto. Leída la aprueba. DECIMA: Diga cómo es cierto, si o no, que tampoco fue convenio el que Ud. debía presentarse determinados días a la obra? CONTESTA: Es cierto. Leída la aprueba. UNDECIMA: Diga cómo es cierto, si o no, que en su asesoría de interpretación de los planos arriba mencionados Ud. no tenía que acatar órdenes de ninguna clase de don Marco Cardona? CONTESTA: Es cierto y explico: no tenía que ir a una determinada hora a tal obra, Cardona, porque este señor fue precisamente quien me contrató para que dirigiera la obra técnicamente y como tal me porté, yendo a la obra casi todos los días, durante el tiempo que duró su construcción. En consecuencia, interpreté los planos y los llevé a cabalidad oportunamente; no como asesor de Marco Cardona, sino como DIRECTOR-TECNICO de la obra. Leída la aprueba... DECIMA-TERCERA: Diga cómo es cierto, si o no, que en la asesoría de los planos de la edificación ya dicha, Ud. no tenía que someterse al cumplimiento de una jornada de trabajo? CONTESTA: Es cierto y explico. No me tenía que someter a una jornada determinada de trabajo, por cuanto era el Director-técnico de la obra, la cual para llevarla a feliz término, necesitaba de mi constante atención y cuidado. No fuí en ningún momento, asesor del contratista. Leída la aprueba... DECIMA-SEXTA: Diga como es cierto, si o no, que a Ud. no le ordenaba Marco Cardona que debía de trabajar de determinada manera o modo en la obra, o en determinado oficio? CONTESTA: No es cierto y explico: El señor Cardona, no me ordenaba la manera o forma como yo tenía que trabajar; ya que como Director-Técnico por él (Cardona) fuí contratado y lógicamente yo debería saber mi oficio al cual fuí directamente comprometido con Cardona-contratista de la obra. Leída la aprueba. DECIMA-SEPTIMA: Diga cómo es cierto, si o no, que tampoco le ordenaba Marco Cardona la elaboración de determinada cantidad de trabajo? CONTESTA: Es cierto y explico: El señor Marco Cardona, no tenía por qué ordenarme determinada cantidad de trabajo, pues mis funciones se limitaban a ser Director-Técnico de la obra, y debía cumplirlas en conformidad con el contrato que hice con el señor Marco Cardona. Leída la aprueba".

La simple lectura de la diligencia de absolución de posiciones del demandante, en la parte que se deja reproducida, conduce, sin esfuerzo alguno, a la conclusión de que las actividades desarrolladas por Castillo Acevedo de que dan cuenta los hechos relacionados en la demanda y en favor de Cardona Velásquez, fueron únicamente las que corresponden a un trabajador independiente, las que, por tanto, son ajenas al contrato de trabajo. Es la propia confesión del demandante que así lo establece sin lugar a dudas y sin que a esta declaración de la parte interesada, a quien sólo perjudica su dicho, pueda oponerse válidamente la prueba testimonial que cita el recurrente, además de que, en punto a la demostración del elemento subordinación, dicha prueba es negativa o a lo menos muy deficiente.

El testimonio del señor Pedro Meza P. (ft. 2), ratificado en el juicio mediante declaración que obra al folio 60, sólo sirve para reafirmar lo que no se discute en el juicio, o sea, que el demandante prestó servicios personales al demandado. La diligencia de inspección ocular, acredita los pagos hechos al demandante por sus servicios a

Cardona Velásquez. Los escritos de contestación de la demanda principal y el contentivo de la de reconvención, se ha dicho antes, afirman de manera principal, la ausencia de subordinación del demandante respecto al demandado en el desempeño de las actividades que aquél desarrolló en beneficio de éste. Del contenido de las preguntas del pliego de posiciones que Cardona Velásquez formuló al demandante durante el juicio, y especialmente de la 6ª, 7ª, 8ª, 14ª y 20ª que el recurrente cita en el cargo, tampoco se desprende la prueba del vínculo de subordinación o dependencia en las relaciones de trabajo que existieron entre las partes. Precisamente, esas preguntas sirvieron para que el demandante confesara, al absolverlas, su absoluta independencia en el desempeño de sus actividades.

Finalmente, el recurrente estima que se aplicó indebidamente el artículo 24 del C.S.T. por el **ad-quem**. Más lo evidente es lo contrario a tal afirmación. Aunque no lo dice expresamente pero sí lo sugiere el fallo acusado, el Tribunal se vió precisado a abstenerse de dar aplicación a la presunción consagrada por la norma citada, no obstante estar demostrada la existencia de una relación de trabajo personal entre las partes, porque la confesión del demandante destruyó, o al menos enervó, la presunción —contrato de trabajo— que hubiera podido deducirse del hecho indicador.

No resulta, de lo expresado anteriormente, el error de hecho que el recurrente atribuye a la sentencia del Tribunal, ni menos con las características de evidente o manifiesto que requiere la ley para que pueda quebrantarse el fallo impugnado. Tampoco aparece demostrada la violación de las normas legales invocadas en el cargo. Por tanto, no prospera la acusación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — **Roberto de Zubiría C.** — **Luis Fernando Paredes A.** — **José Joaquín Rodríguez.** — **Vicente Mejía Osorio**, Secretario.

LA SALA DECLARA MAL DENEGADO POR EL TRIBUNAL EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR EL DEMANDADO CONTRA LA SENTENCIA QUE LO CONDENO AL PAGO DE UNOS SALARIOS, PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES

La actora pidió en el libelo inicial el pago de los salarios insolutos durante todo el tiempo de servicio, la remuneración de horas extras diurnas y nocturnas, primas de servicio, compensación en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas, suministro de zapatos y delantales, auxilio de cesantía e indemnización moratoria, y señaló, como cuantía de la demanda, la cantidad fija de $ 3.800.oo. No obstante, hecha la liquidación de las peticiones principales, se obtiene un total de $ 6.179.50. Siendo, pues, la estimación que hizo la demandante, inferior a la que se deduce de los hechos y acciones que ella misma plantea, tiene cabida el recurso de casación y en tal virtud deberá declararse mal denegado por el fallador de segunda instancia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., marzo once de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo)

En el juicio seguido por Sagrario Gaona de Merchán a Antonio José Sáenz, el apoderado de éste interpuso recurso de casación contra la sentencia que profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja —Sala Laboral—, mediante la cual se puso fin a dicho juicio en segunda instancia.

El Tribunal negó el recurso, por estimar que la cuantía no alcanza a la exigida por la Ley (artículo 9º del Decreto Extraordinario 1.762 de 1956), ya que la actora la fijó, en el libelo inicial, en la suma de $ 3.800.oo.

El apoderado del demandado solicitó reposición del auto denegatorio, alegando que la fijación que hizo la demandante es inferior a la real, y en subsidio pidió la expedición de las copias necesarias para recurrir de hecho ante la Corte.

El sentenciador no accedió a reponer su proveído; en atención a que "La estimación hecha en la demanda en la cantidad de $ 3.800.oo, da a entender claramente que el propósito del actor no fue simplemente el de señalar una cantidad para efectos de la competencia por razón de la cuantía, sino el de fijar concretamente el valor de la acción"

El doctor Marco Naranjo López, obrando como apoderado sustituto del demandado, y a quien se le reconoce personería en este mismo auto, ha presentado dentro del término legal, las copias correspondientes, y con ellas un escrito en que solicita que se conceda el recurso de casación interpuesto por la parte que representa. Sostiene al efecto que el argumento en que se apoyó el fallador carece de validez, porque ni del Decreto 1.762 de 1956 ni de la Jurisprudencia de esta Sala de la Corte, puede inferirse de modo absoluto que la cuantía fijada por el actor en el libelo inicial, sin objeción del demandado, determina la posibilidad de conceder el recurso de casación, y que al contrario, conforme a providencias que cita, la cuantía de la demanda, para efectos del recurso de casación, no es la que señale el demandante sino la que surja de la relación entre el petitum y la causa petendi.

Aplicando este criterio al caso de autos, el apoderado del recurrente observa lo siguiente:

"Esta cuantía es, sin duda, una suma mayor, no sólo de cuatro mil pesos ($ 4.000.oo) sino mucho

mayor de $ 10.000.oo, como se deduce del hecho de que se reclaman según la demanda los salarios, ordinarios y de horas extras diurnas y nocturnas, correspondientes a treinta y dos años consecutivos de trabajo, el pago de los días festivos, vacaciones, primas de servicio, zapatos, delantales correspondientes también a todo ese tiempo, y, además, la indemnización por falta de pago o sea por mora en el pago de salarios y de prestaciones sociales desde el mes de noviembre de 1956. Para verlo así basta con tener en cuenta que, por el sólo concepto de salario ordinario correspondiente al tiempo trabajado entre la fecha de la expedición del decreto 3871 de 1949 que fijó el salario mínimo de dos pesos ($ 2.oo) diarios y la fecha en que dice el demandante que fue despedido-liquidado con base en esas disposiciones sobre el salario mínimo (decreto citado y los decretos 71 de 1950 y 2.214 de 1956), tenemos una suma mucho mayor de los cuatro mil pesos".

Anota luego que según la sentencia de primera instancia, la cuantía excede de $ 4.000.oo, "porque se condenó a mi mandante a pagarle a la demandante el salario correspondiente a un período que comenzó en julio de mil novecientos cuarenta y ocho y terminó en noviembre de 1956 (1948 a 1956) o sea en período mayor a ocho años de servicio, y no sólo el salario ordinario sino, además, el correspondiente a una hora extra diurna y a otra hora extra nocturna, y, además, la cesantía correspondiente a ese mismo período". Y añade que el fallo de segunda instancia también sobrepasa la cuantía mencionada, puesto que "condena, de una parte, a pagar la suma de $ 1.750.50 "por conceptos de salarios insolutos, trabajo nocturno, cesantía, prima de servicio y vacaciones", y de otra parte, a pagar tres pesos con cincuenta centavos ($ 3.50) diarios desde el día 1º de noviembre de 1956 "por concepto de indemnización por mora en el pago de las deudas laborales". Esta última indemnización liquidada únicamente hasta el día de la presentación de la demanda, o sea hasta el 9 de diciembre de 1958 (769 días), vale la suma de dos mil quinientos cincuenta y cinco pesos ($ 2.565,oo) que sumada a la anterior, da un total de cuatro mil trescientos cinco pesos con cincuenta centavos ($ 4.305.50)".

Para resolver se considera:

La actora pidió en el libelo inicial el pago de los salarios insolutos durante todo el tiempo de servicios, teniendo en cuenta el salario mínimo legal, la remuneración de horas extras diurnas y nocturnas, primas de servicio, compensación en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas, suministro de zapatos y delantales; auxilio de cesantía e indemnización moratoria.

En uno de los hechos afirma que los servicios fueron prestados en labores de campo durante un lapso aproximado de 32 años, hasta el mes de noviembre de 1956.

Así, pues, la cuantía de este negocio, teniendo en cuenta el petitum de la demanda, es la siguiente:

Salario mínimo desde el 1º de octubre de 1956 hasta el 30 de noviembre del mismo año a razón de $ 3.oo diarios (Decreto 3871 de 1947 y 71 de 1950)	$ 3.190.00
Salario mínimo desde el 1º de enero de 1950 hasta el 30 de septiembre de 1956, a razón de $ 2.00 diarios (Decreto 2214 de 1956)	$ 180.00
Auxilio de cesantía suponiendo que la empresa ganadera en la cual prestó servicios la demandante no tenía un capital superior a $ 80.000.oo ni un número de trabajadores que excediera de cincuenta, antes del 1º de enero de 1951, ni un capital superior a $ 60.000.oo después de esta fecha (artículo 13 de la ley 6ª de 1945, ordinal 4º y 452 del CST.), a razón de 15 días de salario por cada año de servicio, en 5 años y 11 meses	$ 265.25
Compensación en dinero de vacaciones en dos años	$ 90.oo
Calzado y delantales. Se trata de obligaciones en especie cuyo importe no fija la ley.	
Horas extras. No se indica el número de horas extras trabajadas en exceso sobre la jornada legal.	
Primas de beneficio y de servicio de 1951 a 1956 (5 años 11 meses a razón de $ 45.oo por año	$ 236.25
Indemnización moratoria desde la terminación del contrato en noviembre de 1956 hasta el 9 de diciembre de 1958, fecha de la presentación de la demanda (2 años y 9 días)	$ 2.187.oo
Total	**$ 6.179.50**

En la demanda, la cuantía fue señalada en la cantidad fija de $ 3.800.00 que, como se ve, difiere notoriamente de la que resulta del valor total de las peticiones principales, según la anterior discriminación.

Sobre este particular, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en auto del 5 de mayo de 1954, que en lo pertinente acoge esta Sala, se expresó así:

"En numerosas providencias ha dicho esta superioridad que, para determinar la cuantía de un juicio, debe atenderse al valor de las acciones instauradas; y que si en el libelo se señala uno determinado y él no es objetado, ni se profiere un fallo ultra o extra petita que lo modifique, dicha estimación rige en principio para todos los efectos, inclusive el de la viabilidad del recurso de casación. Pero si del estudio de la acción o acciones aparece claramente un valor superior al indicado, este recurso es procedente por cuanto las reglas legales que lo configuran no pueden supeditarse al error de tal señalamiento o al cálculo o deseo de alguno de los litigantes o de ambos" (Aída Silva contra Juan Manuel Dávila Barreneche).

En el asunto sub-júdice, siendo la estimación que hizo la demandante en suma fija, inferior a lo que se deduce de los hechos y acciones que ella misma plantea, tiene cabida el recurso de casación, en virtud de lo cual deberá declararse mal denegado por el fallador de segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral— declara MAL DENEGADO el recurso de casación que interpuso el apoderado de Antonio Sáenz contra la sentencia del 29 de noviembre de 1960, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja —Sala Laboral—, en el juicio seguido por Sagrario Gaona de Merchán al recurrente, y en consecuencia, ordena el envío del expediente a esta Sala.

Por la Secretaría, líbrese el despacho correspondiente con los insertos del caso.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C. — Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NO HUBO ERROR, NI EN LA INTERPRETACION DE LA LEY NI EN LA ESTIMACION DE LOS HECHOS, EN LA SENTENCIA QUE CONDENO AL DEMANDADO A PAGAR A SU TRABAJADOR CIERTA SUMA, A TITULO DE INDEMNIZACION MORATORIA

1.—Según el derecho de casación, la violación legal de un texto legal sustantivo, por el concepto de errónea interpretación, es ajena a toda cuestión de hecho y, por consiguiente, a cualquiera actividad de valoración probatoria. Ello es así porque la labor interpretativa se realiza sobre la hipótesis legal, no sobre los supuestos de hecho que puedan considerarse incluídos en ella.

2.—De la buena fe se ha valido la jurisprudencia para eximir al patrono de la sanción prevista en el artículo 65 del C. del Trabajo, sobre indemnización moratoria. Se ha dicho por ella que cuando el patrono niega la existencia del contrato de trabajo con razones valederas y por ese motivo no paga ni consigna lo que en el juicio le reclama el trabajador por salarios o prestaciones sociales, y así lo demuestra en el proceso, puede el juzgador eximirlo de la sanción establecida en el ordenamiento legal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E. quince de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Estanislao Marulanda promovió juicio ordinario laboral contra Tulio Villegas Jaramillo, para que por sentencia se le condene al pago de lo que se demuestre en el juicio, por estos conceptos: cesantía, vacaciones, primas de servicio, zapatos y overoles, remuneración por descansos dominicales y festivos, indemnización compensatoria y moratoria y costas del juicio.

Refiere la demanda que el actor prestó servicios personales a Tulio Villegas J., en una finca de propiedad de éste, denominada "Argentina", como Asistente de los Trabajadores, durante el período comprendido entre el 1º de marzo de 1954 y el 10 de septiembre de 1955, habiendo convenido las partes un salario diario de $ 3.95; que en la última de esas fechas el empleado fue despedido ilegalmente, sin que el patrono le hubiera cubierto sus prestaciones sociales, a lo cual se negó.

Se apoyan las acciones en las normas pertinentes del C. del T.

La respuesta a la demanda niega los hechos en que se funda y expresa que el demandante, en la finca Argentina, fue un trabajador ocasional y contratista independiente. Propone el demandado las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción.

En primera instancia terminó la litis por sentencia de fecha 18 de agosto de 1958, dictada por el Juzgado Segundo del Trabajo de Medellín. La decisión condena a Tulio Villegas Jaramillo a pagar a Estanislao Marulanda las sumas de dinero que detalla por cesantía, vacaciones y remuneración de descansos festivos-religiosos, cuyo importe es la suma de $ 403.60. Dispone además la providencia que el demandado suministre al actor tres pares de zapatos y tres vestidos adecuados, de acuerdo con el trabajo desempeñado; lo condena a pagar las costas del juicio y fija como agencias en derecho a su cargo la suma de $ 100.00. Por último absuelve a Tulio Villegas de las demás peticiones de la demanda.

Apelaron ambas partes. Resolvió el recurso de alzada la Sala Laboral del Tribunal Superior

de Medellín por sentencia de fecha 4 de septiembre de 1958. La resolución confirma las condenas del fallo de primera instancia por cesantía, vacaciones, primas de servicio y remuneración por descansos en días festivos, reduciendo la cuantía de todas, menos la fijada por vacaciones. El valor total es la cantidad de $ 321.97. La condena en especie por calzado y overoles la sustituye por la de su pago en dinero, cuyo importe es la suma de $ 28.00. Adiciona la decisión de primera instancia con la condena al pago de la suma de $ 3.192.00, a título de indemnización moratoria. Declara probada parcialmente la excepción de prescripción y concluye así el fallo del Tribunal: "queda en estos términos confirmada, revocada y reformada, en parte, la sentencia proferida en este juicio el 18 de agosto de 1958, por el Juzgado Segundo del Trabajo de Medellín".

Recurrió en casación la parte demandada. Concedido el recurso y debidamente preparado, la Corte pasa a decidirlo.

La demanda de casación

Persigue el quebranto de la sentencia del Tribunal y, en su lugar, la absolución del demandado en cuanto a la "indemnización por mora en el pago de prestaciones sociales".

Invoca el recurso la causal primera de casación. Con base en ella formula un solo cargo, que la Sala examina a continuación.

Sostiene el recurrente que el fallo del Tribunal viola el artículo 65 del CST., por errónea interpretación.

En apoyo del cargo cita el recurrente decisiones de la casación laboral sobre el alcance del indicado precepto, y se vale de ellas para decir que para su aplicación se requiere "la existencia o consideración de mala fe por parte del patrono en la mora"; que cuando éste ha discutido con razones serias la existencia del contrato, queda descartada la mala fe generadora de la sanción.

En el presente juicio —afirma el impugnador— Villegas negó en la respuesta a la demanda la relación de trabajo con el actor, pues sostuvo que éste fue trabajador intermitente en ocasiones, y en otras, contratista independiente, modalidades jurídicas probadas en el juicio con la confesión provocada del actor, como resulta de la respuesta a las preguntas tercera y cuarta de las posiciones que absolvió. Agrega que la alegación anterior no la aduce para demostrar la calidad de contratista independiente atribuida al demandante, pues el cargo se dirige a impugnar la sentencia por errónea interpretación del artículo 65 ya citado, ya que lo aplicó para condenar a Villegas al pago de salarios caídos, desatendiendo la doctrina de la Corte relativa a la exoneración de responsabilidad del patrono cuando media su buena fe que acepta la estimación probatoria del Tribunal, para determinar la vinculación de Marulanda, pero haciendo presente que "el demandado tuvo sólido fundamento para considerar a su trabajador como contratista independiente e intermitentemente como trabajador a jornal, y de allí su creencia, enteramente de buena fe, de no adeudarle las prestaciones sociales reclamadas en el juicio". Otra prueba, arguye el recurrente, de la buena fe del demandado, es el hecho de la consignación que hizo al serle notificada la demanda en cuantía aproximada a las condenas del fallo recurrido por cesantía, vacaciones, primas de servicio y descanso en días festivos, lo que demuestra "la ninguna intención de eludir el pago de aquello a que legalmente estuviere obligado si la justicia así lo estimaba".

Sobre el punto a que la acusación se refiere, dice el Tribunal:

"Ha dicho esta Sala que sólo procede la indemnización por mora desde el momento en que el patrono ha tenido oportunidad de pagar las prestaciones debidas, oportunidad que se presume coetánea a la desvinculación cuando ha ocurrido por despido. Pero no es que se requiera el despido para que corra, desde la desvinculación, la mora. También procede desde ese momento la sanción, aún existiendo retiro voluntario, en el evento de que el trabajador notifique previamente que habrá de retirarse en tal fecha futura (pues así pone al patrono en condiciones de pagar), o cuando hace reclamación expresa de sus prestaciones al momento de retirarse. Este último fenómeno fue el ocurrido en el presente caso, según lo confesado al formular la pregunta 14ª en posiciones (f. 14). Si el patrono ofreció pagarle (al trabajador) sus prestaciones en el momento en que Marulanda se retiró voluntariamente, fue porque tuvo conciencia en ese momento de que las debía y que las podía pagar. Si el trabajador se negó a recibir, esa conducta negativa no exime al patrono de la indemnización moratoria, ya que en tal evento, que está previsto expresamente por el artículo 65, ha debido consignar. Como no lo hizo entonces, desde la desvinculación se contará la mora, a razón del salario de

un día por cada uno transcurrido hasta la consignación, el 18 de abril de 1958, de la suma que creía deber".

Se considera:

La significación que para el Tribunal tiene la regla contenida en el artículo 65, no se aparta de su verdadero y recto entendimiento, como se deduce de los conceptos antes transcritos. Por tanto, la afirmación de que violó la norma, por errónea interpretación, carece de fundamento.

Además, según el derecho de casación, la violación de un texto legal sustantivo, por el concepto mencionado, es ajena a toda cuestión de hecho y, por consiguiente, a cualquiera actividad de valoración probatoria. Ello es así porque la labor interpretativa se realiza sobre la hipótesis legal, no sobre los supuestos de hecho que puedan considerarse incluídos en ella.

Ahora bien: la infracción del artículo 65, como se deduce de la acusación, toma por base la actitud asumida por Tulio Villegas al contestar la demanda, afirmándose que aquél no aceptó el contrato de trabajo, causa de hecho de la acción deducida en el juicio, pues para Villegas el actor fue trabajador ocasional y, además, contratista independiente, extremos que según el impugnador están probados en el juicio. Esta manera de discurrir le resta eficacia al cargo por errónea interpretación del artículo 65 citado, pues no aparece fundada en equivocada inteligencia de su contenido, sino en cuestiones de hecho, a saber: las relativas a la calificación de las relaciones jurídicas entre las partes, extrañas, según el demandado, al ámbito de la relación laboral dependiente.

Aunque lo dicho basta para el rechazo del cargo, no sobra agregar en el supuesto de que se hubiera planteado correctamente, lo que sigue: sí tuvo en cuenta el Tribunal, como lo anota en el estudio que hace de la petición sobre condena al pago de indemnización moratoria, el aspecto de la buena fe, del cual se ha valido la jurisprudencia para eximir al patrono de la sanción prevista en el artículo 65. Se ha dicho por ella que cuando el patrono niega la existencia del contrato con razones valederas y por ese motivo no paga ni consigna lo que en el juicio le reclama el trabajador por salarios o prestaciones sociales, y así lo demuestra en el proceso, puede el juzgador eximirlo de la sanción establecida en el ordenamiento legal. La sentencia observa, fundada en la prueba que analiza, que Villegas ofreció pagarle a Marulanda sus prestaciones al terminar el contrato, lo cual demuestra, a su juicio, que sí tenía conciencia de que las debía. La alegación sobre inexistencia del contrato, afirmada en la respuesta a la demanda, la desvirtuó, pues, el propio demandado en la secuela del juicio, quedando sin soporte el hecho de la buena fe que de él predica el recurrente. Por lo demás, la circunstancia de que Villegas, trabado el juicio, hubiera consignado lo que estimaba deberle al actor, está indicando, contra lo que afirma el autor del recurso, que para el demandado el contrato con Marulanda sí era de trabajo, no de otra naturaleza. Hizo la consignación como resultado de la promoción del pleito, manteniendo hasta ese momento su renuencia al pago de obligaciones que consideró a su cargo, es decir, obró constreñido por la acción de la justicia. Además, cuando se recurre a ese medio de extinción de deudas laborales, el patrono no puede acogerse a la doctrina de casación del trabajo de que se ha hecho mérito, pues si la consignación tiene por causa el contrato laboral, lógicamente excluye toda alegación sobre su inexistencia.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de casación laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACUSACION DEFECTUOSA E INCOMPLETA, Y CONSECUENCIALMENTE INEFICAZ, CONTRA UNA SENTENCIA QUE ABSOLVIO AL DUEÑO DE UNA FINCA DEL PAGO DEL SEGURO DE VIDA DE UN TRABAJADOR SUYO

Análisis e interpretación del artículo 294 del Código Sustantivo del Trabajo

La infracción de la ley por error de hecho ofrece dos modalidades: la que proviene de la apreciación errónea de determinada prueba o la que tiene por causa su falta de apreciación (artículo 87 del C. de P. Laboral). Resulta, pues, notoriamente defectuosa la formulación de cargos cuando, en relación con unas mismas y determinadas pruebas, se pretende que el error de hecho que se atribuye al sentenciador proviene a la vez de haberlas estimado erróneamente y haber dejado de apreciarlas. Se advierte, sin mayores esfuerzos de dialéctica, que la actividad probatoria del sentenciador es distinta según que estime o deje de estimar determinada prueba. En el primer caso el error de juicio es por comisión, en el segundo por omisión. De ahí el deslinde que de ellos hace la ley del recurso extraordinario; que no es simplemente conceptual sino real y objetiva.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., diez y seis de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Rosaura Tobar viuda de Trujillo, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario por la vía laboral, ante el Juez Promiscuo del Circuito de Caicedonia, contra Martiniano Montoya, para que por sentencia definitiva se le condene al pago de las sumas de dinero que la demanda detalla en el numeral primero de su parte petitoria, por estos conceptos: cesantía, vacaciones, prima de servicios y seguro de vida doblado. Solicita además la condena del demandado a la indemnización moratoria y las costas del juicio.

Según las voces del libelo, Daniel Gutiérrez, obrando como administrador de la hacienda denominada "Castalia", situada en el municipio de Caicedonia, de propiedad de Martiniano Montoya, contrató en forma verbal los servicios personales de Andrés Trujillo, para diversas funciones (patrón de corte, jefe o capataz y alimentador del personal de trabajadores de la hacienda), habiéndose convenido un salario de $ 8.00 diarios, incluyendo alimentación y alojamiento; la relación laboral comenzó el 14 de octubre de 1953 y terminó el 27 de octubre por muerte violenta del empleado, víctima de un asalto de malhechores, durante el viaje que realizaba a Calarcá, en compañía de Daniel Gutiérrez y Pablo E. Tobar, conduciendo un cargamento de café de propiedad de Martiniano Montoya, accidente en el cual perdieron también la vida los dos compañeros de Trujillo; la demandante, Rosaura Tobar v. de Trujillo, es esposa legítima de Andrés Trujillo y como tal le corresponden los derechos que reclama, denegados por el demandado.

En derecho la demanda se funda en las normas pertinentes del Código del Trabajo.

La respuesta a dicha pieza niega la existencia de la relación laboral, propone la excepción de carencia de derecho y la que denomina genérica del artículo 329 del C. J.

Terminó la controversia en primera instancia por sentencia de fecha 19 de junio de 1958, la cual condena a Martiniano Montoya a pagar a Rosaura Tobar viuda de Trujillo en su calidad de

esposa de Andrés Trujillo, fallecido al servicio de la hacienda Castalia, la suma de $ 2.520.oo moneda legal, valor de "las prestaciones sociales" que liquida la parte motiva (cesantía, vacaciones, seguro de vida y prima de servicios). La providencia condena en costas a la parte demandada.

Apelaron ambas partes. Decidió el recurso, en segunda instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. El fallo (numeral 1º) condena a Martiniano Montoya a pagar a la demandante el auxilio de cesantía, las vacaciones y la prima de servicios, cuyo importe total es la suma de $ 953.55; y absuelve al demandado (numeral 2º) de las demás peticiones de la demanda. Le impone las costas de primera y segunda instancia.

Recurrió en casación la parte demandante. Concedido el recurso por el Tribunal y enviados los autos a esta Superioridad, surtió aquí la tramitación de rigor, y la Corte pasa a decidirlo.

La demanda de casación

El alcance de la impugnación es éste: la casación parcial del fallo recurrido para que, en su lugar, la condena de su numeral 1º se extienda al seguro de vida doblado como indemnización por muerte de Andrés Trujillo en accidente de trabajo, cuyo valor asciende a la suma de $ 3.360.oo. La petición expuesta es principal, y como subsidiaria la siguiente: que la condena se limite al pago del valor del seguro de vida sencillo, el cual asciende a $ 1.680,oo, liquidado con base en el salario de $ 140.oo mensuales, aceptado por el Tribunal. Debe mantenerse la condena en costas.

Se invoca la causal primera de casación. Fundado en ella, la demanda formula un solo cargo, que la Sala estudia a continuación.

El Tribunal viola —sostiene el recurrente— los artículos 289, 290, 292, 293, 294 y 305 (en relación con el 214) del CST., por aplicación indebida.

Proviene la infracción de la errónea apreciación de la confesión del demandado en posiciones (f. 23 y ss.), y de la partida de estado civil según la cual la actora es beneficiaria del seguro de vida. El cargo concluye así: "Queda en los términos anteriores evidenciado el error en que incurrió el Tribunal al dejar de apreciar las pruebas que se dejan reseñadas. Y cómo esta omisión condujo a la violación indirecta de las disposiciones reguladoras del seguro de vida, que se citan en la enunciación del presente cargo".

En el desarrollo de la acusación dice el impugnador que el Tribunal rechazó la condena al pago del seguro de vida porque en el juicio no se probó que la nómina del personal de la empresa excediera de $ 1.000.oo mensuales, según los artículos 289 y 290 del CST. lo cual no es cierto, pues en posiciones confiesa el demandado estos hechos: que el número de trabajadores era variable, de ocho a cuarenta; y que el salario fijado era de $ 4.50 diarios (respuestas a las preguntas sexta y tercera del interrogatorio). De la prueba deduce esta conclusión: tomando por base el salario indicado y aceptando que el mínimo de trabajadores fuera de ocho ($ 36.oo diarios) el valor mensual de la nómina sería de $ 1.080.oo, superior al mínimo legal.

Tampoco encuentra en el juicio el Tribunal, agrega el recurrente, la prueba de que la actora ostenta la calidad de beneficiaria del seguro de vida, afirmación inexacta porque al folio 2 obra la partida que acredita su matrimonio con Andrés Trujillo, prueba principal requerida por la ley para demostrar que Rosaura Tobar tiene el carácter de cónyuge supérstite del trabajador fallecido, y, por lo mismo, el de beneficiaria forzosa del seguro de vida, al tenor del artículo 293 del CST.

En cuanto a la muerte por accidente, la confesión provocada del demandado —afirma el recurrente— prueba que aquélla ocurrió en forma violenta, hecho que acepta al contestar la pregunta décima del cuadro de posiciones.

Se considera:

No se ajusta el cargo a las exigencias del recurso extraordinario. La infracción de la ley por error de hecho ofrece dos modalidades: la que proviene de la apreciación errónea de determinada prueba o la que tiene por causa su falta de apreciación (artículo 87 del CPL).

Según el recurrente, el error de hecho que le imputa a la sentencia tuvo su origen en la errónea estimación de la prueba de confesión del demandado y la de estado civil sobre matrimonio de la demandante. El mismo error halla su fuente en que el Tribunal dejó de apreciar los elementos probatorios mencionados. En ambos casos se hace mérito de las dos pruebas en relación con hechos idénticos. Se advierte, sin mayores esfuerzos de dialéctica, que la actividad probatoria del sentenciador es distinta según que estime o deje de estimar determinada prueba. En el primer caso el error de juicio es por comisión, en el segundo por omisión. De ahí la separación que de ellos

hace la ley del recurso extraordinario. El deslinde no es simplemente conceptual sino real y objetivo. No es posible que fenómenos con causas distintas produzcan iguales efectos, según principios de lógica bien conocidos.

Aún dejando de lado el defecto en la formulación del cargo, éste no sería viable, porque el Tribunal para negarle a la actora el derecho al pago del seguro de vida se funda, no solo en el hecho de que falta en el juicio la prueba sobre el valor de la nómina mensual de trabajadores del demandado, en la cuantía que fija la ley, sino en que la señora Tobar viuda de Trujillo no acreditó, con declaración sumaria de testigos, su calidad de única beneficiaria de la prestación, como lo exige el artículo 294 del CST. Y, además, que no cumplió las formalidades prescritas en los numerales 4º a 6º de dicho precepto. Esta apreciación —correcta o equivocada— constituye uno de los soportes de la decisión impugnada que el recurrente no ataca.

No obstante la observación que precede, debe la Sala por vía de doctrina, rectificar la interpretación que el Tribunal le dá al artículo 294 del Código del Trabajo.. Sus normas regulan: las contenidas en los numerales 1º a 3º, la prueba sobre la calidad de beneficiario del seguro, como la del título que invoque el reclamante, según el orden de que habla el artículo 293 en relación con el 204, ordinal e) del mismo código; y las de los numerales 4º a 6º, el procedimiento previo al pago de la prestación, integrado por una serie de formalidades instituídas en beneficio del patrono y protectoras de sus intereses, a quien, por tanto, incumbe su cumplimiento. Todos los mandatos de los referidos numerales disciplinan actuaciones extrajudiciales de los beneficiarios reclamantes del seguro y del patrono. Algunos de ellos, como los que señalan las pruebas sobre el interés y la legitimación para obrar respecto del reclamante, v. gr., las relativas al parentesco entre éste y el causante del derecho, si se trata de filiación legítima, tiene aplicación en juicio. Pero la ley laboral no hace regulación específica acerca de las pruebas que deban aportarse al proceso por el beneficiario que solicite el pago del seguro, por lo cual el punto queda sometido a las previsiones legales del derecho común. Las condiciones de la acción determinarán, en cada caso, los medios adecuados para su demostración en el proceso. Si quien reclama el seguro es el cónyuge sobreviviente en calidad de beneficiario único (caso de la litis según el Tribunal) presupuestos de la acción serán los siguientes: el contrato de trabajo; el fallecimiento del empleado al servicio del patrono; el matrimonio con la causante; y la inexistencia de hijos legítimos y naturales de aquél. Sin perjuicio de que las pruebas documentales pertinentes se acompañen a la demanda, las constituyentes deben producirse en el juicio con observancia del mecanismo procesal correspondiente.

En relación con las formalidades previas al pago del seguro, la Sala observa: cuando existe pluralidad de interesados en una relación jurídica, la ley arbitra el medio de llamarlos al juicio que promueva uno de ellos para que todos los partícipes de la relación tengan la oportunidad de hacer valer sus derechos. El llamamiento de posibles interesados en la litis se realiza de ordinario, mediante emplazamientos, a través de medios diversos de publicidad, sistema que recibe el nombre de procedimiento edital. Lo utiliza la ley de enjuiciamiento civil para definir cuestiones de distinta naturaleza jurídica (proceso sucesorio, de división de grandes comunidades, de declaración judicial de pertenencia, bienes vacantes y mostrencos, capellanías laicas, etc.). Del mismo tipo, en líneas generales, es el que estructura el artículo 294 del CST. y el 212 ibidem, de aplicación, el de que trata el 212, tanto para el caso que contempla como para el previsto en el artículo 258 de la misma obra. Como es fácil advertirlo, la situación jurídica que surge de la muerte del empleado respecto de derechos a su favor, es la misma, sea que su reclamación se haga ante el patrono o ante la justicia del trabajo, por lo cual, el emplazamiento impersonal de presuntos interesados en esos derechos, debería tener también aplicación en el proceso. Sin embargo, no lo autoriza el legislador sino para la actuación extraprocesal ante el patrono, y no cabe aplicar por analogía dentro de la tramitación establecida para el juicio ordinario laboral un procedimiento destinado a regular actividades extrajudiciales.

Las consideraciones que preceden llevan a la conclusión de que no es aceptable la tesis del sentenciador, según la cual, en el caso sub-judice, la demandante ha debido aportar la prueba sumaria de testigos para acreditar su calidad de única beneficiaria del seguro y cumplir además las formalidades establecidas en los numerales 4º a 6º del artículo 294 precitado.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiria C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

NO PROSPERA LA IMPUGNACION ADELANTADA CONTRA UNA SENTENCIA POR MEDIO DE LA CUAL SE CONDENA AL MUNICIPIO DE BOGOTA AL PAGO DE UNAS PRESTACIONES Y SE LE ABSUELVE DEL PAGO DE OTRAS

No todo acto de la administración pública es documento público con valor de plena prueba. Reviste tal carácter el que expide la administración dentro de los límites de sus facultades legales, sea que tenga por objeto la creación de una situación jurídica impersonal o una específica, individual y concreta, pero no el acto que ejecute con fundamento en un contrato. En la órbita contractual la administración se encuentra en un plano de igualdad con el otro contratante y, por tanto, si aquella ejecuta un hecho capaz de modificar o extinguir la relación jurídica bilateral, está en el deber de acreditarlo, según los principios que dominan la carga de la prueba en el derecho de obligaciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., veintiuno de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Alfonso Jiménez demandó al Municipio de Bogotá, representado por su Personero, por la vía ordinaria laboral, para que por sentencia se declare reanudado el contrato de trabajo que celebró con dicha entidad y en consecuencia se le reintegre al cargo que desempeñaba en la Administración Municipal. Suplica también que el Distrito sea condenado a pagarle: los jornales que dejó de percibir desde la fecha de su despido hasta que se le reintegre en su antiguo cargo; la cantidad de $ 41.90 por haber sido despedido sin el previo aviso de 10 días, período de pago de los jornales del Municipio; el aumento de jornal de que trata el decreto Nº 3871 de 1949; la suma de $ 540.51, correspondiente a salarios de 129 días que le faltaron para cumplir el último período presuntivo de su contrato de trabajo; y los intereses legales sobre el valor de las condenas.

Aduce la demanda estos fundamentos de hecho: Alfonso Jiménez laboró al servicio del Municipio de Bogotá desde el 1º de junio de 1937 hasta el 21 de enero de 1951, en el cargo de Obrero del Ramo de Aseo, habiendo devengado durante los tres últimos meses de labores un jornal diario de $ 4,19; fue despedido por el Municipio en forma ilegal y sin haberle cubierto el auxilio de retiro y los salarios del preaviso dentro de los 90 días siguientes a la terminación del contrato; y cuando fue despedido le faltaban 129 días para completar otro período semestral de trabajo.

En derecho la demanda se funda en el Código del Trabajo (artículo 65); el decreto 2127 de 1945 (artículo 50); los decretos 797 y 3871 de 1949; y el artículo 1617 del Código Civil.

En la respuesta a la demanda el Delegado de la Personería Municipal de Bogotá se opone a las pretensiones de su parte petitoria. En cuanto a los hechos, manifiesta que entre las partes no existió contrato de trabajo sino una relación de derecho público. Agrega que, en el caso de que se acepte una relación jurídica de tal clase, el actor fue despedido por mala conducta. Propuso estas excepciones: inepta demanda, carencia de acción y de personería sustantiva del demandante, pago e incumplimiento del contrato.

Terminó el litigio en primera instancia por sentencia de fecha 18 de enero de 1955, dictada por el Juzgado Sexto de Trabajo de Bogotá, por la cual condena al Municipio a pagar al actor "los salarios caídos", y lo absuelve de las demás peticiones de la demanda, sin costas.

Apelaron ambas partes. El entonces Tribunal

Seccional del Trabajo de Bogotá, en vez de resolver el recurso de apelación, declaró por auto de 17 de febrero de 1955, la nulidad de lo actuado en primera instancia, desde la audiencia de trámite inicial, por no habérsele dado curso a la excepción de ilegitimidad de personería de la parte actora, propuesta en la contestación de la demanda.

Devueltos los autos al Juzgado y repuesta la actuación anulada, aquél profirió nueva sentencia el 1º de octubre de 1957. La providencia condena al Municipio de Bogotá a pagarle al demandante: $ 46.10, como salarios de preaviso (numeral primero); $ 96.81, por aumentos de salarios (numeral segundo); $ 599,30, por ruptura ilegal del contrato (numeral tercero) y absuelve al Municipio de los demás cargos de la demanda, sin costas (numerales cuarto y quinto).

Contra la anterior sentencia interpusieron ambas partes el recurso de apelación. De la relación de segundo grado conoció la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, que decidió, con un voto disidente, por sentencia de fecha 10 de octubre de 1958, La resolución revoca los numerales primero y segundo de la sentencia de primer grado y, en su lugar, absuelve al Municipio de las súplicas sobre pago de preaviso y aumento de salario (numeral primero); modifica el numeral tercero de la misma sentencia y en su reemplazo condena a la entidad municipal a pagar al demandante la suma de $ 540.51 "como indemnización por concepto de contrato presuntivo de trabajo" (numeral segundo); confirma los numerales cuarto y quinto del fallo apelado (numeral tercero); absuelve al Municipio de la súplica sobre pago de salarios caídos (numeral cuarto); declara no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada (numeral quinto); y se abstiene de la condena en costas (numeral sexto).

Demandante y demandado recurrieron en casación. Concedido el recurso por el Tribunal y elevados los autos a esta Superioridad, aquél fue ritualo en legal forma, y como ha llegado la oportunidad de decidirlo, a ello procede la Sala.

El recurso del Municipio

Lo sustenta el Procurador Delegado en lo Civil. A la impugnación le señala este alcance: la infirmación de la sentencia del Tribunal en cuanto al punto segundo de su parte resolutiva, para que, revocada la de primer grado, se absuelva al Municipio de la condena al pago de indemnización por lucro cesante.

Se acoge a la causal primera de casación y con fundamento en ella formula un solo cargo. En éste acusa la sentencia por violación del artículo 62, numeral 8º y 60, numeral 2º del CST., en relación con el 632 del C. J. de modo indirecto, a causa de error de hecho por falta de apreciación de unas pruebas.

Las pruebas que la sentencia no estimó, dice el recurrente, son las documentales corrientes a folios 30, 31 y 50. Acreditan ellas, alega el impugnador, que el demandante fue retirado del servicio municipal por mala conducta comprobada, consistente en haber sido hallado en repetidas ocasiones, durante las horas de trabajo, en estado de embriaguez. Si al estudiar la súplica relativa a la indemnización de perjuicio por ruptura ilegal del contrato hubiera tomado en cuenta el fallador los referidos documentos, se habría abstenido de la condena contra el Municipio sobre pago de lucro cesante, y como no lo hizo así, incurrió en error de hecho, con violación de las normas legales que cita la acusación.

El opositor demandante manifiesta que la mala conducta atribuída al empleado en los documentos a que se refiere el recurrente demandado, son simples apreciaciones sin respaldo, por lo cual pide el rechazo del cargo.

La Corte Considera:

Las normas del Código Laboral no son aplicables a las relaciones de derecho individual del trabajo entre la administración pública y sus empleados (artículo 4º del CST.). Aún sin reparar en tal defecto, la acusación no sería viable, pues aunque el Tribunal no cita la documentación a que alude el recurrente, tuvo en cuenta el hecho a que ella se refiere (despido del empleado por mala conducta) pues la sentencia dice que en la contestación a la demanda el representante del Municipio alega en su defensa que según la resolución Nº 12 de 1951, emanada de la Secretaría de Gobierno Municipal, el actor fue destituído por mala conducta, a lo cual observa: "Mas en el juicio no se comprobaron los hechos determinantes de esa mala conducta".

Por tanto, la afirmación de que la sentencia incurrió en error de hecho por no haber apreciado

la prueba documental que el cargo cita, carece de fundamento.

Por otra parte, aunque el cargo pudiera estudiarse en el fondo, también resultaría infundado, pues no todo acto de la administración pública es documento público con valor de plena prueba, como lo sostiene el autor del recurso. Reviste tal carácter el que expide la administración dentro de los límites de sus facultades legales, sea que tenga por objeto la creación de una situación jurídica impersonal o una específica, individual y concreta, pero no el acto que ejecute con fundamento en un contrato.

En la órbita contractual la administración se encuentra en un plano de igualdad con el otro contratante, y, por tanto, si aquélla ejecuta un hecho capaz de modificar o extinguir la relación jurídica bilateral, está en el deber de acreditarlo, según los principios que dominan la carga de la prueba en el derecho de obligaciones.

Se concluye de lo expuesto que el acto a que aluden los documentos no es de los comprendidos en el artículo 632 del C. J., como lo sostiene el recurrente. No siendo de aplicación al caso de autos el citado ordenamiento, mal ha podido quebrantarlo el juzgador por ningún concepto.

Por las anteriores consideraciones, no se recibe el cargo.

El recurso del demandante

Le pide a la Corte, al señalar el alcance de la impugnación, que reemplace el fallo recurrido por otro que acoja las súplicas contenidas en la demanda de instancia.

Invoca la causal primera del recurso extraordinario y con base en ella formula dos cargos.

Primer cargo

Reintegro. Reanudación del contrato

Violación del decreto 797 de 1949 y del artículo 11 de la ley 6ª de 1945, por los conceptos que señala la acusación. Dice ésta en lo pertinente:

Quebranta el Tribunal el decreto y la norma legal, por aplicación indebida, porque no condenó al Distrito al reintegro del actor al cargo que desempeñaba en aquél y a la reanudación del contrato de trabajo entre las partes.

Infringe el fallador, por errónea interpretación, las mismas previsiones legales. Son ellas terminantes en el sentido de sancionar económicamente a los patronos que despiden a sus operarios sin cubrirles previamente los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos.

Cometió el Tribunal grave error de hecho al no condenar al Distrito a la reanudación del contrato y al no reintegrar en su cargo a Alfonso Jiménez, porque no apreció o porque apreció mal los documentos a los folios 3 vto., 6, 7, 8, 9, 30, 31, 47, 50, 54, 55, 56, 58 y 60. Demuestran esas pruebas que Jiménez fue despedido y que el Municipio le pagó con mora la cesantía; que no le han sido pagados los salarios del preaviso, el aumento de la asignación en el mes de diciembre de 1950 y 1951, ni los salarios faltantes del plazo presuntivo. En consecuencia, era de rigor reintegrar a Jiménez a su empleo, porque el contrato entre las partes recobró todo su vigor, conforme al parágrafo 2º, artículo 1º del decreto 797 de 1949.

Segundo cargo

Salarios caídos

Violación del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 y del decreto 797 de 1949, parágrafo 2º de su artículo 1º.

Dice el recurrente, en sustentación del cargo, que el Tribunal "debió condenar al pago de los salarios caídos hasta la fecha en que el Distrito acredite haber pagado los salarios de aumento, los de preaviso y los de contrato presuntivo de trabajo", que, como así no lo hizo, la sentencia viola el decreto y el texto legal citados, directamente, por aplicación indebida e interpretación errónea. "La acuso también —agrega— de haber cometido error de hecho".

El decreto 797 de 1949, dice el recurrente, da nuevo nacimiento *ope legis* al contrato de trabajo, si al vencimiento de los 90 días siguientes al despido del trabajador no se le han cubierto los salarios debidos. Consta en autos que hasta la fecha los salarios de aumento, los de preaviso y los de contrato presuntivo están insolutos. Por consiguiente, se deben liquidar los salarios caídos hasta la fecha en que el Distrito acredite haber pagado las deudas por tales conceptos.

En la réplica a los dos cargos, el representante de la parte opositora dice que la acusación estriba en que el Tribunal dejó de aplicar el decreto 797 de 1949 por exceso en la potestad reglamentaria, en lo cual acertó, pues el concepto se ajusta al mandato del artículo 12 de la ley 153 de 1887, ya

que tal decreto como el 2127 de 1945, reglamentarios de la ley 6ª del mismo año, extralimitan dicha potestad, la cual no llega hasta facultar al Ejecutivo para modificar o adicionar las leyes, según doctrina de la Corte de que hace mérito el alegato de oposición.

La Corte considera:

I.— **Reintegro. Reanudación del contrato**

No accedió el Tribunal a estas peticiones de la demanda de instancia, porque el decreto 797 de 1949 como el 2127 de 1945 (artículo 52) sustitutivo de aquél, exceden la potestad reglamentaria, por lo cual dejó de aplicarlo, haciendo uso de la facultad contenida en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

El primer cargo no ataca los fundamentos de la sentencia sobre las peticiones de que se trata. Además, no es correcto su planteamiento, pues involucra modalidades distintas de la primera causal, a saber: errónea interpretación de las normas legales que acusa y aplicación indebida, al parecer, por error de hecho. Se trata de conceptos diferentes de violación de la ley, que deben aducirse separadamente, pues no son iguales sus fundamentos, como de manera uniforme y constante lo ha dicho la casación laboral.

Aun sin el defecto anotado, no sería atendible la acusación, pues según reiterada jurisprudencia de esta Sala, la ley no le concede al trabajador despedido el derecho a ser reintegrado en el cargo sino en los casos de empleados amparados por el fuero sindical, o de empleadas en estado de embarazo o lactancia, o cuando el contrato se suspende por llamamiento del trabajador al servicio militar obligatorio, o por suspensión temporal de actividades, de acuerdo con las normas legales correspondientes. Sobre el punto, entre otras decisiones, dijo la Sala en fallo de 14 de junio de 1939 (G. J. T. XCI) lo que a continuación se transcribe:

"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 deuda o haga el depósito ante autoridad competente".

Por lo expuesto, no se recibe el cargo.

II.— **Salarios caídos**

Ofrece la acusación el mismo defecto anotado a la anterior. Aunque ello bastaría para su rechazo, no sobra observar lo siguiente:

La petición sobre pago de "salarios caídos", expresa que éstos se deben pagar al demandante "desde la fecha de su despido hasta que se le reintegre en su antiguo cargo". Como se ve, la condena al pago de la indemnización de perjuicios por mora se hace depender, no del supuesto de hecho que contempla el artículo 1º del decreto 797 de 1949 (deudas insolutas en favor del trabajador al expirar el contrato) sino de uno muy distinto (reintegro del empleado en el cargo que desempeñaba en el Municipio), es decir, la acción de condena se hace depender de una mera declaración. Y ya se vió, en el estudio del primer cargo que, en el caso de autos, no es procedente la acción de reintegro. Por tanto, la condena al pago de indemnización por mora, que es consecuencial, debe correr la misma suerte.

Sobre el punto debe anotar también la Sala que, en varios juicios contra el Municipio de Bogotá, al decidir los correspondientes recursos de casación, hizo la rectificación de la tesis sostenida por el Tribunal sobre inaplicabilidad del decreto antes citado. Se abstiene por ello de exponer aquí la doctrina contraria a esa tesis, que, por lo demás, no incide en el presente caso, ya que la Corporación rechaza el cargo porque el fundamento en que se apoya es ajeno a cuestiones relacionadas con la inaplicabilidad del decreto en referencia, derivada de exceso de la potestad reglamentaria, por una parte, y, principalmente, por su defectuosa presentación.

Toca el cargo lo concerniente a los poderes de interpretación del juez, para decir que la sostenida por el fallador fue abusiva. Al efecto cita normas del Código Civil y de la Constitución y hace algunas consideraciones sobre el tema, quizá aten-

dibles en alegación de instancia pero sin incidencia en casación.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley. NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Sin costas.

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

---

Luis Alberto Bravo — Roberto de Zubiría C. — Luis Fernado Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

FACULTAD DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INEFICAZ ACUSACION CONTRA UNA SENTENCIA QUE DECLARO PROBADA LA EXCEPCION DE PAGO, EN RELACION CON LAS PRESTACIONES SOCIALES DEL ADMINISTRADOR DE UNA FINCA GANADERA, RECLAMADA POR LOS HEREDEROS

1.—Que el artículo 214 del Código del Trabajo, en caso de muerte por accidente, fije como cuantía de la deuda el valor doblado del seguro de vida, para pagar no sólo la indemnización por dicho concepto sino cualquiera otra prestación por incapacidad, enfermedad y seguro de vida, si a éste se halla obligado el patrono, no significa que la indemnización por accidente esté sujeta al mismo régimen del seguro de vida. Se trata de instituciones distintas, que la ley del trabajo reglamenta separadamente. La primera es prestación común, la segunda prestación especial; para el pago del seguro se toma en cuenta el valor de la nómina mensual de trabajadores y no el capital de la empresa (artículo 289); ni son iguales los titulares de los dos derechos (artículos 204 y 293), aparte de otras distinciones de mayor entidad que podrían señalarse.

2.—El art. 216 del C. del Trabajo contempla la hipótesis de que el accidente ocurra por culpa comprobada del patrono, caso en el cual responde éste de la indemnización total y ordinaria de perjuicios, previo descuento del valor de las prestaciones en dinero a que el precepto se refiere. En el caso de autos no se persigue la indemnización total de perjuicios (daño emergente y lucro cesante), sino la que proviene de la responsabilidad objetiva, cuyo importe tasa la ley del trabajo, derivada del accidente ocurrido sin intervención del patrono, esto es, con exclusión de toda culpa del mismo en su producción. Interpretar el citado artículo 216 en el sentido de que en todo accidente de trabajo debe mediar culpa del patrono sin la cual no pesa sobre éste obligación de repararlo, es darle a la norma una significación que no cuadra con su recto entendimiento.

3.—El documento suscrito por las partes con anterioridad al litigio promovido por una de ellas, registra, en concepto del demandante, una transacción, mas no es así. Para que de esta figura jurídica pueda hablarse se requiere que ambas partes cedan de sus pretensiones. Según los términos del mencionado documento se cancelan en su totalidad los créditos recíprocos de las partes, sin que ninguno de los dos acreedores ceda en favor de otro parte alguna de sus derechos. Lo que en realidad define y delimita la transacción —ha dicho la jurisprudencia— es que pone fin a un litigio o lo previene, mediante un sacrificio recíproco de las partes, cosa que no ocurrió en el acto jurídico que recoge el documento.

4.—Es cuestión de hecho la de saber si cuando el trabajador o su sucesión recibe, en pago de obligaciones en dinero, bienes de otra clase, hay equivalencia entre el valor de éstos y aquéllas, y si, por consiguiente, a través de la dación, hay un sacrificio de derechos del trabajador, que en el fondo envuelva una renuncia. No es, pues, admisible la acusación que pretende que la sentencia violó el artículo 14 del Código del Trabajo, conforme al cual los derechos del trabajador son irrenunciables, pues el quebranto directo de la ley excluye el estudio de cuestiones de la índole indicada.

5.—Extinguido el contrato de trabajo, la compensación puede ser reconocida por el Juez, siempre que el crédito a cargo del trabajador tenga por causa el contrato laboral.

6.—Matrimonio y nacimiento son hechos constitutivos del estado civil, los cuales se demuestran con copias de las actas sentadas en el registro civil o eclesiástico, según el caso, de modo preferente y, en su defecto, con las supletorias que admite la ley. En el caso de autos, las partes no discutieron en el juicio la representación legal que de sus menores hijos se atribuye la demandante, pero su asentimiento al respecto es ineficaz, pues el estado civil de las personas no puede probarse en forma distinta de la anotada. Se trata de solemnidad ad substantiam actus que, por lo mismo, no puede ser reemplazada por otras pruebas sin excluir la de confesión.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., veintiuno de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Dilia Tobar v. de Gutiérrez, obrando en su propio nombre y como representante legal de sus menores hijos Carmen, Reinel, Gladys, Daniel y Nancy Gutiérrez T., promovió juicio ordinario laboral contra Martiniano Montoya, por medio de apoderado, para que por sentencia se condene al demandado a pagar a la sucesión de Daniel Gutiérrez, representada por la cónyuge sobreviviente y los menores ya designados, las sumas de dinero que menciona el libelo en el numeral primero de su parte petitoria, por estos conceptos: auxilio de cesantía, vacaciones, prima de servicios y seguro de vida doblado. Solicita además la condena al pago de la indemnización por mora y las costas del juicio.

Los hechos de la demanda, en resumen, son éstos: Daniel Gutiérrez se obligó a prestar servicios personales a Martiniano Montoya, en una hacienda denominada "Castalia", situada en el Municipio de Calcedonia, según contrato de trabajo concertado en forma verbal; en la hacienda el empleado ejercía las funciones de administrador de la ganadería y de las sementeras de plátano y café en ella existentes, siendo de su cargo el transporte del café, por cuenta del patrono, a los depósitos de éste en las poblaciones de Barcelona o Calarcá; como retribución de los servicios del empleado las partes convinieron lo siguiente: el pago de la suma de $ 200.oo mensuales y, en especie, la leche que aquél obtuviera del ordeño de las vacas de la hacienda, la cual dejaba un rendimiento mensual en promedio de $ 950.oo; la prestación de servicios comenzó en junio de 1951 y terminó el 27 de octubre de 1956, fecha en que el empleado falleció; la muerte se produjo cuando Gutiérrez, en ejercicio de sus funciones, conducía en automotor un cargamento de café de la hacienda a uno de los depósitos del patrono, a causa de un ataque de malhechores de la región, pereciendo con aquél sus dos compañeros de viaje, Andrés Trujillo y Pablo E. Tobar; el trabajador era casado con Dilia Tobar, dejando como herederos a los menores antes mencionados, habidos en su matrimonio; Montoya se ha negado a pagarle a los sucesores de Gutiérrez las prestaciones sociales de que se ha hecho referencia.

Montoya, en la respuesta a la demanda, acepta el contrato de trabajo, diciendo que Gutiérrez ejerció el cargo de administrador de su hacienda, en cuanto al manejo del negocio de ganado; que en relación con los cultivos agrícolas (café, plátano, maíz) Gutiérrez había organizado con él una compañía, por lo cual devengaba sueldo únicamente, cuyo importe era la suma de $ 140.oo mensuales. Admite la muerte violenta del empleado, hecho ocurrido entre las cuatro y cinco de la mañana del 27 de octubre de 1956; agrega que las prestaciones reclamadas en el juicio fueron pagadas a la viuda del empleado, según consta en documento firmado por ella. Como excepciones perentorias propuso las de pago, cobro de lo no debido y la que califica de genérica del artículo 329 del C. J.

Conoció del juicio el Juzgado Promiscuo del Circuito de Calcedonia, quien lo decidió por sentencia de fecha 2 de julio de 1958. La providencia, declara probada la excepción de pago, la de cobro de lo no debido "y la genérica del artículo 329 del C. Judicial", por estar acreditado que Montoya canceló no sólo las prestaciones debidas a la sucesión de Gutiérrez, "sino que las favoreció con cierta cantidad de dinero que puede considerarse como propina a los servicios prestados por el causante a la hacienda 'La Castalia', o también como una donación".

Apeló la parte demandante. De la relación de apelación conoció el Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral, y allí terminó por sentencia de fecha 11 de septiembre de 1958. Reforma ésta la de primer grado y, en su lugar, declara probada la excepción de pago, absolviendo al demandado de todos los cargos de la demanda.

No hubo condena en costas en las dos instancias.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el apoderado de la parte actora el recurso de casación, que le fue concedido. Elevados los autos a esta Superioridad y rituado el recurso en legal forma, la Sala pasa a decidirlo.

La demanda de casación

Aspira el petitum a que la Corte case en su totalidad la sentencia de segundo grado y, en su lugar la reemplace por la que en derecho corresponda, teniendo en cuenta el tiempo de servicio (cinco años y cuatro meses) y un salario de $ 1.150.oo mensuales. En consecuencia —dice el impugnador— solicito que aceptados los cargos se condene al demandado a cancelar el seguro de vida, se declare no probada la excepción de pago respecto de las otras prestaciones sociales demandadas, y se acoja la petición sobre condena a indemnización por mora.

Invoca el recurrente la causal primera de casación. El alegato que sustenta el recurso formula tres cargos.

Primer cargo.—Violación directa de los artículos 280, 292, 293 y 305, en relación éste con el 214 del CST., y aplicación indebida de los artículos 199 y 216 de la misma obra.

La acusación tiene este desarrollo:

El Tribunal se sitúa en el campo del accidente de trabajo y olvida el problema del seguro de vida: el orden lógico imponía estudiar primero la obligación indemnizatoria por muerte y luego examinar si ella se debió a accidente para efecto de la doble indemnización. Sin embargo, el Tribunal escogió un camino distinto encaminado a buscar razones eximentes de la responsabilidad del patrono, con base en el artículo 199 del CST.

El artículo 216 ibidem nada tiene que ver con el caso de autos, pues en la demanda inicial no se piden perjuicios deducidos de la culpa patronal sino el seguro de vida doblado, en atención a que la muerte del empleado ocurrió en accidente de trabajo, hecho que el demandado no niega, limitándose a oponer en su defensa la culpa del trabajador y la ausencia de culpa del patrono. Planteado así el litigio, el Tribunal ha debido estudiar la petición a la luz de las normas sobre seguro de vida, y como no existe controversia acerca de la calidad de trabajador que ostentaba el causante, sobre legitimidad de la personería de los beneficiarios y capacidad legal de la empresa demandada, la conclusión forzosa era la de haber condenado al pago del seguro, con aplicación del artículo 292 del CST. Y como en el juicio se estableció que la muerte del trabajador ocurrió en forma violenta, era de aplicación el artículo 305 en relación con el 214 del mismo Código. Por no haber aplicado el Tribunal los preceptos legales sobre seguro de vida, incurrió en violación de los que cita el cargo.

Se considera:

La demanda de instancia aduce como causa de la petición sobre seguro de vida, el accidente de trabajo en que perdió la vida el señor Daniel Gutiérrez (hecho primero). Por tanto, no se le puede reprochar al Tribunal que hubiera estudiado la súplica con vista en las normas de la ley laboral reguladoras del accidente. Que el artículo 214 del CST., en caso de muerte por accidente, fije como cuantía de la deuda el valor doblado del seguro de vida para pagar, no sólo la indemnización por dicho concepto sino cualquiera otra prestación por incapacidad, enfermedad y seguro de vida, si a éste se halla obligado el patrono, no significa que la indemnización por accidente esté sujeta al mismo régimen del seguro de vida. Se trata de instituciones distintas que la ley del trabajo reglamenta separadamente. La primera es prestación común, mientras no la asuma el Seguro Social (artículo 193 del CST.), con las exenciones y limitaciones tanto respecto de la cuantía de las deudas en dinero, según el capital de la empresa, como en relación con las prestaciones en especie (artículos 223 a 226 ibidem). El seguro de vida es prestación especial, para el cual se toma en cuenta el valor de la nómina mensual de los trabajadores de la empresa y no el capital de ésta (artículo 289 del mismo Código). No son iguales los titulares de los dos derechos, pues el grupo de los beneficiarios del seguro es más extenso que el establecido para las indemnizaciones por accidente, como se advierte de la comparación entre el artículo 204 y el 293 de la obra citada. Podrían

señalarse otras distinciones de mayor entidad entre los dos derechos, pero bastan las anotadas para concluir que no es atendible el reparo del recurrente.

No sobra agregar lo siguiente: Para saber si era el caso de acceder a la petición sobre pago del valor doblado del seguro de vida, tenía el fallador que investigar si la muerte del empleado tuvo por causa un accidente de trabajo. Con fundamento en las pruebas que analiza (declaraciones de varios testigos y confesión provocada del demandado) llegó a la conclusión de que el accidente se produjo por culpa grave del empleado, motivo que en su concepto excluye la responsabilidad del patrono según el artículo 199 del CST. Por consiguiente, sin atacar la estimación probatoria del Tribunal, no se puede admitir que violó, por aplicación indebida, el citado ordenamiento legal.

En cuanto al artículo 216 del Código en cita, al cual da aplicación el fallador, dice éste en uno de los pasos de la sentencia: "...la indemnización por accidente de trabajo sólo es posible cuando la muerte ha sido producida por causa y ocasión del trabajo, además de haber existido la culpa del patrono".

Es desacertado el concepto del sentenciador. El artículo 216 contempla la hipótesis de que el accidente ocurra por culpa comprobada del patrono, caso en el cual responde éste de la indemnización total y ordinaria de perjuicios, previo descuento del valor de las prestaciones en dinero a que el precepto se refiere.

En el juicio no se persigue, como bien lo observa el impugnador, la indemnización total de perjuicios (daño emergente y lucro cesante), sino la que proviene de la responsabilidad objetiva, cuyo importe tasa la ley del trabajo, derivada del accidente ocurrido sin intervención del patrono, esto es, con exclusión de toda culpa del mismo en su producción.

Según lo expuesto, el error de juicio del fallador no se funda en violación directa, por aplicación indebida, del artículo 216, como lo sostiene el recurrente, sino en errónea interpretación del mismo, ya que, según la sentencia, en todo accidente de trabajo debe mediar culpa del patrono, sin la cual no pesa sobre éste la obligación de repararlo, dándole a la norma una significación que no cuadra con su recto entendimiento.

Por lo expuesto, no se recibe el cargo.

Segundo cargo.—Violación indirecta de los artículos 14, 15 y 59, numeral 1º del CST., por errónea estimación del documento visible a folio 14.

El documento, extendido en Calarcá el 12 de noviembre de 1956, suscrito por Dilia Tobar de Gutiérrez, obrando como "heredera legítima de Daniel Gutiérrez y representante legal de sus menores hijos Gladys, Reinel, Daniel, Nancy y Carmen", por una parte, y Martiniano Montoya, obrando en su propio nombre, por la otra, declara que Daniel Gutiérrez prestó servicios a Montoya como administrador de su finca la Castalia durante 5 años, y que por el tiempo servido le fueron cubiertos sus salarios y prestaciones (numerales primero y segundo); que Gutiérrez recibió de Montoya, en calidad de préstamo, las sumas de $ 5.700.oo y $ 750.oo, que a la fecha de la muerte del trabajador no habían sido canceladas al patrono (numeral tercero); Dilia Tobar de Gutiérrez declara haber recibido de Montoya, como retribución de los servicios que a éste le prestó Gutiérrez y como cancelación de las prestaciones causadas hasta la fecha de su muerte: a) los títulos de propiedad de una casa en Calarcá, estimada en $ 6.000.oo; b) en dinero efectivo $ 6.000.oo; y c) el recibo, cancelado, por $ 6.450.oo, importe de las deudas de Gutiérrez en favor de Montoya (numeral cuarto); la Tobar de Gutiérrez declara a paz y salvo a Montoya de las obligaciones a su cargo por prestaciones sociales, derivadas del contrato de trabajo con Daniel Gutiérrez, y Montoya declara también a paz y salvo a la sucesión de Gutiérrez por las deudas contraídas por el causante en favor de aquél (numerales quinto y sexto).

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho al darle al documento un valor que no tiene, violando en consecuencia las normas legales que el cargo cita. Para el impugnador el documento registra una transacción, en su concepto ineficaz, porque no determina las prestaciones sociales objeto de ella, y porque ese acto jurídico no lo puede realizar sino persona con plena capacidad legal. Figurando menores en la transacción, era necesario la autorización judicial previa, según el artículo 303 del C. C., en relación con el 1º de la Ley 67 de 1930 y 2470 del primer Código, que el representante legal no obtuvo, por lo cual el contrato quedó viciado de nulidad. En el contrato hay también una dación en pago, inaceptable en el derecho del trabajo, pues mediante ella sería fácil burlar los derechos del trabajador, cancelando deudas a su favor con bienes que real y comercialmente no representan el valor asignado en el contrato. Anota que la compensación de que da cuenta el documento es violatoria de la norma prohibitiva del artículo 59 del CST., y, por

último, que Dilia Tobar de Gutiérrez no tenía a la fecha del contrato (noviembre 12 de 1956) la representación de la sucesión de Daniel Gutiérrez, toda vez que el auto de reconocimiento de herederos, dictado por el Juez de la mortuoria, es de fecha 24 de enero de 1957.

Afirma el Tribunal que el documento, reconocido ante notario, constituye plena prueba de su contenido, y agrega que, de acuerdo con la demanda, el monto total a que aspira la actora por cesantía, vacaciones y primas de servicio, liquidadas con base en un salario de $ 1.150.00, durante cinco años y cuatro meses, asciende a $ 15.773.21, suma inferior a la recibida por la viuda de Gutiérrez y sus menores hijos, cuyo importe es la cantidad de $ 18.450.00. Concluye, en consecuencia que, canceladas las deudas en favor de la sucesión del trabajador por los conceptos expresados, debe declararse probada la excepción de pago propuesta por el apoderado de la parte demandada.

Se estudia el cargo:

a) Transacción

El acto jurídico que el documento recoge no es una transacción. Para que de esta figura jurídica pueda hablarse se requiere que ambas partes cedan de sus pretensiones. Según los términos del documento, los dos créditos, mayor el de la sucesión de Daniel Gutiérrez y de cuantía inferior el de Montoya, se cancelan en su totalidad. Ninguno de los dos acreedores cede en favor del otro parte alguna de sus derechos. Lo que en realidad define y delimita la transacción —ha dicho la jurisprudencia— es que pone fin a un litigio o lo previene, mediante un sacrificio recíproco de las partes.

b) Dación en pago

Es cuestión de hecho la de saber si cuando el trabajador o su sucesión recibe, en pago de obligaciones en dinero, bienes de otra clase, hay equivalencia entre el valor de éstos y aquéllas, y si, por consiguiente, a través de la dación, hay un sacrificio de derechos del trabajador, que en el fondo envuelva una renuncia. No es, pues, admisible la acusación por violación directa del artículo 14 del CST., pues el quebranto de la ley por este concepto excluye el estudio de cuestiones de la índole indicada.

c) Compensación

Extinguido el contrato de trabajo, la compensación puede ser reconocida por el Juez, que fue lo ocurrido en el caso de autos, siempre que el crédito a cargo del trabajador tenga por causa el contrato laboral. Y el recurrente ataca la sentencia con el fundamento de que la compensación a que alude el documento no fue autorizada por el empleado, sin formular reparo alguno sobre el origen de la obligación, como debió haberlo hecho por tratarse de compensación declarada judicialmente. No resulta, pues, violado el artículo 59, numeral 1º del CST.

También anota el recurrente en el cargo que el documento no indica cuáles son las deudas por prestaciones en favor del empleado que el patrono cancela, por lo cual el finiquito que expide la cónyuge sobreviviente carece de toda eficacia. Observa la Sala que, según el Tribunal, las deudas que soluciona Montoya son las relativas a cesantía, vacaciones y primas de servicio, pues aquél sostuvo que no estaba obligado al pago del valor doblado del seguro de vida, a causa de muerte por accidente de trabajo, porque éste ocurrió por culpa del trabajador, hecho que lo exonera de responsabilidad por tal concepto, en sentir del fallador. No ataca el recurrente esta estimación del Tribunal, por una parte, y, por la otra, no señala como violados los preceptos de contenido material que establecen el derecho a la cesantía, vacaciones y primas de servicio. Por consiguiente, aunque el Tribunal hubiera apreciado el documento con desacierto, la proposición jurídica resulta incompleta y no puede la Corte, de oficio, suplir una actividad del recurrente que la ley del recurso extraordinario le impone como una carga.

Por lo expuesto, no se recibe el cargo.

Tercer cargo.—Violación del artículo 65 del CST.

Sostiene el recurrente que si el pago alegado por la parte demandada no es legal, el patrono se hace acreedor a la sanción por mora de que trata la citada norma de la ley laboral, violada por el Tribunal por no haberle dado aplicación.

Se considera:

Guarda el cargo estrecha relación con el que le precede. No habiendo prosperado éste, el que se examina, por sustracción de materia, es inestimable. Por tanto, se desecha.

Al margen de la casación y con el fin de corregir errores de los falladores de instancia, la Corte hace estas consideraciones:

Según la demanda de instancia, Dilia Tobar de Gutiérrez pide para la sucesión de Daniel Gutiérrez, representada por ella como cónyuge sobreviviente y a la vez en nombre de cinco menores, hijos del matrimonio Gutiérrez-Tobar, como representante legal de ellos en ejercicio de la patria potestad.

La actora, para acreditar los títulos que invoca, trajo al juicio copia del auto de fecha 24 de enero de 1957 (f. 1º) proferido por el Juez Civil del Circuito de Calarcá, por el cual declara abierto el juicio de sucesión intestada de Daniel Gutiérrez y reconoce como herederos suyos, sin perjuicio de terceros y de los derechos de la cónyuge sobreviviente, a Gladys, Reinel, Daniel, Nancy y Carmen Gutiérrez.

En cuanto a la representación, no ya de la sucesión de Daniel Gutiérrez, sino de los cinco hijos del matrimonio Gutiérrez-Tobar, cabe observar:

Es representante legal de una persona el padre o madre bajo cuya potestad vive (artículo 62 del C. C.). La patria potestad, fuente de la representación legal, la ejerce el padre o la madre en su defecto, y a ella están sujetos los hijos legítimos no emancipados, a quienes se denomina hijos de familia. (Ley 45 de 1936, artículo 13). Para acreditar, pues, que Dilia Tobar era representante legal de los menores (aceptando que el auto antes citado prueba la defunción del padre), se requerían estas pruebas: a) La de matrimonio de la actora con Gutiérrez; y b) La de nacimiento de los menores, dentro del matrimonio, deduciendo de ello la relativa a su edad.

Matrimonio y nacimiento son hechos constitutivos de estado civil, los cuales se demuestran con copias de las actas sentadas en el registro civil o eclesiástico, según el caso, de modo preferente y, en su defecto, con las supletorias que admite la ley. Si bien las partes no discutieron en el juicio la representación legal que de sus menores hijos se atribuye la demandante, su asentimiento al respecto es ineficaz, pues el estado civil de las personas no puede probarse en forma distinta de la anotada. Se trata de solemnidad **ad substantiam actus**, que, por lo mismo, no puede ser reemplazada por otras pruebas, sin excluir la de confesión.

Sobre la titularidad del derecho afirmado por la actora, no hacen ningún estudio los falladores de instancia, dejando de lado el precepto contenido en el artículo 240 del C. J., aplicable al proceso laboral, según el cual, los incapaces comparecen en juicio por medio de sus representantes legales, hecho que no acredita la copia del auto extraída del proceso sucesorio de que antes se hizo mención.

Incumbe al Juez, antes de examinar las condiciones de la acción, investigar si la relación procesal se halla regularmente constituída, y sólo después de haber llegado al convencimiento de que aquélla no ofrece reparos, estudiar si la acción se encuentra o no establecida y, en consecuencia, proferir la decisión de mérito correspondiente. Las fallas anotadas ponen de manifiesto que no era del caso un pronunciamiento de fondo, conclusión a que habría llegado la Sala en fallo de instancia, en el supuesto de que hubiera acogido los dos primeros cargos de la demanda de casación o cualquiera de ellos.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — **Roberto de Zubiría C.** — **Luis Fernando Paredes A.**—**José Joaquín Rodríguez.** — **Vicente Mejía Osorio**, Secretario.

IMPUGNACION INEFICAZ, A CAUSA DE EQUIVOCADO PLANTEAMIENTO, CONTRA UNA SENTENCIA QUE CONDENO AL DUEÑO DE UNA FINCA A PAGAR UNAS PRESTACIONES SOCIALES A DOS TRABAJADORES SUYOS

1.—Fue indebida la acumulación de que da cuenta este proceso al tramitar conjuntamente las acciones de los dos demandantes contra su común patrono. La razón que se da para justificarla no vale, pues es errónco sostener que la causa de hecho de las acciones es común, porque es de trabajo el contrato que cada uno de ellos celebró con el demandado. Contrato de trabajo es una expresión genérica, como lo es la de cualquier otro contrato nominado, v. gr., de venta, de arrendamiento, de sociedad, etc. Pero no es igual el contrato laboral entre A. y B, y el contrato laboral entre A. y C. Son dos contratos distintos: en cada uno son diferentes los sujetos de la relación, por lo cual entre ellos no hay conexidad en ninguno de los elementos estructurales de la acción: diversos son los sujetos, el objeto y el título o causa de hecho.

2.—La pluralidad de acciones o de procesos dentro de una unidad de procedimiento, cuya finalidad es la economía procesal en cuanto a la acumulación objetiva, y el impedir la ruptura de la continencia de la causa en cuanto a la acumulación subjetiva, no es arbitraria. Ambas están sometidas a determinados requisitos, sin cuya observancia una y otra resultan improcedentes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., marzo veintidós de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.).

Ante el Juzgado del Trabajo de Tunja, Enrique Rátiva y Remigia González de Rátiva, por conducto de apoderado, presentaron demanda contra José A. Espitia Bernal, a fin de que por los trámites del juicio ordinario de trabajo fuese condenado a pagarles lo siguiente: diferencia de salario, salarios no pagados, dominicales y festivos, vacaciones, cesantía, mejoras, primas de servicios, zapatos y overoles y salarios caídos.

La demanda relata estos hechos: que los demandantes entraron a prestar sus servicios vinculados a faenas agrícolas y ganaderas a órdenes del demandado, en finca de propiedad de éste, desde el mes de febrero de 1951; que fueron despedidos injustamente el día 24 de agosto de 1957; que trabajaron en forma continua: que a Enrique Rátiva nunca le pagaron salarios mayores de $ 2.00; que a Remigia de Rátiva el demandado nunca le pagó salario; que trabajaron los días domingos y festivos; que no se les ha pagado ninguna prestación social; que Enrique Rátiva efectuó mejoras en la finca del demandado, tales como plantío y beneficio de árboles frutales, árboles de cerca, pinos y eucaliptus.

En derecho el libelo se funda en los artículos 23 y ss., 62 y ss., 172 y ss., 179 y ss., 181, 186 y ss., 230 y ss., 249 y ss., 306 y ss. del Código Sustantivo del Trabajo; en la Ley 6ª de 1945 y en el Decreto-Ley Nº 291 de 1957.

El demandado, por medio de apoderado, contestó la demanda negando la existencia del contrato de trabajo y los hechos en que ella se apoya. Propuso las excepciones de inepta demanda, "la llamada indebida acumulación de acciones" y como subsidiaria de las anteriores, la perentoria de falta de causa.

El Juzgado del conocimiento profirió su fallo de 4 de noviembre de 1958, mediante el cual con-

dená al demandado a pagar en favor de Enrique Rátiva: $ 1.059.oo por cesantía; $ 310.oo por vacaciones, y $ 1.020.oo por prima de servicios: total $ 2.589.oo; y en favor de Remigia González de Rátiva: $ 234.75 por cesantía; $ 5.634.oo por salarios insolutos, y $ 225.oo por vacaciones; total $ 6.093.75. Del total correspondiente a la ex-trabajadora el a-quo ordenó descontar la suma de $ 5.25 que aparecen pagados. El demandado también fue condenado a pagar en favor de los demandantes "la indemnización por el no pago oportuno de los salarios y prestaciones debidos, equivalente a un salario diario por cada día de retardo, a partir del día diez y siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete en adelante hasta cuando dicho pago se verifique, los cuales serán liquidados de conformidad con el salario establecido en la parte motiva de esta sentencia". A Espitia Bernal se lo absolvió de los demás cargos de la demanda pero se le condenó en costas.

Del fallo anterior apeló la parte demandada. Conoció de la alzada el Tribunal Superior de Tunja —Sala Laboral—, Corporación que dictó sentencia el día 18 de marzo de 1959, por la cual reformó la del juzgado así: rebajó el pronunciamiento en favor de Enrique Rátiva a la suma de $ 1.851.oo, en vez de la cantidad de $ 2.589.oo que venía decretada; y el de Remigia de Rátiva lo redujo a $ 5.281.oo, en lugar de los $ 6.093.75 ordenados por el a-quo. Revocó la indemnización moratoria en favor de la demandante pero la confirmó en cuanto al demandante. Rebajó las costas de la primera instancia a la mitad y no hizo condena por tal concepto en la segunda. Confirmó la decisión absolutoria de primer grado, respecto de los demás cargos de la demanda.

La parte vencida interpuso el recurso de casación. El Tribunal lo concedió y esta Superioridad le ha dado el trámite de rigor. Corresponde decidirlo, pues, previo el examen del escrito que lo sustenta. No se presentó memorial de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Pretende el recurrente la casación total del fallo recurrido y que, en cambio, se resuelva que "no hay lugar a proferir las declaraciones y condenas impetradas en la demanda".

Como causal de casación el libelista aduce la primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo. Presenta dos cargos que pasa a estudiar la Sala.

Primer cargo

Está enunciado así:

"La sentencia del H. Tribunal de Tunja —Sala Laboral— quebrantó, indirectamente, por indebida aplicación, el artículo 209 del Código Judicial (infracción de medio) aplicable por mandato del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo. Como consecuencia de tal violación quebrantó, igualmente, por vía indirecta, el artículo 26 del Título III de la Constitución Nacional y los preceptos sustantivos nacionales contenidos en los artículos 127, 249, 253, 189, 65 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo. A esta infracción de los mencionados preceptos fue conducido el H. Tribunal de Tunja por error de hecho ostensible y manifiesto de la interpretación de la demanda".

En el desarrollo de la acusación el recurrente sostiene la tesis central de que hubo indebida acumulación de acciones, al haberse tramitado conjuntamente las acciones de los dos demandantes, por lo cual se violaron las disposiciones legales que cita en el enunciado del cargo.

Se considera.

En el juicio no se discute:

a). Que en él comparecen como actores Enrique Rátiva y Remigia González, y como demandado José A. Espitia; b).—Que son dos los contratos de trabajo alegados como causa jurídica por los actores, así: uno entre Enrique Rátiva y José A. Espitia, y otro entre Remigia González y el nombrado Espitia; y, c.—Que en el mismo acto procesal los dos actores acumulan varias peticiones, derivadas de su respectivo contrato.

El Tribunal admite que el litigio se planteó en la forma y términos expresados, y sostiene que la doble acumulación (objetiva y subjetiva) reúne los requisitos del artículo 209 del C. J., porque el acto procesal se apoya en una causa común de donde emanan las peticiones formuladas por cada uno de los demandantes (el contrato de trabajo respectivo), por lo que, agrega, no obstante los distintos contratos individuales entre cada actor y el demandado, "es jurídica la acumulación de acciones, ya que el derecho para pedir procede de un vínculo común".

Combate el recurrente la tesis del Tribunal diciendo que no existe la conexidad jurídica que éste propugna, porque son diferentes las causas y las personas. Deduce de allí error manifiesto en la interpretación de la demanda y la consiguiente violación del precepto constitucional y disposiciones legales que el cargo cita.

La Sala observa:

Si la reunión de dos sujetos en una sola demanda y la deducción en ésta de varias acciones, fundadas en sendos contratos de trabajo con el mismo demandado, se amolda a lo previsto en el artículo 209 del C. J., porque el derecho para pedir procede de un vínculo común, como lo sostiene el Tribunal, y si esa tesis no es admisible, porque la causa no es igual sino distinta y diversas las personas que integran la parte actora, no se trata de error en la interpretación de la demanda, esto es, de un vicio de actividad, sino de un error de juicio. Cuando la cuestión de hecho no se discute y sin mediar errores de hecho o de derecho se hace aplicación de la regla legal a un hecho probado pero no regulado por ella, la infracción se produce por indebida aplicación de la regla, pero no por el concepto que señala el impugnador. Si el artículo 209 del C. J. es claro y no admite el litis consorcio activo inicial, sino únicamente la acumulación objetiva de acciones y, sin embargo el fallador entiende que aquella figura procesal cabe dentro de la hipótesis del precepto, se estaría entonces en el caso de violación de la regla por errónea interpretación, pero no dentro del concepto en que coloca la infracción el recurrente.

Dada la separación que la ley establece entre los distintos motivos de casación, si no es pertinente el aducido, la Corte no puede, de oficio, acoger el que a su juicio sea procedente, pues le está vedado a la Corporación salirse de las reglas que gobiernan el recurso extraordinario. Por tales razones, no acoge el cargo.

Lo expuesto no impide que, por vía de doctrina, rectifique la Corte la tesis que sustenta el fallador, en su concepto equivocada.

El artículo 209 del C. J. se refiere a la acumulación objetiva de acciones exclusivamente, no a la subjetiva o de procesos. Desde luego es posible la comparecencia de varios actores en una sola demanda (litis consorcio activo inicial) como ocurre con las obligaciones solidarias e indivisibles. Sobre el punto, la Corte, en Sala de Casación Civil, ha sentado esta doctrina, de aplicación también en el proceso laboral: "El litis consorcio, consistente en la posibilidad de parte plural con identidad de pretensiones, puede formarse desde el comienzo cuando se inicia al mismo tiempo por varios actores y contra varios demandados, y es normal y permitido cuando varios demandantes y reos están ligados por una relación de derecho sustancial que da lugar a la conexión jurídica entre los diversos pedimentos de las acciones". (G.J., LXII, Sent. Junio 16, 147).

Es craso error sostener, como lo hace el Tribunal, que la causa de hecho de las acciones acumuladas por los dos demandantes, es común, porque es de trabajo el contrato que cada uno de ellos celebró con el demandado. Contrato de trabajo es una expresión genérica, como lo es la de cualquier otro contrato nominado, v. gr., de venta, de arrendamiento, de sociedad, etc. Pero no es igual el contrato laboral entre A. y B. y el contrato laboral entre A. y C. Son dos contratos distintos: en cada uno son diferentes los sujetos de la relación, por lo cual entre ellos no hay conexidad en ninguno de los elementos estructurales de la acción: diversos son los sujetos, el objeto y el título o causa de hecho. Bastaría la noción que del contrato de trabajo da la ley (artículo 22 del CST), según la cual es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra, natural o jurídica, bajo su dependencia y mediante remuneración, para convencerse de que no es posible conexión alguna entre el contrato que celebre un trabajador con un patrono y el que concierte otro con el mismo patrono.

Fue, pues, indebida la doble acumulación de que da cuenta el proceso: la objetiva de acciones y la de sujetos en su parte activa. La irregularidad incidía en el presupuesto procesal denominado por la doctrina "demanda en forma" e impedía, por tanto, una decisión jurisdiccional de mérito. La pluralidad de acciones o de procesos dentro de una unidad de procedimiento, cuya finalidad es, por una parte, la economía procesal, en cuanto a la acumulación objetiva, e impedir la ruptura de la continencia de la causa, en cuanto a la acumulación subjetiva, no es arbitraria. Ambas están sometidas a determinados requisitos, sin cuya observancia una y otra resultan improcedentes.

No sobra anotar que la irregularidad apuntada no es contraria a las reglas del debido proceso, consagradas en el artículo 26 de la Carta Política como integrantes de una de las garantías so-

ciales y a la vez de los derechos individuales, como lo sostiene el recurrente. Para que el juzgamiento se produzca en legal forma, el precepto exige que proceda de Juez competente y que el procedimiento sea el previsto, para el caso, por el legislador. El Juez que decidió la litis de que trata este proceso era el competente, tanto en primera como en segunda instancia, y el procedimiento adoptado —el prescrito por la vía ordinaria— fue el observado por uno y otro juzgador. Lo ocurrido en el caso del pleito se halla fuera de la hipótesis que contempla el ordenamiento constitucional.

En atención a que la Sala ha rectificado el criterio del Tribunal sobre la acumulación de acciones, no habrá lugar a condenación en costas en este recurso.

SEGUNDO CARGO

Se propone en estos términos:

"La sentencia del H. Tribunal Superior de Tunja viola, por vía indirecta, los preceptos de la ley sustantiva nacional contenidos en los artículos 127, 249, 253, numeral 2º del artículo 189, 65 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida en que incurrió el sentenciador a consecuencia de errores ostensibles de hecho en la apreciación de algunas pruebas".

Las pruebas que singulariza el recurrente son las visibles a folios 96, 107, 120 del cuaderno número 1 y las libretas de jornales anexas.

Afirma el recurrente que aunque para el Tribunal no se encuentra demostrado el último salario, ya que en su motivación habla de que el de $ 2.00 "era el que debió devengar el demandante", por errónea apreciación de las pruebas antes mencionadas cometió error de hecho que determinó la infracción de los artículos arriba citados. El resumen del cargo en lo relativo al demandante dice: "En conclusión, el H. Tribunal Superior de Tunja —Sala Laboral— apreció erróneamente las pruebas que se dejan individualizadas —que son las únicas aportadas para demostrar el salario— en cuanto con ellas dio por establecido el salario devengado por el trabajador Enrique Rátiva en el momento de la terminación del contrato con Espitia Bernal, apreciación que lo condujo a condenar a mi mandante al pago de la cesantía, vacaciones, prima de servicios e indemnización moratoria o "salarios caídos", sin fundamento o respaldo en la realidad procesal, violando así, por vía indirecta, las normas sustantivas de orden nacional que se dejan citadas". (Subraya la Sala).

Se considera:

Como es fácil apreciarlo, toda la argumentación de este aspecto del cargo referente a Enrique Rátiva estriba en la tesis de que el ad-quem dio por demostrado, sin estarlo, el último salario.

Pero definida la existencia del contrato de trabajo, que fue negada por el demandado, lógico era que el fallador procurara deducir de tal hecho todas sus consecuencias jurídicas. Es por ello por lo que conjuga diferentes factores de orden probatorio, como las libretas de jornales, las manifestaciones del demandante, la declaración de Héctor Castro, etc., para poder determinar el salario del trabajador y darle solución adecuada al problema. Dentro de la amplitud de que disfruta el juzgador laboral en materia de pruebas, bien podía el Tribunal adelantar esa tarea. Su deducción sobre el salario de Rátiva en ningún caso pone de presente un ostensible error de valoración probatoria, ya que, las referidas pruebas por lo menos constituyen indicios atendibles que apoyan la inferencia del ad-quem. Y no está por demás observar que la conclusión del sentenciador es contraria al salario mínimo legal, al que ha podido acudir ante la dificultad de precisar el salario real, por cuanto el que regía para Boyacá, en aquella época, para zonas rurales, era de tres pesos ($ 3.00) diarios; pero debido a que la parte promotora del juicio no interpuso recurso de casación, la Corte no puede alterar el fallo recurrido, ya que esa omisión demuestra su conformidad con el mismo.

Lo antes dicho lleva al convencimiento de la Sala de que no se ha configurado el evidente error de hecho que arguye el recurrente. Por lo mismo, la acusación no prospera.

En lo atinente al salario que le sirve de base al sentenciador para las condenas en favor de la demandante, el recurrente formula una acusación similar a la que se ha dejado examinada, que expone en estos términos:

"En cuanto se relaciona con la condena a cargo de José Espitia y a favor de Romigia González, el H. Tribunal Superior de Tunja, incurrió igualmente en manifiesto error de hecho al dar por establecido el salario devengado por aquélla en el momento de la terminación del contrato de trabajo". (Subraya la Sala).

Afirma el impugnador que el Tribunal apreció en forma equivocada la declaración del demandado cuando dijo: "A Enrique cuando me trabajaba le pagaba y Remigia nunca me trabajó; nunca la ocupaba. Ultimamente cuando hubo agricultura que trabajaba de cocinera se le pagaba un peso o uno veinte" (fol. 120).

Se considera:

Con relación a la nombrada trabajadora también el demandado niega inicialmente que hubiese estado vinculada con él por contrato de trabajo pero luego manifiesta que cuando trabajaba como cocinera le pagaba un peso o uno veinte. Ahora bien, como es el propio Espitia el que da a entender que en la última etapa de servicios Remigia González percibía el salario indicado, ya que esto es lo que se deduce de su expresión: "Ultimamente cuando hubo agricultura....", no es desacertada la apreciación del **ad-quem** cuando toma como salario de la trabajadora el de un peso. Solución por demás favorable para el demandado por cuanto, como se dijo antes, el fallador ha podido darle aplicación al salario mínimo legal superior al escogido para la liquidación de los derechos laborales correspondientes a la demandante. Y no se diga que por ser ésta servidora doméstica no le era aplicable tal clase de salario puesto que la realidad procesal demuestra que ella prestó sus servicios en una finca o hacienda y que le cocinaba a los obreros de la misma, lo que descarta el concepto del trabajo propiamente llamado doméstico. (Declaración de Héctor Castro).

Tampoco por este otro aspecto de la acusación surge un ostensible error de hecho. Por consiguiente, el cargo no prospera.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas en este recurso.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.



NO PROSPERAN LOS CARGOS QUE SE HACEN A UNA SENTENCIA QUE CONDENO A PAGAR CIERTAS PRESTACIONES SOCIALES A UN TRABAJADOR QUE PRESTABA SUS SERVICIOS EN UNA FOTOGRAFIA

Saber si una relación jurídica puede o no configurar un contrato de trabajo, es cuestión de hecho, que, como tal, debe demostrarse probatoriamente por los medios establecidos en la ley. Así, pues, el ataque que en casación pretenda quebrantar la sentencia del ad-quem, por cuanto éste hubiera reconocido la existencia del contrato de trabajo, no puede realizarse invocando la violación directa de la ley, sino a través de posibles errores, de hecho o de derecho, como consecuencia de apreciación errónea, o falta de apreciación de determinada prueba. No siendo ésta la vía escogida, la acusación resulta inestimable.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., veinticinco de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

César Jalil Rengifo, demandó por medio de apoderado, ante el Juzgado del Trabajo del Circulo Judicial de Ibagué, a Miguel Morales y Ligia Ramírez de Morales, para que solidariamente sean condenados al pago de: $ 2.344.06, valor de 256 días de salario por "descanso dominical remunerado"; $ 760.28 valor de 83 días de salario por trabajo en festivos tanto nacionales como religiosos; $ 1.300.72 por prima de servicios; $ 550.00 por vacaciones; $ 1.300.72 por auxilio de cesantía; el valor de los salarios caídos desde el día del despido hasta cuando se verifique el pago, más las costas del juicio.

Para fundamentar sus peticiones relató los siguientes hechos: que laboró personalmente para los demandados desde el día 1º de mayo de 1952, hasta el 2 de abril de 1957, fecha en la cual fue despedido sin previo aviso y sin motivo justificativo, como obrero de una fotografía que estos tenían establecida en Icngué: que el contrato de trabajo fue verbal y devengó un salario promedio de $ 9.16 diarios; que los demandados durante la vigencia del contrato no le pagaron los salarios correspondientes al descanso remunerado en dominicales y festivos, ni prima de servicios, ni vacaciones y que le deben el valor de la cesantía y el de las demás prestaciones que reclama.

Como fundamentos de derecho citó los artículos 65, 172, 173, 186, 249, 177, 306 y concordantes del C.S.T. y el C. de P. L.

Los demandados, por medio de apoderado, respondieron conjuntamente la demanda. Aceptaron, con salvedades, unos hechos, pero negaron la existencia de vínculo laboral con el demandante, pues afirmaron que el trabajo no fue subordinado.

El Juzgado del conocimiento, por sentencia de 6 de septiembre de 1957, desató el litigio condenando a los demandados a pagar al actor la suma de $ 2.233.32 por concepto de prima de servicios, vacaciones y cesantía, los absolvió de los demas cargos y los condenó en costas.

El fallo anterior fue apelado por los apoderados de las partes para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué —Sala Laboral—, entidad que por sentencia de 22 de enero de 1958, confirmó la de primer grado y se abstuvo de condenar en costas.

Contra el fallo del Tribunal se interpuso por la parte demandada el recurso de casación, el que admitido y tramitado legalmente pasa a decidirse No se presentó escrito de réplica a la demanda.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Persigue el resurrente se case totalmente la sentencia del Tribunal y que, como consecuencia, se revoque la de primera instancia y, en su lugar, se absuelva a los demandados de los cargos del libelo inicial y de la condena en costas.

La demanda no indica la causal de casación en que se funda para sustentar el recurso. Formula tres cargos de los cuales puede deducirse que invoca la causal primera del artículo 87 del C. de P. L. Se estudian en su orden.

PRIMER CARGO

El recurrente lo denomina "Primer motivo" y lo plantea como sigue:

"La sentencia recurrida en casación es violatoria de los artículos 22 y 23 del C. S. del T. directamente, por indebida aplicación, lo que la llevó a violar en igual forma los artículos 1º y 2º del mismo Código y los arts. 172, 173, 177, 186, 249 y 303 del prenotado Código, que ordenan pagar: descanso dominical, fiestas nacionales y religiosas, vacaciones, cesantía y prima de servicios".

En su desarrollo, manifiesta que la sentencia estimó erróneamente que el caso controvertido implicaba un contrato de trabajo, al tenor de los artículos 22 y 23 del C.S.T., cuando en realidad tanto las manifestaciones del actor como las pruebas que obran en el proceso, "demuestran, en forma inequívoca, que entre el demandante y uno de los demandados, el señor Miguel Morales, ya que no existe vínculo contractual alguno con la otra demandada, lo que existió fue un contrato de confección de obra que no entra bajo la jurisdicción laboral".

Luego de transcribir los artículos 2º del C. de P. L. y 22 del C.S.T., y de discurrir sobre los elementos que configuran el contrato de trabajo, dice que en el caso **sub-judice** no existe la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del patrono, falta que se demuestra con la manifestación del mismo demandante al absolver posiciones (folios 39 y 41). Se extiende en el análisis de esta prueba para sacar varias conclusiones en apoyo de la tesis que sustenta y agrega, que una labor en las anteriores condiciones no constituye contrato de trabajo tal como lo definen y reglamentan los artículos 22 y 23 en cita, por lo que la violación directa de estas disposiciones, por indebida aplicación, llevó al sentenciador a violar indirectamente los artículos 1º y 2º del C.S.T. y también directamente y por indebida aplicación las demás normas que señala el cargo.

La Sala considera:

De la forma como el recurrente presenta y desarrolla la acusación contenida en el primer cargo, se observa que toda su argumentación está dirigida a desconocer la existencia del contrato de trabajo entre las partes, que fue aceptada tanto por el Tribunal como por el Juez **a-quo**. Saber si una relación jurídica pueda o no configurar un contrato de trabajo, es cuestión de hecho, que, como tal, debe demostrarse probatoriamente por los medios establecidos en la ley. En este caso, el ataque en casación que busque quebrantar la sentencia del **ad-quem**, que así lo reconoce, no puede realizarse invocando la violación directa de la ley, como lo hace el recurrente, sino a través de posibles errores, de hecho o de derecho, como consecuencia de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba. No fue ésta la vía escogida por el recurrente, y ello hace inestimable la acusación. Lo anterior es suficiente para que el cargo no prospere.

SEGUNDO CARGO

Lo enuncia el impugnador de la siguiente manera:

"Acuso igualmente la sentencia materia del recurso de casación que sustento, por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, errores, que llevaron al sentenciador a violar directamente, por indebida aplicación, los preceptos de carácter sustantivo que cito al sustentar el MOTIVO anterior".

Desarrolla el cargo así:

"ERROR DE HECHO: Dice la sentencia recurrida en casación que el demandante en sus posiciones absueltas en una de las audiencias de trámite, afirma que estaba subordinado a sus patronos, y anota como elemento sustancial de subordinación, entre comillas, éste:

"'Es cierto que los patronos no me dirigían únicamente pero sí era requisito indispensable entregarles las obras a su plena satisfacción'.

"Anoto en esto un perfecto error de hecho en el sentenciador al apreciar esa prueba, porque ni el demandante sostiene en sus posiciones su

subordinación, lo que se deduce con la simple lectura del acta de absolución, ni lo que el sentenciador anota como subordinación y que se deja transcrito, demuestra esa subordinnación y continuada dependencia a que el legislador se refiere.

ERROR DE DERECHO: Y es un error de bulto en derecho considerar, como considera el sentenciador, que el compromiso de entregar obras a satisfacción demuestre subordinación o dependencia, porque manifiesta precisamente lo contrario, independencia y libertad de criterio de acción para realizar técnicamente un trabajo cualquiera.

"Y asimismo, es grave error de derecho afirmar, como afirmó el sentenciador, que la confesión del demandante hace plena prueba si no se desvirtúa. Quizá quiso referirse, erróneamente, a la confesión del demandado, o erró gravemente al confundirla con el criterio que en derecho se da a la confesión del demandado.

"Y esos errores, que se hallan de bulto en el fallo, llevaron al sentenciador, a la violación que acuso en este capítulo".

Se considera:

El Tribunal aboca en primer término el estudio referente a establecer si en el sub-judice existió o no contrato de trabajo entre el demandante y los demandados. Para ello, realiza el examen de las pruebas aportadas al juicio y se refiere principalmente a las posiciones absueltas por la demandada Ligia Ramírez de Morales, en cuanto ésta afirmó que era cierto que Julio César Jalil Rengifo laboró hasta el 2 de abril de 1957, sin recordar la fecha de ingreso, y en cuanto aceptó que el demandante "estaba a las órdenes cuando iba a trabajar, pero él no tenía horario ni hora de entrada fija y había días que no iba porque se iba para otra ciudad". Analizó también las posiciones que absolvió el otro demandado Miguel Morales, lo mismo que las declaraciones de Maximiliano Mazuera, Hernán Aguiar, Daniel Camacho Ponce, Jorge Alberto Gutiérrez, Luis Polanco, Justo Ospina Pérez y, finalmente, las posiciones absueltas por César Jalil Rengifo, destacando, respecto de esta prueba, que el demandante en su respuesta afirmó nuevamente la subordinación o dependencia respecto a los patronos, y advirtió que "esta confesión del demandante no fue desvirtuada". Luego, el Tribunal expresó lo siguiente: "No cabe duda que en el caso aquí debatido y como lo anotó el Juez de la instancia, tanto el trabajo personal del actor demandante en su calidad de trabajador, como la subordinación y como el salario definieron legalmente a la luz de la doctrina y de la ley un contrato de trabajo". Más adelante, dice: "No puede considerarse que en los autos existió contrato de obra, destacado el elemento subordinación, como ya se anotó, surge por consiguiente, la relación de trabajo que trae como consecuencia el derecho del trabajador a reclamar las prestaciones sociales respectivas que no le fueron pagadas durante el tiempo laborado...". Y, agrega: "En el caso de autos, varios de los declarantes afirman que el actor del juicio trabajaba en la fotografía Venus a órdenes de los demandados".

Como se aprecia de lo anterior, el Tribunal dedujo la existencia de un contrato de trabajo entre las partes contendientes del examen y valoración de las pruebas que se han relacionado, pues estimó que de ellas aparecían establecidos los requisitos referentes a la prestación personal del servicio por parte del demandante, su dependencia respecto a los demandados y un salario como retribución de tales servicios. Respecto a la subordinación del trabajador, el sentenciador la afirma principalmente de las posiciones absueltas por la demandada y de los testimonios rendidos en el juicio. Si hace referencia al dicho del demandante en la diligencia en que absolvió las posiciones que se le formularon, es para destacar que éste reafirma su dependencia o subordinación, cosa que también se contiene en la demanda con que se inició el juicio. El recurrente no ataca todas las pruebas que sirven de soporte a la decisión del Tribunal para dar por establecido el contrato de trabajo, por lo que ella permanece en firme. Esto hace que el cargo no prospere, por lo que respecta al supuesto error de hecho, el que, por otra parte, tampoco resulta evidente.

En cuanto al error de derecho que se atribuye a la decisión del ad-quem, es de anotar, que la demostración de la existencia del contrato de trabajo, es hecho que puede establecerse probatoriamente por cualquiera de los medios establecidos por la ley y conocidos con el nombre de "pruebas". Y ocurre que en la casación del Trabajo sólo habrá lugar a error de derecho, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando

deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo, según lo preceptúa el artículo 87 del C. de P. del T. Por lo dicho, el cargo no prospera.

TERCER MOTIVO

Lo presenta así:

"Al concretar este cargo, acuso la sentencia, recurrida en casación, porque violó el principio constitucional según el cual nadie puede ser condenado sino mediante los trámites de rigor y por autoridad competente, violación que llevó al sentenciador a violar directamente, por indebida aplicación, las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que dejo citadas al sustentar los motivos anteriores de casación".

Afirma luego el recurrente que la jurisdicción laboral se instituyó para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato del trabajo, pero que, como en el caso de autos no aparece configurado el contrato de trabajo, las relaciones contractuales que aparecen aceptadas por el demandante, escapan a la jurisdicción laboral. "Esa jurisdicción que fue violada, o desconocida por incompetencia y por carecer de ella, por el sentenciador, hace que la sentencia sea violatoria de las disposiciones anotadas del C. S. del T., directamente y por indebida aplicación".

Se considera:

El principio constitucional a que alude el recurrente y que estima infringido directamente por el Tribunal, está consagrado en el artículo 26 de la Carta, que en lo pertinente dice: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

El impugnador deduce la violación directa de esta norma constitucional, porque en su concepto no existió contrato de trabajo entre las partes. Este supuesto, que entraña una cuestión de hecho, es suficiente para desestimar la acusación por infracción directa de la norma. Empero, la Sala agrega que en el actual proceso no se ha violado la garantía constitucional amparada por la disposición a que se ha hecho referencia. El precepto exige que el juzgamiento para que se produzca en legal forma, debe proceder de un juez competente y que se observe el procedimiento previsto para el caso por el legislador. Tanto los juzgadores de primera como de segunda instancia eran competentes para decidir esta litis y el procedimiento adoptado —el de la vía ordinaria— es el establecido por la ley procedimental laboral. El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia de este recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto de Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

SE DECIDE UN INCIDENTE DE COLISION POSITIVA DE COMPETENCIAS PARA CONOCER DE UN JUICIO DE SUCESION ABIERTO EN DOS JUZGADOS DE DISTINTOS DISTRITOS JUDICIALES

1.—Obró correctamente el Juez al abrir el juicio mortuorio, puesto que la correspondiente solicitud provino de los hermanos legítimos del de cujus, o sea, de herederos presuntos, a quienes el artículo 935 del C. Judicial, en concordancia con el 1.312 del C. Civil, confiere derecho a iniciar el juicio sucesorio. El que posteriormente puedan verse desplazados por otros de mejor derecho, no les quita su condición de herederos presuntos, que es la sola calidad que exige la ley para que una persona pueda pedir la iniciación de un juicio sucesorio y por ende, llegue a ser parte en ese juicio, sin perjuicio de terceros, naturalmente.

2.—Ha entendido la jurisprudencia de la Corte que el artículo 416 del C. Judicial no prohibe que el Juez que tramita una mortuoria promueva competencia positiva a otro que adelanta un sucesorio del mismo de cujus. Ni los términos del texto legal, ni razón superior alguna, se oponen a esta solución y, por el contrario, su negativa daría lugar a problemas de difícil desenlace. Porque no puede evitarse que un juicio sucesorio sea abierto en más de un juzgado, y sin embargo, es lo cierto que el juicio debe quedar radicado en el que corresponda de conformidad con el ordinal 5º del artículo 152 del C. Judicial. Sin que el incidente de acumulación, como acaso pudiera pensarse, ofrezca un medio expedito a este respecto, ya que del incidente llevaría los juicios al juzgado que está conociendo del más antiguo, pero éste puede no coincidir con el del lugar que en realidad corresponde según el precepto acabado de citar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES. — Bogotá, dos de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau)

A solicitud del doctor Enrique Carlos Posada, apoderado de Rafael Monterrosa Escobar, María de Jesús Monterrosa Escobar, Soledad María Monterrosa de Pupo y Sixta Tulia Monterrosa de Osorio, el señor Juez Promiscuo del Circuito de Sincé, del Distrito Judicial de Cartagena, promovió competencia positiva al señor Juez Promiscuo del Circuito de San Marcos, perteneciente al Distrito Judicial de Montería, con relación al juicio sucesorio de Francisco Manuel Monterrosa Escobar, abierto también en el segundo de los mencionados Juzgados. Como el Juez de San Marcos no aceptara la competencia y el otro insistiera en ella, ambos enviaron sus actuaciones a esta Sala, para la decisión del conflicto. Como tales actuaciones vinieran incompletas, los respectivos jueces fueron requeridos para que enviaran la totalidad de los autos, ya que el artículo 421 del C. J. no circunscribe al incidente las actuaciones que deben ser enviadas al Superior, el cual, por otro lado, no podría juzgar con acierto sin tener a la vista el negocio completo.

El Juez de Sincé se considera competente sobre la base de haber tenido el causante Monterrosa

Escobar su domicilio en la finca "Francia", de conformidad con las declaraciones de Cristo Alvarez e Inocencio Tejada, presentadas por el doctor Posada.

Por su parte, el Juez de San Marcos considera vagas las declaraciones de los aludidos testigos, presentadas por el doctor Posada, pues no precisan la ubicación del paraje donde está situada la citada finca "Francia", y, después de examinar las numerosas probanzas allegadas por el doctor Ojeda, apoderado de hijos naturales del difunto e interesado en sostener su competencia, integradas por declaraciones de testigos, diversas certificaciones y una escritura pública, concluye que Monterrosa Escobar tenía en San Marcos el asiento principal de sus negocios, por lo que, de conformidad con el ordinal 3º del artículo 152 del C. J., viene a ser el Juez competente.

Para el señor Agente del Ministerio Público, cuya personería ha llevado en este negocio el señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil, el incidente debe desatarse en favor del señor Juez de San Marcos, conclusión a que llegó después de haber analizado las diversas probanzas presentadas por las partes.

Los poderdantes del doctor Posada eran parte en el sucesorio de Francisco Manuel Monterrosa que a su pedimento inició el Juez de Sincé y como tal parte podían proponer el incidente de competencia a tenor al artículo 415 del C. J. Dicho Juez obró correctamente al abrir dicha mortuoria ante tal requerimiento, porque se lo hicieron hermanos legítimos del de cujus, o sea, herederos presuntos de éste, a quienes el artículo 935 del C. J. en concordancia con el 1.312 del C. C. confieren derecho a iniciar el juicio sucesorio. El que posteriormente los poderdantes del doctor Posada puedan verse desplazados por herederos de mejor derecho, no les quita su calidad de herederos presuntos, que es la sola que, según acaba de verse, exige la ley para que una persona pueda pedir la iniciación de un juicio sucesorio, y por ende llegue a ser parte en ese juicio, naturalmente, sin perjuicio de terceros.

Los poderdantes del doctor Posada estaban, pues, calificados para promover el incidente de competencia ante el Juez de Sincé. La circunstancia de que éste estuviera tramitando un mismo juicio sucesorio no podía constituir obstáculo a su actuación, puesto que ninguna disposición legal prohibe que en tal caso prospere el incidente. El artículo 416 del C. J. si bien parece contemplar la hipótesis de que el Juez ante quien se solicita que promueva la competencia no esté conociendo de negocio alguno no se opone en realidad de verdad a la posibilidad contraria. "El Juez o Tribunal a quien se pida aprehenda el conocimiento de un negocio pendiente en otro Juzgado o Tribunal...", comienza diciendo, pero esto no es incompatible con la circunstancia de que, especialmente tratándose de juicios sucesorios, él también esté tramitando un negocio similar al que tramita el otro juez, el cual juicio es el que se le pide que trate de aprehender. Al juez de Sincé se le solicitó por quienes eran parte legítima en un juicio sucesorio que él tramitaba, que aprehendiera el sucesorio que adelantaba el juez de San Marcos, y esta la exacta hipótesis contemplada por el antedicho artículo 416 del C. J. La jurisprudencia de la Corte ha entendido que este artículo no prohibe que el juez que tramita una mortuoria promueva competencia positiva a otro que adelante un sucesorio del mismo de cujus. Tal fue el caso del señor Antonio Christian Disington, que se había abierto tanto en un juzgado del Circuito de Cali como en uno de Bogotá y cuyo incidente de competencia privativa, promovido ante aquel juzgado, fue decidido por esta Sala en providencia de 7 de marzo de 1960. Tal fue también el del incidente fallado en providencia de 8 de febrero de 1955 (G. J. T. 79, número 2.150, pág. 628).

Por lo demás no hay razón superior alguna que pueda oponerse a tales soluciones, y, por el contrario, su negativa daría lugar a problemas de difícil desenlace. Pues no puede evitarse que un juicio sucesorio sea abierto en más de un juzgado, y sin embargo, es lo cierto que el juicio debe quedar radicado en el que corresponda de conformidad con el ordinal 5º del artículo 152 del C. J. Sin que el incidente de acumulación, como acaso pudiera pensarse, pueda ofrecer un medio expedito a este respecto, ya que tal incidente llevaría los juicios al Juzgado que esté conociendo del más antiguo, pero éste puede no coincidir con el del foro que en realidad corresponde según el precepto acabado de citar.

Para formar un juicio sobre la manera de decidir el presente conflicto de competencias la Sala tiene a la vista tres categorías de elementos probatorios: a) declaraciones extrajuicio presentadas por el doctor Posada con el memorial introductor del incidente; b) declaraciones extrajuicio presentadas por el doctor Ojeda al desco-

rrer el traslado que a las partes dio el señor Juez de San Marcos, y c) las diligencias del juicio sucesorio propiamente dicho adelantadas por uno y otro Juzgado. Esta última categoría es, desde luego, la más importante.

Del expediente constituído por lo actuado por el Juez de San Marcos en la mortuoria de Francisco Manuel Monterrosa Escobar resulta lo siguiente:

Según la partida notarial de defunción, era natural de San Benito Abad, su última ocupación fue la ganadería y falleció de un infarto cardíaco en el "Hotel Real" de San Marcos, el 1º de noviembre de 1959.

El activo de la diligencia de inventario y avalúos de los bienes relictos aparece integrado por: 1º—"La finca rural nombrada 'Berlín', ubicada en jurisdicción del municipio de San Benito Abad", avaluada en $ 15.000.00. 2º "La finca rural denominada 'Francia', ubicada en el mismo municipio de San Benito Abad", avaluada en $ 40.000.00; 3º "Predio rural denominado 'Dios te libre', ubicado en jurisdicción del municipio de San Benito Abad", avaluado en $ 40.000.00. 4º "Una casa de mampostería con su respectivo solar, ubicada en esta localidad (San Marcos)", avaluada en $ 25.000.00. 5º Ciento veinte terneros, cincuenta y seis novillos, cuarenta y una vacas paridas, veintiocho vacas horras, veinte novillas, tres toros padres, siete caballos, dos potros de amanco y una mula de servicio, avaluado todo en $ 272.820.00. 6º "Un seguro de vida por la cantidad de $ 50.000.00". Según el "acta de examen de bienes de la sucesión", los semovientes se encuentran en las fincas rurales antes nombradas, las cuales están 'cultivadas todas en pastos naturales y artificiales en su mayor parte, bien limpias y en plena producción.", y la finca "Francia" tiene casas de habitación: la casa de San Marcos es de mampostería, "situada en esquina, en el centro de la ciudad y con tres locales hacia los frentes de las calles". Según la diligencia de secuestro de esta casa, una parte de ella se encontraba en poder del señor Eduardo Restrepo, "quien manifestó tenerla a nombre del finado Monterrosa Escobar en calidad de arrendamiento".

Hay también en el expediente constancia de que Monterrosa bautizó en San Marcos varios hijos y los reconoció como naturales en diligencia corrida en la Notaría del lugar.

De conformidad con los anteriores datos la casi totalidad de los bienes de Francisco Manuel Monterrosa Escobar estaban ubicados en el Municipio de San Benito Abad, que hace parte del circuito judicial de Sincé (artículo 26 del Decreto 1.714 de 1936). En San Marcos apenas tenía una casa de mampostería, parte de la cual estaba dada en arriendo, con un valor de $ 25.000.00, mientras que las fincas ubicadas en San Benito junto con los semovientes en ellas apastados alcanzan un valor de $ 247.820.00.

En cuanto al sitio donde residía Monterrosa, es muy poco lo que en definitiva puede inferirse de las diligencias de la mortuoria. En la finca "Francia" tenía casa de habitación, mientras que la casa de San Marcos estaba en parte dada en arriendo, lo que hace pensar que habitaba en dicha finca; pero esto no es suficiente para descartar la posibilidad de que también pudiera haber vivido en San Marcos en otro sitio. Hay, pues, que acudir a las otras categorías de pruebas.

Según las declaraciones de Cristo Alvarez e Inocencio Tejada, rendidas a solicitud del doctor Posada, Monterrosa había vivido siempre en su finca "Francia", si bien hacía viajes a San Marcos, donde lo sorprendió la muerte en el "Hotel Real". El señor juez de San Marcos desechó dichas declaraciones por no aparecer en ellas la exacta ubicación de la finca en mención, de la cual apenas se dice que queda en el paraje de "Rabán". Ahora bien, de la diligencia de inventario y avalúos resulta que dicha finca, lo mismo que las demás rurales, queda en el Municipio de San Benito. El último domicilio habría sido, pues, San Benito.

Pero qué decir de las declaraciones y documentos presentados por el doctor Ojeda? Tocante a la residencia del difunto Monterrosa se les preguntó a los deponentes: 2º "digan si es cierto y les consta por propias y directas percepciones que el finado Francisco Manuel Monterrosa Escobar residía en esta localidad largas temporadas del año (subraya la Sala), especialmente durante los años de 1955, 1956, 1957, 1958 y el presente hasta su fallecimiento...", a lo cual contestaron así: "Sí señor, el señor Francisco Manuel Monterrosa Escobar, siempre había residido en esta cabecera municipal, especialmente en los años esos que fueron nombrados, es decir, años 1955, 1956, 1957, 1958 y éste que ahora finaliza, hasta cuando lo sorprendió la muerte....." (Jorge Janna, folio 8); "Sí señor, el finado Francisco Manuel Monterrosa Escobar residió aquí durante los

años de 1955, 1956, 1957, 1958 y el presente hasta el día 1º de noviembre en que murió repentinamente....." (David Sabbag, folio 8 v.); "Sí señor, dicho señor Francisco Manuel Monterrosa Escobar residió aquí por temporadas, especialmente los años esos que se me leyeron, o sean 1955, 1956, 1957, 1958 y el año éste que ahora termina, hasta el día 1º de noviembre cuando lo sorprendió la muerte... durante esos años citados anteriormente siempre siempre lo vi residiendo aquí. ...". (Pablo L. Agámez, fl. 10); "...me consta de que dicho señor sí pasaba largas temporadas en esta ciudad en los años de 1955 al presente, inclusive" (Uriel de la Ossa, fl. 11 v.); "Sí me consta que conocí residiendo largas temporadas de los años citados en esta ciudad de San Marcos, hasta cuando dejó de existir que fue en el pasado mes de noviembre del año que finalizó hace doce días, al señor Francisco Manuel Monterrosa Escobar..." (Hildemaro Benítez, fl. 12 v.); "Sí, señor, sí me consta de que el señor Francisco Manuel Monterrosa Escobar residía en este pueblo largas temporadas, sobre todo los años que se me acaban de leer, o sea, 1955, 1956, 1957, 1958 y el pasado 1959 en que dejó de existir..." (Antonio Jatib, fl. 13 v.); "Me consta que este hombre llamado Francisco Manuel Monterrosa Escobar sí residía aquí largas temporadas....; dicho señor Monterrosa, como dije, residió varias temporadas de años aquí, pero no puedo precisar si ello fue durante esos años que se me acaban de leer, si sé que ahora que él murió, que fue en noviembre del pasado año, estaba aquí en compañía de sus hijos..." (Domingo Berdugo, fl. 14 v.).

Como puede apreciarse, no son unánimes los declarantes en cuanto al tiempo de residencia de Monterrosa en San Marcos. Según Jenna y Sabbag, siempre vivió en San Marcos, especialmente durante los años porque les preguntaron; en cambio, para los demás, Monterrosa tan sólo pasaba largas temporadas en San Marcos, pero con discrepancias sobre la duración de ellas. Así, para Agámez la última temporada habría cubierto de 1955 a 1959, mientras que para De la Ossa, Benítez, Jatib, Berdugo habrían sido varias, una en cada uno de los mencionados años.

Aunque no hay elementos extrínsecos que lleven a preferir unos declarantes a otros, la Sala se decide por los que hablan de temporadas anuales, porque resultan en armonía con lo que el doctor Ojeda expresó en el interrogatorio, de que Monterrosa no había vivido continuamente en San Marcos, sino que allí había pasado largas temporadas cada año, y porque, si bien los testimonios no se cuentan, sino se pesan, a falta de todo elemento ponderador deben preferirse los más numerosos.

Ahora bien, si Monterrosa pasaba largas temporadas en San Marcos, es obvio que también las pasaba en otro lugar, y si Cristo Alvarez e Inocencio Tejada, como ya se vio, afirman que vivió en la finca "Francia", que según la diligencia de inventario y avalúos resultó estar en el Municipio de San Benito, forzosamente es de admitir que el de cujus residía parte del año en San Marcos y parte en San Benito. Dónde pasaba más tiempo, no hay medio de averiguarlo con base en la prueba testimonial, ni en realidad importa mucho para los fines de esta providencia, aunque no deja de ser significativo que los testigos del doctor Ojeda no hayan mencionado la casa precisa donde pasaba Monterrosa Escobar sus temporadas en San Marcos, ni que el doctor Ojeda se lo hubiera hecho preguntar. Allí tenía una casa, es cierto, pero a su muerte, que ocurrió en un hotel, estaba arrendada en parte, y no hay la menor referencia a que hubiera sido trasladado a ella después del deceso, ni circunstancia alguna que haga pensar en que no vivía en el hotel donde murió, lo que inclina el ánimo a creer que eran un tanto fugaces esas temporadas de San Marcos, o por lo menos la última. Sin embargo, esto no puede aceptarse como verdad inconcusa, por lo que no se puede menos que suponer que tanto en San Benito como en San Marcos pasaba largos períodos.

Así las cosas, hay que concluir que Monterrosa tenía dos domicilios a la hora de su muerte. En cuál de los dos tenía el asiento principal de sus negocios? En San Marcos hizo negocios, bautizó varios hijos, educaba a uno de ellos, y allí hacía su declaración de renta y patrimonio, según los declarantes y diversos certificados presentados por el doctor Ojeda, pero como se vió, en San Benito tenía la casi totalidad de los elementos de su patrimonio. Siendo Monterrosa ganadero, lógico era concluir que el asiento principal de sus negocios estaba en el Municipio donde quedaban las fincas en las que mantenía los ganados, y no donde sólo tenía un inmueble urbano, de escaso valor, comparado con el resto de las propiedades.

Por consiguiente, si en San Benito tenía el difunto Monterrosa el asiento principal de sus negocios, corresponde al circuito judicial de dicho municipio, que lo es el de Sincé, el conocimiento del correspondiente juicio sucesorio, a tenor de la última parte del inciso primero del ordinal 5º del artículo 152 del C. J.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales RESUELVE:

Declárase que el Juzgado Promiscuo de Sincé es el competente para conocer del juicio sucesorio de Francisco Manuel Monterrosa Escobar. Envíesele el proceso y comuníquese al Juez de San Marcos. — NOTIFIQUESE Y COPIESE.

Luis C. Zamborano. — Ramiro Araújo Gran. — Salvo mi voto, Efrén Osejo Peña. — Carlos Peláez Trujillo. — Jorge García Marbuza, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. EFREN OSEJO PEÑA

Resumen.—El incidente de colisión de competencias ha debido rechazarse, pues quienes lo promovieron no pueden ser tenidos como parte legítima.

Por no compartir algunos puntos de vista de la mayoría de la Sala, muy a mi pesar, me veo en el caso de explicar los motivos de mi disentimiento, en especial en cuanto atañe a la facultad de los hermanos Monterrosa Escobar para promover el incidente de competencia, mediante el inútil expediente de iniciar otro juicio de sucesión ante el juez de Sincé.

Desde luego, no puede confundirse la facultad que concede el artículo 1312 del C. C. para intervenir ocasionalmente en la diligencia de inventarios, con la calidad de SER PARTE LEGITIMA en un juicio; y así, en sentencia de casación de fecha 3 de octubre de 1936, la Corte dijo: "Hay completa diferencia entre una simple diligencia y un pleito, como la hay entre asistir a una diligencia y ser demandante en un litigio. El artículo 1312 autoriza al heredero, presunto que sea, a asistir al inventario; pero es muy distinto de autorizarlo para toda gestión o controversia". (G. J. Tomo XLIV, pág. 446).

Además, el memorado artículo 1312 del C. C. se refiere a los herederos presuntos, pero no puede hablarse de presuntos, en aquellos casos en que, como el actual, existen herederos reconocidos del primer grupo u orden, que excluyen a los de posterior vocación hereditaria.

El artículo 415 del C. J. dispone: "Las competencias no se suscitan de oficio en los asuntos civiles, sino a instancia de parte legítima, y pueden promoverse ante el Juez o Tribunal que esté conociendo del asunto, o ante el que a juicio del peticionario sea el competente".

Según la disposición transcrita, en cuanto a las competencias, se requiere el lleno de los siguientes requisitos: a) no puede provocarse ni decretarse de oficio; b) debe suscitarse a instancia de parte legítima; c) el respectivo incidente debe promoverse ante el juez que esté conociendo del asunto "o ante el que a juicio del peticionario sea el competente".

De acuerdo con el artículo 391 del C. J., "son incidentes las controversias accidentales que la ley permite discutir en el juicio y que requieren una decisión especial"; por tanto, para promover el incidente sobre colisión de competencias, se requiere ser parte en el MISMO JUICIO en el cual se ha presentado o se quiere provocar la controversia accidental, sin ocurrir al truco de promover OTRO JUICIO, con el fin de hacer creer que el falso articulante tiene la calidad de "parte legítima", requisito exigido por el artículo 415 del C. J.

En consecuencia, para que, quienes provocaron la competencia pudieran ser oídos, se requería fueran partes en el juicio que conoce el juez de San Marcos, porque así lo ordena el memorado artículo 415 del C. J.: y si la competencia se provocaba "ante el que a juicio del peticionario sea el competente", debió hacerse en relación con el juicio del cual conocía ya el de San Marcos, mas no respecto a OTRO JUICIO de sucesión promovido ad hoc por los hermanos legítimos del causante.

Según el tan citado artículo 415 no solamente

se requiere que sea parte, sino PARTE LEGITIMA; y no puede reputarse parte legítima a los hermanos del causante, en concurrencia de los hijos naturales ya reconocidos en el juicio de sucesión promovido ante el juez de San Marcos, que excluyen a los hermanos como lo advierte la mayoría de la Sala, por tanto, pues, se llega a la ineludible conclusión de que a los hermanos, si pudieron ser oídos en el incidente de colisión de competencias, en adelante carecerán de tal facultad por no ser **parte legítima** (artículo 951 C. J.), en el proceso que se ordena remitir al juez de Sincé, con lo cual, además, se opera el fenómeno de la acumulación de los dos procesos iniciados, el uno en el Juzgado de San Marcos, y el otro, en el de Sincé, merced a posterior pedimento de los hermanos del de Cujus.

En mi concepto, pues, ha debido desecharse el incidente de competencia por no haberse promovido por PARTE LEGITIMA.

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO

POR FALTA DEL PRESUPUESTO PROCESAL DE DEMANDA EN FORMA, LA SALA SE ABSTIENE DE DECIDIR EN EL FONDO LA QUE DIO ORIGEN A ESTE JUICIO CONTRA LA NACION, SOBRE PROPIEDAD DEL SUBSUELO PETROLIFERO DE UNOS TERRENOS

1.—Por regla general, conocido por el mandatario la muerte de su mandante, debe cesar en sus funciones; "pero si de suspenderlas se sigue perjuicio a los herederos del mandante, será obligado a finalizar la gestión principiada" (artículo 2.194 del C. Civil). Sin embargo, respecto del mandato judicial, la excepción de continuar la representación del fallecido poderdante, está condicionada al hecho de haberse notificado la demanda; de modo, pues, que si no se ha cumplido esta condición, la muerte del mandante produce la consecuencia natural de la terminación del mandato, porque antes de notificarse la demanda no puede considerarse como principiada la gestión.

2.—Si se trata de la defensa de la cosa común, de acuerdo con la doctrina uniforme y reiterada de la Corte, cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio, como demandante, con la limitación de que si la sentencia fuere desfavorable, solamente perjudicará al compareciente; en cambio, si fuere favorable, aprovechará a todos. Por tanto, si uno de los comuneros no ha estado legalmente representado, significa que no ha comparecido el juicio, con la secuela de que la sentencia desfavorable no le perjudica, mas dicha circunstancia no vicia de nulidad lo actuado, una vez que los condóminos estuvieron válidamente representados por el apoderado, quien actuó en el juicio en defensa de los intereses de todos ellos.

3.—En demandas sobre declaración de propiedad del subsuelo, la acumulación subjetiva procede cuando se cumple la unidad de causa petendi, prevista en el numeral 1º del artículo 338 del C. Judicial, con fundamento en el título originario emanado del Estado, que sería el nexo común entre los litigantes, para aprovechar las pruebas comunes y decidir el litigio en la misma sentencia, con la natural economía en cuanto al tiempo y los gastos. Los dos predios diferentes, a que se refiere la demanda de autos, pertenecen a distintos dueños, y en ella no se indicó el título común de las dos parcelas, luego no existiendo unidad en cuanto al título emanado del Estado, la acumulación así efectuada quebranta el artículo 209 del C. Judicial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES — Bogotá, tres de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

El apoderado del General Amadeo Rodríguez Vergara, Aura Victoria Rodríguez de Vélez, Jaime Rodríguez Télles, Soledad Rodríguez de Mosquera y Ana Isabel Rodríguez de Llano demandó a la Nación con el objeto de que, en la sentencia definitiva del juicio ordinario de única instancia, se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que el inmueble o predio denominado 'EL CARMEN', situado en jurisdicción del Municipio de La Calera, departamento de Cundinamarca, de propiedad de Amadeo Rodríguez V., Aura Victoria Rodríguez de Vélez, Jaime Rodríguez Télles y Ana Isabel (Chela) Rodríguez de Llano, en la proporción que se indica en el hecho primero de esta demanda, comprendido dentro de los linderos que adelante se expresan, salió legal-

mente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

"Segunda.—Que el inmueble o predio denominado 'LOS APOSENTOS', situado en jurisdicción del Municipio de La Calera, departamento de Cundinamarca, de propiedad de la señora Soledad Rodríguez de Mosquera, comprendido dentro de los linderos que adelante se expresan, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

"Tercera.—En subsidio, los inmuebles denominados 'El Carmen', de propiedad de Amadeo Rodríguez V., Aura Victoria Rodríguez de Vélez, Jaime Rodríguez Télles y Ana Isabel (Chela) Rodríguez de Llano, en la proporción que se indica en el hecho primero de esta demanda, y 'Los Aposentos', de propiedad de Soledad Rodríguez de Mosquera, ubicados en jurisdicción del Municipio de La Calera, departamento de Cundinamarca, dentro de los linderos ya señalados, salieron del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de justa prescripción, por explotación económica de esas tierras.

"Cuarta.—Como consecuencia de las anteriores declaraciones principales o de la subsidiaria, el subsuelo petrolífero de los mencionados inmuebles, o sea, el petróleo y los demás hidrocarburos, gases y substancias de que trata el artículo 1º del Código de Petróleos, que en ellos se hallen, son de propiedad de los respectivos dueños de los terrenos y pueden explotarse como de propiedad privada.

"Quinta.—Igualmente, como consecuencia de la declaración o declaraciones anteriores, el área correspondiente a los citados inmuebles, en su suelo y en su subsuelo petrolífero, se excluye de la propuesta Nº 871, formulada por la Texas Petroleum Company para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional. En el evento de que, en desarrollo de la propuesta mencionada, se hubiese celebrado contrato entre la Nación y la Texas, tal contrato debe declararse terminado en lo concerniente al subsuelo petrolífero de los citados inmuebles".

Como fundamento de las anteriores peticiones, adujo los siguientes hechos:

"Primero.—Los señores Amadeo Rodríguez V., Aura Victoria Rodríguez de Vélez, Jaime Rodríguez Télles y Ana Isabel (Chela) Rodríguez de Llano, son actuales propietarios y poseedores inscritos del predio denominado 'EL CARMEN', por haberlo adquirido en la siguiente forma:

"1.—El general Amadeo Rodríguez V. adquirió en el juicio de sucesión de la señora Isabel Télles de Rodríguez un derecho equivalente a treinta y cinco setenta y cincoavas partes (35/75) según hijuela protocolizada en escritura pública número 4561 de 5 de septiembre de 1946, de la Notaría 4ª de Bogotá. Este derecho fue traspasado por el general Rodríguez al señor Ignacio Mariño Ariza por escritura pública Nº 5486 de 21 de octubre de 1949, de la Notaría 4ª de Bogotá. Ignacio Mariño Ariza traspasó este derecho a David Londoño P. por escritura pública Nº 6294 del 1º de diciembre de 1949, de la Notaría 4ª de Bogotá. David Londoño P. traspasó este derecho a Aura Victoria Rodríguez de Vélez, Soledad Rodríguez de Mosquera, Ana Isabel (Chela) Rodríguez de Llano, Carlos Rodríguez Télles y Jaime Rodríguez Télles por partes iguales, en común y proindiviso, por escritura pública Nº 6802 de 28 de diciembre de 1949 de la Notaría 4ª de Bogotá. Aura Victoria Rodríguez de Vélez, Soledad Rodríguez de Mosquera, Carlos Rodríguez Télles y Jaime Rodríguez Télles traspasaron al general Amadeo Rodríguez cuatro quintas (4/5) partes de este derecho, por escritura pública Nº 1752 de 16 de septiembre de 1952, de la Notaría 6ª de Bogotá y Ana Isabel (Chela) Rodríguez de Llano le traspasó quinta (1/5) parte restante por escritura pública Nº 2225 de 10 de noviembre de 1952, de la Notaría 6ª de Bogotá.

"2.—Aura Victoria Rodríguez de Vélez adquirió un derecho equivalente a diez setenta y cincoavas partes (10/75) en el juicio de sucesión de Isabel Téllez de Rodríguez, según hijuela protocolizada por escritura pública Nº 4561 de 5 de septiembre de 1946, de la Notaría 4ª de Bogotá.

"3.—Jaime Rodríguez Télles adquirió un derecho equivalente a diez setenta y cincoavas partes (10/75) por compra a Alfonso Vélez Martínez, según escritura pública Nº 4029 de 31 de agosto de 1948, de la Notaría 4ª de Bogotá.

"4.—Ana Isabel (Chela) Rodríguez de Llano adquirió un derecho equivalente a diez setenta y cincoavas partes (10/75) por adjudicación en el juicio de sucesión de Isabel Télles de Rodríguez, según hijuela protocolizada por escritura pública Nº 4561 de 5 de septiembre de 1946, de la Notaría 4ª de Bogotá.

"Segundo.—La señora Soledad Rodríguez de Mosquera es actual propietaria y poseedora ins-

crita del predio denominado 'Los Aposentos', el cual fue desmembrado del predio denominado "El Carmen', adquirido en la siguiente forma:

"1.- En la sucesión de la señora Isabel Téllez de Rodríguez se le adjudicó un derecho equivalente a diez setenta y cincoavas partes (10/75), según hijuela protocolizada por escritura pública Nº 4561 de 5 de septiembre de 1946, de la Notaría 4ª de Bogotá.

"2.--Por partición material verificada con los otros condueños de la hacienda "El Carmen" fue desenglobado del total del inmueble el lote denominados 'Los Aposentos' y fue adjudicado a la señora Soledad Rodríguez de Mosquera como equivalente al derecho que en la mencionada hacienda de "El Carmen' se le otorgó en la sucesión de Isabel Téllez de Rodríguez.

"Tercero.--La tradición de los predios de que tratan los hechos anteriores se encuentra suficientemente acreditada por tiempo que excede al período de la prescripción extraordinaria, con los títulos de propiedad correspondientes y los certificados de registro respectivos.

"Cuarto.--Los predios de que tratan los hechos anteriores hacían parte, junto con mayor extensión, de un globo de tierra que salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

"Quinto.—Tanto los predios de que tratan los hechos anteriores, como el globo de tierra de mayor extensión del cual hacían parte, se encuentran debidamente delimitados en los títulos de adquisición correspondientes y son determinables sobre el terreno.

"Sexto.—Los inmuebles denominados 'El Carmen' y 'Los Aposentos', de que tratan los hechos anteriores, lo mismo que el resto del globo de mayor extensión del cual hacían parte, han sido objeto, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y desde tiempo inmemorial, de una intensa explotación económica consistente en la ocupación con ganados, cultivos, casas de habitación, cerramientos, etc.

"Séptimo.—El Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de la Resolución Nº 400, de 21 de abril de 1958, admitió la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, registrada bajo el Nº 871 (Usaquén), formulada por la Texas Petroleum Company, el día 17 de agosto de 1956, sobre un globo de terreno de 49.996 hectáreas con 3.000 metros cuadrados de extensión, ubicado en jurisdicción de los municipios de La Calera, Guasca, Sopó, Cajicá, Chía y Cota, en el departamento de Cundinamarca, y Usaquén, Engativá y Suba, hoy Distrito Especial de Bogotá, y comprendido dentro de los siguientes linderos:

En este hecho describe las lindes técnicas de la mencionada propuesta.

"Octavo.—Tanto los inmuebles denominados 'El Carmen' y 'Los Aposentos', de propiedad de Amadeo Rodríguez V., Aura Victoria Rodríguez de Vélez, Jaime Rodríguez Téllez y Ana Isabel (Chela) Rodríguez de Llano, el primero, y de Soledad Rodríguez de Mosquera el otro, como el resto del globo de tierra de mayor extensión del cual hacían parte, se encuentran comprendidos dentro de la propuesta número 731, de la Texas Petroleum Company, cuyo perímetro se superpone a ellos.

"Noveno.—Estoy dentro del término señalado en el artículo 2º del Decreto 3050 de 1956, para instaurar esta demanda".

"En derecho fundó la demanda en el "Decreto Nº 3050, de 13 de diciembre de 1956, artículo 2º y disposiciones concordantes; Código de Petróleos, artículos 34, 36 y 69, y demás disposiciones concordantes y pertinentes; Ley 50 de 1936, artículo 1º; Código de Procedimiento Civil, Título XVIII; Código Civil artículos 669 y 673; Ley 57 de 1887, artículo 28; Código Fiscal de 1873; las Cédulas Reales de la Corona Española sobre tierras pertinentes y disposiciones del Código de Indias que las adicionan".

El Procurador Segundo Delegado en lo Civil, después de transcribir las peticiones de la demanda y de oponerse a que se hicieran las declaraciones suplicadas, propone como perentoria la excepción de indebida acumulación de acciones, que sustenta en la siguiente forma:

"La de **Acumulación indebida de acciones, de hecho.**

"La hago consistir en que, de acuerdo con lo expuesto en el libelo de demanda los actores AMADEO RODRIGUEZ V., AURA VICTORIA RODRIGUEZ DE VELEZ, JAIME RODRIGUEZ TELLEZ y ANA ISABEL (CHELA) RODRIGUEZ DE LLANO, de una parte propietarios y poseedores inscritos del inmueble denominado 'El Carmen'; y la actora SOLEDAD RODRIGUEZ DE MOSQUERA, de otra parte propietaria y poseedora inscrita exclusiva del inmueble denomitado 'Los Aposentos', teniendo a su favor respectiva-

mente el primer grupo y la última mencionada a su favor o en sus cabezas acciones diferentes, carentes judicialmente de identidad, han presentado por intermedio de su apoderado especial —en una sola demanda y para tramitarse en un mismo juicio, acumuladas de hecho—, en forma que considere indebida, dichas acciones.

"Son hechos en que funde esta excepción:

"**Primero**: Según los hechos expuestos en la demanda, los actores son propietarios y poseedores inscritos de inmuebles distintos así:

"a) **Amadeo Rodríguez V., Aura Victoria Rodríguez de Vélez, Jaime Rodríguez Téllez y Ana Isabel (Chela) Rodríguez de Llano,** son los propietarios y poseedores inscritos, en la proporción correspondiente a cada uno, en común y proindiviso del predio denominado 'El Carmen', ubicado en jurisdicción del municipio de La Calera, departamento de Cundinamarca, identificado y especificado por los linderos que figuran en los documentos correspondientes allegados en la demanda, y de que habla el Hecho **Primero**, así como la petición Primera de dicha demanda.

"b) La señora Soledad Rodríguez de Mosquera, es exclusiva propietaria y poseedora inscrita del inmueble denominado 'Los Aposentos', situado en jurisdicción del mismo municipio de La Calera, departamento de Cundinamarca, comprendido por los linderos que se especifican en el Hecho **Segundo** y en la Petición **Segunda** de dicha demanda.

"**Segundo:** Son diversos los actores, y evidentemente también diferentes los bienes objeto de la demanda, como se deja visto en los dos casos. No hay identidad de sujetos (Amadeo Rodríguez V., Aura Victoria Rodríguez de Vélez, Jaime Rodríguez Téllez y Ana Isabel (Chela) Rodríguez de Llano en un caso sí con identidad de intereses como copropietarios de 'El Carmen'; Soledad Rodríguez de Mosquera, con intereses distintos a los de éstos, como propietaria exclusiva de 'Los Aposentos'). Esa disparidad de sujetos excluye la acumulación subjetiva de acciones. No hay tampoco identidad de bienes o de objetos de las acciones que diera lugar a la acumulación objetiva res o personas o sujetos de las acciones en ambos casos, sino diversos los bienes en que tiene título respectivamente.

"**Tercero**: La simple vecindad o colindancia, el estar ubicados los dos inmuebles de que se trata en una misma vereda de un mismo municipio, no da pie para la acumulación de las acciones incoadas en la forma en que lo fueron en un mismo litigio de varios actores contra una oposítura, la Nación.

"La simple comunidad geográfica originaria de los lotes o inmuebles hoy poseídos como se deja visto, el que hayan algún día formado parte de una hacienda o globo general —si es que evidentemente la formaron— no da pie tampoco para esa acumulación de hecho de las acciones de los demandantes, siendo en los dos casos titulares de derecho de dominio sin identidad". (fl. 56 y 57 C. Nº 1º).

Finalmente, el Procurador Delegado propone la excepción "de inepta demanda sustantiva o la de petición de modo indebido", que tiene el mismo fundamento de la anterior: en la demanda se acumularon indebidamente varias acciones.

Recibido el negocio a prueba, se ordenaron practicar las que fueron pedidas, como la de inspección ocular; y vencido el lapso a que se refiere el artículo 746 del C. J., desechadas las reiteradas peticiones sobre suspensión del juicio, se ordenó entregar el expediente a las partes para alegar de conclusión.

Con fecha 26 de septiembre de 1960 se citó a las partes para sentencia y, ejecutoriada esta providencia, el apoderado de los actores, el siete de octubre del año pasado, presentó un memorial en el cual dice:

"En el juicio de la referencia he venido actuando, desde su iniciación, como apoderado de los demandantes, el Gral. Amadeo Rodríguez y sus hijos. Mas, sucede que el Gral. Rodríguez falleció el día 25 de junio de 1959, según se comprueba con la partida de defunción que acompaño, y sus herederos no me han ratificado el poder. En tales circunstancias, carezco de representación para seguir interviniendo en este juicio a nombre del Gral. Rodríguez o de sus herederos.

"Me he permitido poner lo anterior en conocimiento del H. Magistrado sustanciador para que se sirva darle cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 370 del Código Judicial".

En el memorial transcrito, en forma implícita, el apoderado pide la nulidad de la actuación, a partir de la muerte del General Amadeo Rodríguez, con fundamento en el numeral 2º del artículo 370 del C. J., en armonía con el numeral 3º del artículo 147 y el 1º del artículo 448, ambos del C. J.

La solicitud no podía tramitarse como articulación, según lo dispuesto en el artículo 394 del

C. J., debe darse ahora aplicación al artículo 455 del mismo Código, para resolver si realmente existe la causal de nulidad de la actuación.

En este juicio, tanto el General Rodríguez, como los otros colitigantes, han estado representados por apoderado, que presentó la demanda el seis de junio de 1959 y, admitida por medio del auto de cuatro de agosto, el 21 del mismo mes y año se le notificó al señor Procurador 2º Delegado en lo Civil, quien la contestó en la forma antes mencionada.

De acuerdo con la certificación expedida por la Parroquia Militar del Espíritu Santo, el 25 de junio de 1959 falleció el General Amadeo Rodríguez, antes de que se hubiese notificado el Procurador con el auto de admisión de la demanda, circunstancia de especial importancia en el juicio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 204 del C. J.: "El mandato judicial no termina por la muerte del mandante si ya está notificada la demanda, mientras no sea revocado por los herederos o expire por otra causa legal".

Por regla general, conocida por el mandatario la muerte de su mandante, debe cesar en sus funciones; "pero si de suspenderlas se sigue perjuicio a los herederos del mandante, será obligado a finalizar la gestión principiada", dice el artículo 2.194 del C. C.; sin embargo respecto del mandato judicial, la excepción de continuar la representación del fallecido poderdante, está condicionada al hecho de haberse notificado la demanda; de modo, pues, que si no se cumple con esta condición, la de la notificación de la demanda, la muerte del mandante produce la consecuencia natural de la terminación del mandato, porque antes de tal formalidad no puede considerarse como principiada la gestión.

De acuerdo con las fechas antes enunciadas, la muerte del General Amadeo Rodríguez ocurrió (25 de junio) antes de que se le notificara (21 de agosto) al Procurador Delegado el correspondiente auto de admisión de la demanda; por tanto, la representación o mandato debía considerarse terminado, según el artículo 264 del C. J., hecho que originaría la causal de nulidad del numeral 2º del artículo 448 del C. J., en cuanto dispone: "Son causales de nulidad en todos los juicios: '... 2º La ilegitimidad de personería en cualquiera de las partes, o quien figure como su apoderado o representante'.

De acuerdo con el numeral transcrito, la nulidad se produce por la ilegitimidad de personería en cualquiera de las partes; ahora, como "se llama parte al litigante o grupo de litigantes que sostienen en el juicio unas mismas pretensiones" (artículo 202 C. J.), se deduce que, en caso de una parte compleja, la ilegitimidad de personería de uno de los litigantes que la integran, no siempre produce o causa la nulidad de lo actuado, pues se trata en tal evento de un litisconsorcio, en el cual la actuación de las distintas personas no es individual, sino conjunta, para llenar la misma finalidad u objetivo; de ahí que la defensa del litigante mal representado no queda abandonada, sino que está a cargo de los otros litigantes o litisconsortes, cumpliéndose así el fin perseguido por la ley.

Si se trata de la defensa de la cosa común, de acuerdo con la doctrina uniforme y reiterada de la Corte, cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio, como demandante, con la limitación de que si la sentencia fuere desfavorable, solamente perjudicará al compareciente; en cambio, si fuere favorable, aprovechará a todos; por tanto, si uno de los comuneros no ha estado legalmente representado, significa que no ha comparecido al juicio, con la secuela de que la sentencia desfavorable no le perjudica, mas tal circunstancia no vicia de nulidad lo actuado, una vez que los condóminos estuvieran válidamente representados por el apoderado, quien actuó en el juicio en defensa de los intereses de todos ellos.

De acuerdo con la primera petición de la demanda, copiada más arriba, el general Amadeo Rodríguez, Aura Victoria Rodríguez de Vélez, Jaime Rodríguez Téllez y Ana Isabel Rodríguez de Llano, comparecieron a este juicio en su calidad de condóminos del inmueble 'EL CARMEN'; por tanto, la terminación del mandato por el fallecimiento del poderdante General Amadeo Rodríguez Vergara, no acarrea la nulidad del juicio, como consecuencia de las razones expuestas.

Por tanto, como prospera la causal de nulidad estudiada, se procede a considerar la excepción perentoria temporal del Procurador Delegado, en cuanto a la indebida acumulación de acciones, que conlleva la resolución sobre un presupuesto procesal comprendido dentro del nominado "demanda en forma".

De la primera petición de la demanda, en armonía con el hecho primero, se deduce que el General Amadeo Rodríguez, Aura Victoria Rodríguez de Vélez, Jaime Rodríguez Téllez y Ana Isabel Rodríguez de Llano demandaron la declaración

de propiedad del subsuelo del predio EL CARMEN, en su condición de comuneros; en cambio, en la segunda súplica de la demanda, Soledad Rodríguez de Mosquera demanda igual declaración respecto del inmueble LOS APOSENTOS, como propietaria exclusiva; de manera que si en el primer caso existe un litisconsorcio, a título de comuneros, no ocurre lo mismo respecto de la segunda declaración suplicada, que hace la actora en nombre propio, como dueña exclusiva de un predio distinto del primero, pues se trata de dos cuerpos ciertos diferentes en cada una de las aludidas súplicas, aun cuando antes de la división efectuada mediante la escritura pública Nº 2.358 de 31 de julio de 1958, pasada ante el Notario 6º de Bogotá, el nominado LOS APOSENTOS hubiese sido parte integrante de EL CARMEN; porque, como se ha dicho en otras ocasiones, la acumulación subjetiva procede cuando se cumple la unidad de causa petendi, prevista en el numeral 4º del artículo 398 del C. J., con fundamento en el título originario emanado del Estado, que sería el nexo común entre los litigantes, para aprovechar las pruebas comunes y decidir el litigio en la misma sentencia, con la natural economía en cuanto al tiempo y los gastos.

Sin embargo, en la demanda no se indicó el título común de los dos predios, pues solamente se expresó, en cada una de las súplicas, que salieron del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, "en virtud de un título emanado del Estado", sin decir cuál y si el mismo amparaba las dos parcelas.

Si no existe unidad en cuanto a título emanado del Estado, la acumulación así efectuada, quebranta el artículo 209 del C. J., cuyas consecuencias se exponen en el siguiente aparte de la sentencia de 19 de agosto de 1954 de la Corte, Sala de Casación Civil:

"La demanda, que es la petición con la cual se inicia un juicio, debe reunir ciertos requisitos formales exigidos principalmente en los artículos 205, 209, 217, 222 y 737 del C. J. El Juez debe ordenar de oficio la corrección de toda demanda que adolezca de vicios formales y la parte demandada puede proponer oportunamente la excepción dilatoria de inepta demanda. (C. J., artículos 333, 738).

"Pero si el Juez no ha ejercido aquel poder, ni la parte demandada ha propuesto la excepción dilatoria, y en el momento de ir a fallar el negocio se encuentra una demanda con un defecto formal de tal índole que haga imposible un pronunciamiento en el fondo del negocio, el deber del juzgador es declarar su inhibición para decidir la controversia, por causa de este impedimento procesal.

"Tal sería el caso de una demanda en que ejercitándose una acción real no se han señalado los linderos y demás circunstancias que individualicen el inmueble en que radica el derecho, o el de una demanda en que se han acumulado indebidamente acciones opuestas y contradictorias entre sí, o el de una demanda adelantada por vía procesal inadecuada legalmente.

"La jurisprudencia nacional en casos como estos ha hablado impropiamente de una excepción perentoria (ineptitud sustantiva de la demanda o petición de un modo indebido), cuando en rigor se trata de un impedimento procesal por falta del presupuesto correspondiente (demanda en forma).

"Como es obvio, no basta cualquier defecto formal de la demanda para justificar la inhibitoria del juzgador, sino uno de tanta gravedad como en los casos citados por vía de ejemplo". (G. J. Tomo LXXVIII, página 349).

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se abstiene de resolver en el fondo la demanda propuesta por los actores, por cuanto falta el presupuesto procesal de demanda en forma.

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

Luis Carlos Zambrano. — Salvo el voto, Ramiro Araújo Grau. — Efrén Osejo Peña. — Carlos Peláez Trujillo. — Jorge García M., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. RAMIRO ARAUJO GRAU.

Resumen: En el presente caso ha debido fallarse el negocio en el fondo, para no rendir un excesivo homenaje al puro formalismo y no desvirtuar la noción misma que del presupuesto procesal de demanda en forma ha dado la jurisprudencia de la Corte.

Brevemente expongo a continuación las razones por las cuales me permito disentir de mis distinguidos colegas de Sala con relación a la declaratoria de falta del presupuesto procesal de demanda en forma hecha en la sentencia que antecede, proferida en el ordinario de única instancia que Amadeo Rodríguez Vergara y otros instauraron contra la Nación.

Como se indica en la providencia de la Sala de Casación de 19 de agosto de 1954, transcrita en lo pertinente en la sentencia, falta el presupuesto procesal de demanda en forma "cuando al momento de ir a fallar el negocio se encuentra una demanda con un defecto formal de tal índole que haga imposible un pronunciamiento en el fondo del negocio". Ahora bien: no alcanza a ver qué imposibilidad puede haber para fallar las dos acciones que se acumularon en la demanda que dio lugar al juicio terminado con la sentencia de inhibición a que me estoy refiriendo, pues no hay oposición ni contradicción alguna entre ellas, ni por ningún otro aspecto ofrece la menor dificultad para su decisión conjunta. A mi juicio, pues, ha debido fallarse el negocio en el fondo, para no rendir un excesivo homenaje al puro formalismo y no desvirtuar la noción misma que del presupuesto procesal de demanda en forma ha dado la jurisprudencia de la Corte.

Fecha ut supra.

Ramiro Araújo Grau.

SE DECLARA QUE LA NACION, A CAUSA DE HABER INFRINGIDO UN CONTRATO, ES CIVILMENTE RESPONSABLE DE LOS PERJUICIOS MATERIALES OCASIONADOS AL INGENIERO CONTRATISTA, Y SE LA CONDENA A PAGARLOS

1.—En cuanto a la competencia de la Corte para conocer de las controversias provenientes de un contrato en que tenga parte la Nación, el punto fue definido en sentencia proferida por esta Sala el 11 de mayo de 1960 (G. J., T. XCII, 1264), en la cual se llegó a la conclusión de que, mientras la ley no reglamente de modo diferente lo relativo a esa competencia, continúan vigentes las normas legales, sobre la materia, anteriores al Acto Legislativo Nº 1 de 1945, entre ellas las de los artículos 40 del C. Judicial y 2ª de la ley 67 de 1942 que confieren a la Sala de Negocios Generales de la Corte competencia para conocer "de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido en todo o en parte, sus derechos".

2.—Establece el artículo 1546 del C. Civil dos acciones principales alternativas: o la resolución o la ejecución del contrato, y una accesoria que, por naturaleza, sólo puede ejercitarse como consecuencia de la principal que se postule: la de resarcimiento. Este resarcimiento es apenas un efecto de la acción invocada como principal, por la cual no puede propenerse independientemente, sino sólo en calidad de accesoria. Así se infiere claramente del texto de la disposición citada, que no habla de tres acciones principales sino de dos, de carácter alternativo. Ni podría ser de otra manera, pues, tratándose de responsabilidad contractual, el conocimiento de la suerte definitiva de la convención, cuando no aparecen extinguidas las obligaciones recíprocas correlativas de las partes, es premisa indispensable para la apreciación del daño causado con la infracción, ya que ese daño no puede ser el mismo cuando el contrato está destinado a ejecutarse, que cuando no lo está.

3.—El que la acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contratos no pueda prosperar si no se ejercita como consecuencia de una de las dos acciones principales alternativas —resolución o ejecución— que establece el artículo 1546 del C. Civil, es deducción que tiene su fundamento en que la determinación de tales daños se hace imposible mientras no se defina la suerte del contrato, pues es notorio que tanto la naturaleza como la cuantía de ellos, varían según que la convención alcance a la postre su cumplimiento, o que se llegue, por el contrario, a su resolución. De donde se infiere que no es ese el caso de la acción de daños cuando se funda en la infracción de un contrato administrativo cuya caducidad ha sido declarada por autoridad competente y por el procedimiento que determina la ley. La naturaleza del fenómeno de la caducidad, similar al de la resolución en cuanto rompe o extingue la relación jurídica contractual, permite que, tratándose de contratos caducados por resolución administrativa, pueda invocarse la acción de perjuicios sin sujeción a una de las principales consagradas en el mencionado artículo 1546.

4.—El artículo 1618 del C. Civil expresa

que "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras", con la cual se consagra la prevalencia de la voluntad interna sobre la externa o declarada. Esta, aun cuando sea clara y precisa, crea apenas una presunción, la de reflejar la voluntad real, presunción que puede ser desvirtuada mediante el examen de los elementos intrínsecos o extrínsecos del contrato. La declaración de voluntad no es sino uno de los medios de descubrir la intención recíproca de las partes, el de mayor valor, sin duda alguna, pero que no por eso excluye otros que en el caso concreto pueden conducir al mismo fin con mayor probabilidad de acierto.

3.—Para indagar la voluntad interna de las partes contratantes, en relación con aquellas cláusulas cuyo ámbito o sentido sea motivo de desacuerdo, el inciso 3º del artículo 1622 del Código Civil aconseja acudir, entre otros medios, a la aplicación práctica que ambas partes, o una de ellas con aprobación de la otra, hayan dado a la respectiva cláusula, ya que lo que importa saber para los fines del proceso no es tanto lo que dijeron las partes sino lo que quisieron decir, esto es, qué se propusieron realmente con la declaración de voluntad; y aquella aplicación revela en ocasiones, con más fidelidad que la literalidad de una cláusula, la extensión de los derechos y obligaciones que emanan de ella. De ahí que si bien un texto claro no puede dejar de aplicarse so pretexto de averiguar su espíritu, en caso de que se demuestre que él no refleja la verdadera intención de las partes, debe preferirse ésta a la que resulta del tenor literal.

8.—En nuestro sistema civil, a diferencia de lo que acontece en el francés, el derecho de retención no es oponible a toda especie de obligaciones, sino que, por razón de lo dispuesto en el artículo 2417 del Código Civil, sólo puede ejercitarse en los casos en que la ley expresamente lo consagra; es decir, que no constituye una regla general, sino que tiene claro carácter de excepción, siendo por tanto de aplicación restrictiva.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES — Bogotá, nueve de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

El ingeniero Carlos Gómez Jurado, mayor de edad y vecino de Cali, presentó demanda ante esta Sala de la Corte, por medio de apoderado, en la cual se solicita que se pronuncien contra la Nación, representada por el Procurador, las siguientes declaraciones y condenas:

Primera.—Que la Nación es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales que al demandante le causó la parte demandada con el incumplimiento del contrato celebrado entre ambos el 21 de septiembre de 1955, sobre pavimentación de veintidós mil metros cuadrados en la parte sur de las bodegas cinco, seis y siete del Terminal Marítimo de Buenaventura, y con la declaración de haber quedado terminado dicho contrato y la orden de devolución de la suma recibida por el contratista como anticipo, todo conforme a las resoluciones números 102 y 153 de 1957, emanadas de la Junta Militar de Gobierno.

Segunda.—Que, consecuencialmente, se condene a la Nación a pagarle el valor de los perjuicios materiales y morales a que se refiere la petición anterior, en la cuantía que se establezca en el juicio, y subsidiariamente, que la respectiva condenación se haga in genere para que se haga la liquidación correspondiente de acuerdo con lo prescrito en el artículo 553 del Código Judicial.

Tercera.—Que se declare que el demandante tiene derecho a retener la suma de ciento cincuenta mil pesos $ 150.000) moneda corriente, que recibió como anticipo por razón del contrato mencionado en la petición primera.

Cuarta.—Que se declare que la Nación no tiene derecho a retener la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000) moneda corriente que adeuda al ingeniero Carlos Gómez Jurado como saldo del valor del contrato celebrado por éste con el Gobierno Nacional el 20 de febrero de 1956, sobre ejecución de algunas obras de defensa de la ciudad de Buga, y que en consecuencia la Nación debe pagarle dicha suma.

Son hechos en los cuales el actor apoya su demanda los que a continuación se transcriben:

"1º.—El 21 de septiembre de 1955 se celebró entre el Gobierno Nacional y el doctor Carlos Gómez Jurado un contrato sobre pavimentación de 22.000 metros cuadrados, en concreto de cemento, en la parte sur de las bodegas 5, 6 y 7 del Terminal Marítimo de Buenaventura, dentro de las especificaciones y con los materiales determinados en el contrato.

"2º—El valor de este contrato o precio de la obra contratada fue el de la suma de quinientos noventa y cuatro mil pesos moneda corriente ($ 594.000), o sea a razón de veintisiete pesos ($ 27.00) por cada metro cuadrado de pavimento.

"3º.— Como resultado de una decisión unilateral del Gobierno, como consta en el oficio número 41.123 de 26 de septiembre de 1955, del Ministerio de Obras Públicas, el contrato sufrió algunas modificaciones gravosas para el contratista, en relación, principalmente, con la forma de pago y con algunos otros aspectos del convenio.

"4º.—El contrato a que se refiere el hecho primero fue aprobado por el Consejo de Ministros el 23 de noviembre de 1955 y por el Consejo de Estado el 7 de diciembre del mismo año.

"5º.—El mismo contrato fue publicado en el Diario Oficial correspondiente al número 29000 y a la fecha 13 de abril de 1956.

"6º.—El contratista Gómez Jurado recibió como abono parcial sobre el precio de la obra contratada la suma de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000). De acuerdo con lo convenido en el contrato, el contratista prestó fianza o caución fijada por el gobierno.

"7º.—De acuerdo con el contrato, el contratista se obligó a iniciar la construcción de la obra convenida 15 días después de legalizado el contrato.

"8º.—Conforme al mismo, el doctor Gómez Jurado se obligó a entregar las obras contratadas doce meses después de su iniciación, siempre que el Gobierno cumpliere estrictamente las obligaciones que para él surgían del contrato.

"9º.—Al contratista sólo correspondía la pavimentación del área mencionada, pero no las obras de consolidación de la sub-base ni las obras previas de afirmado y nivel.

"10º.—Era al Gobierno Nacional al que correspondía entregar la superficie por pavimentar, debidamente consolidada en la sub-base y el nivel superior requerido.

"11º.—El Gobierno, por conducto de los Ferrocarriles Nacionales, había iniciado las obras de consolidación y nivel, esenciales para poder proceder a la pavimentación, mucho tiempo antes de celebrarse el contrato con Gómez Jurado.

"12º.—Una vez aprobado el contrato y con el fin de darle cumplimiento, el ingeniero Gómez Jurado se dedicó a buscar y contratar personal técnico, a conseguir obra de mano, a adquirir maquinaria y herramientas y a contratar materiales con ese mismo fin. Desde cuando se firmó el contrato entre el Gobierno Nacional y mi mandante, éste liquidó sus negocios anteriores, abandonó sus actividades con el fin de radicarse en Buenaventura durante el término de aquél, para dedicarle toda su atención personal.

"13º.—Encontrándose ya en Buenaventura el doctor Gómez Jurado, después de haber hecho todos los preparativos para comenzar la ejecución de las obras, al presentarse al Terminal Marítimo con el fin de iniciar los trabajos a que estaba obligado, el doce de enero de 1956, recibió la nota u oficio número 100, suscrita por el Administrador del Terminal, en la cual se le advertía que no podía todavía iniciar los trabajos por "falta adecuada de consolidación del terreno" y "por falta de nivel, por no estar terminado el relleno en su totalidad, a la cota que rigen a los pisos de las Bodegas".

"14º.— Mi mandante, en vista de que a despecho de su diligencia y de los gastos y preparativos y aprontes hechos por él no podía iniciar los trabajos, solicitó de la Superintendencia General del Puerto y de la Administración del Terminal Marítimo que se le diera constancia de ello y de las razones que determinaban esa imposibilidad para él tan perjudicial y gravosa.

"15º.—Al efecto, y atendiendo la solicitud de mi mandante, se levantó el acta de fecha 12 de enero, que transcribo textualmente:

"En Buenaventura a los doce días del mes de enero de mil novecientos cincuenta y seis, se reunieron en el despacho de la Superintendencia General del Puerto de Buenaventura, los señores Capitán de Fragata Nicolás Díaz Méndez, Superintendente General del Puerto, doctor Manuel I. Muñoz, Administrador del Terminal Marítimo, señor Roberto Valera, Auditor Delegado del Terminal Marítimo y el doctor Carlos Gómez Jurado, contratista de pavimentación de una área de patios en la parte posterior de las bodegas y patios número 5, 6 y 7 y 8, con el fin de determinar las posibilidades de adelantar los trabajos ordenados por el contrato celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y el señor doctor Gó-

mez Jurado, se hizo una inspección ocular en los lugares determinados para la obra, sacándose en conclusión los siguientes puntos: 1º.—La sub-base de la superficie a pavimentar no está consolidada suficientemente. 2º.—Por ser terreno arcilloso y formado con materiales de dragado, es sumamente compresible y el material de afirmado ha sido echado por capas sucesivas, faltando aún nuevas capas para alcanzar el nivel conveniente a fin de que la razante del pavimento tenga la misma cota de las bodegas y patios. 3º.—Por las razones anteriores estimamos no deben adelantarse los trabajos de pavimentación hasta obtener una consolidación suficiente de la sub-base y el nivel superior requerido. 4º.—La terminación del afirmado y su consolidación estimamos no podrá ser antes de seis meses y por consiguiente no deben iniciarse los trabajos de pavimentación hasta cumplir a cabalidad los requisitos técnicos de afirmado y nivel. 5º. -Dejamos constancia de que el contratista doctor Gómez Jurado se presentó con sus obreros a iniciar los trabajos, materia de su contrato, y que por las causas anotadas anteriormente no pudo iniciarlo. Igualmente hacemos constar que ni la Superintendencia General del Puerto, ni la Administración del Terminal Marítimo han recibido comunicación alguna referente al contrato del doctor Carlos Gómez Jurado y que obramos sólo en vista de la copia que exhibe el citado contratista. 6º.—En constancia se firma la presente acta. (Fdos.) Capitán de Fragata, Nicolás Díaz Méndez, Superinterdente Gral. Pto., Manuel I. Muñoz, Administrador Terminal Marítimo (Fdo.); El contratista, doctor Carlos Gómez Jurado. El Secretario, Roberto Valera".

"16.—Es de observarse que el mismo Administrador del Terminal Marítimo de Buenaventura que en once de enero manifestó en la citada nota número 100 que los trabajos no podían iniciarse antes de dos meses, al día siguiente dejó constar en el acta su concepto técnico de que los trabajos no podrían comenzarse antes de seis meses.

"17.—Pasados los seis meses calculados en el acta transcrita, el ingeniero Gómez Jurado se presentó de nuevo con el fin de iniciar la obra contratada pero tampoco le fue posible, como consta en el acta levantada el 30 de julio de 1956, suscrita por el Administrador del Terminal Marítimo, el Superintendente General del Puerto, el Jefe de Operaciones y Mantenimiento y el contratista Gómez Jurado.

"18.—El texto fiel del acta a que se refiere el hecho anterior es el siguiente:

"En Buenaventura a los tres días del mes de julio de mil novecientos cincuenta y seis, se reunieron en el despacho de la Administración del Terminal Marítimo, el señor Superintendente General del Puerto, Teniente-Coronel Julio Millán Castro, el señor Jefe de Operación y Mantenimiento del Terminal, el señor Administrador del Terminal Marítimo, el señor Jefe del Depto. Técnico de la Superintendencia Gral. del Puerto, con el señor Carlos Gómez Jurado, contratista de pavimentación de una área de patios en las partes posteriores de las bodegas y patios números 6, 7 y 8 con el fin de determinar las posibilidades de adelantar los trabajos ordenados por el contrato celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y el señor ingeniero Gómez Jurado. Después de una inspección sobre el terreno, se llegaron (sic) a las siguientes conclusiones: 1º.—No se cuenta con un plano acotado de la área mencionada, para establecer la razante del pavimento. 2º.—La sub-base de la superficie a pavimentar no está consolidada suficientemente. 3º.—El relleno no se ha terminado, como tampoco los drenajes necesarios. 4º.—Antes de iniciar trabajos, es necesario conocer y regirse por los planos de distribución de las líneas férreas conducentes a las proyectadas instalaciones del embarcadero de cartón. 5º—Por las razones expuestas estimamos no deben adelantarse los trabajos de pavimentación hasta obtener una consolidación suficiente de la sub-base, base y el nivel superior requerido. 6º.—Dejamos anotado, de que el señor contratista Gómez Jurado se presentó a iniciar trabajos, no pudiendo llevar a cabo su propósito por las causas arriba mencionadas. 7º.—En constancia de lo anterior se firma la presente acta por los que en ella intervinieron. (Está firmada).

"19.—El Ministro de Obras Públicas, ni directamente ni por conducto de la Sección de Navegación y Puertos dio la menor información a la Superintendencia General del Puerto o a la Administración del Terminal Marítimo sobre la celebración del contrato con Gómez Jurado, ni tampoco dictó medida alguna para que el área por pavimentar estuviese preparada a su tiempo.

"20.—Mi mandante siguió pendiente de que por parte del Gobierno se le entregara el terreno en condiciones de poder ejecutar la obra, pero el tiempo fue pasando y los Ferrocarriles Nacionales, encargados por el Gobierno de efectuar las

obras de consolidación, relleno y drenaje y de formalizar los planos de líneas férreas, necesariamente previas para poder comenzar, no las efectuaron.

"21.—Durante todo este tiempo y posteriormente, Gómez Jurado viajó repetidas veces a Bogotá con el fin de obtener que se activaran los trabajos previos para poder iniciar el cumplimiento de su contrato.

"22.—Ante la parsimonia e inactividad del Gobierno y de sus órganos, el contratista, considerando que tardaría mucho en ponerse el terreno en condiciones para efectuar la pavimentación, sugirió o propuso que se le cambiara el contrato por otro similar. Pero a sus proposiciones y justas solicitudes no se le prestó la menor atención por parte del Gobierno.

"23.—Puesto que cuando Gómez Jurado se presentó a iniciar los trabajos se le garantizó, primero que podría hacerlo dentro de dos meses y luego dentro de seis, aquel no se comprometió en ninguna actividad lucrativa de otro orden con el fin de encontrarse listo para iniciarlos en cualquier momento en que el terreno estuviera en condiciones propias para ello.

"24.—Esa falta de actividad estable, la obligación de mantenerse en disposición permanente para iniciar el cumplimiento de su contrato y sus frecuentes viajes a Bogotá, implicaron para él notorios perjuicios y gastos.

"25.—Los Ferrocarriles Nacionales no terminaron los trabajos de preparación del terreno, por lo cual esa obra fue contratada por el Ministerio con el señor Gustavo Mendieta Santamaría, pero los trabajos sufrieron luego varias interrupciones y fueron, por último, suspendidos.

"26.—Es obvio que a medida que el tiempo iba corriendo, los precios básicos de los presupuestos hechos por el contratista y el Gobierno para la celebración del contrato, tales como personal técnico, obra de mano, maquinaria, herramienta, materiales, transportes, etcétera, iban elevándose cada día en forma notoria y alarmante.

"27.—En el primer trimestre de 1957 ante la insistencia del contratista Gómez Jurado, pareció que el Gobierno estaba inclinado a modificar el contrato o a cambiarlo por otro, por medio de una acta que suscribirían el Director de Navegación y el contratista y que aprobaría el Ministerio de Obras Públicas.

"28.—El objeto de ese nuevo contrato, según lo proyectado, sería la pavimentación del sector sur de las bodegas número 5, 6, 7 y 8 del Terminal Marítimo, o sea las calles destinadas a dar acceso y evacuación a las casas para alojamiento de empleados y además un sector de los patios al sur de la bodega número 4.

"29.—El contratista estuvo dispuesto a aceptar la modificación del contrato original sobre su objeto y su precio, pero fatigado de esperar alguna decisión y perjudicado por el hecho de que el Gobierno no definiera el punto, dejándolo siempre pendiente y para más tarde, hubo de abandonar su empeño y regresar a su domicilio.

"30.—Inopinadamente, cuando mi mandante ya había perdido la esperanza de poder ejecutar el contrato original, por culpa del Gobierno, o de obtener modificación del mismo, en cuanto a su objeto y precio, cuando ya se había visto obligado a aceptar un empleo mediocre, después de haber perdido más de un año de espera, y de haber sufrido ingentes perjuicios, recibió la carta o nota número 741 del 2 de mayo de 1957, firmada por el señor Administrador del Terminal Marítimo, en la cual se le decía que de acuerdo con instrucciones del Ministerio de Obras Públicas, se le autorizaba para fijar la fecha de iniciación de los trabajos de pavimentación de "una zona con superficie aproximada de diez mil seiscientos siete metros con cincuenta centímetros cuadrados (10.607.50), lo que a precio fijo unitario de $ 27.00, daría un valor total de $ 286.402.50", agregando que el Ministerio deseaba que tales trabajos se iniciaran a la mayor brevedad.

"31.—La carta anterior indicaba una decisión unilateral de novación del contrato celebrado por mi mandante con el Gobierno Nacional, en cuanto sin previa aceptación de aquél, se cambiaba el objeto del contrato y se fijaba como precio unitario el mismo señalado veinte meses antes, lo que para Gómez Jurado era de imposible aceptación.

"32.—En esa misma carta a que se refiere el hecho 30 hay constancia de que el ingeniero Gómez Jurado enunció oportunamente su inconformidad por la forma como el Ministerio había manejado la tramitación y definición del contrato celebrado con él.

"33.—Posteriormente a esa decisión unilateral del Gobierno, de aceptación imposible para mi mandante, por medio de oficio Nº 41.336 de 24 de junio de 1957, emanado de la Dirección General del Puerto, curiosamente se le exigió que prorrogara la fianza para garantizar el cumplimiento

del contrato original ya de imposible cumplimiento, según lo había reconocido el mismo Gobierno.

"34.—En vista de que mi mandante manifestó que no podía aceptar aquella decisión unilateral, el Ministerio, por conducto de la Dirección General de Navegación y Puertos, le ofreció reconsiderar y formularle alguna propuesta distinta, pero Gómez Jurado nunca la recibió.

"35.—Mi mandante había registrado en el Ministerio de Obras Públicas, para los efectos de la correspondencia, la siguiente dirección: Apartado Nacional número 300. Cali.

"36.—Con la dirección a que se refiere el hecho anterior se le había venido enviando la correspondencia a Gómez Jurado por parte del Ministerio de Obras Públicas.

"37.—Sorpresivamente, el 11 de julio de 1957 mi mandante recibió la carta de 9 de julio del mismo año, procedente de la Sección de Navegación y Puertos, en la cual se le reclamaba por no haber comenzado los trabajos en un sector distinto del previsto en el contrato original, dizque conforme a decisión "tomada de acuerdo" con él.

"38.—Gómez Jurado había aceptado en principio que se cambiara el sector por pavimentar, condicionando dicha modificación a un cambio en el precio unitario. No en forma pura y simple.

"39.—Según la misma carta de 9 de julio, el Ministerio le habría dirigido a Gómez Jurado la nota número 41056 de fecha 28 de mayo inmediatamente anterior, de cuya existencia mi mandante sólo tuvo conocimiento al leer la carta mencionada de 9 de julio.

"40.—Esa nota de 28 de mayo número 41056 fue remitida por el Ministerio sin dirección alguna, por lo cual el 11 de julio no había llegado aún a poder del destinatario.

"41. Enterado éste de la existencia de la nota de 28 de mayo, la averiguó y la reclamó en la administración del correo aéreo de Cali, donde al entregársela, se le expidió el correspondiente certificado sobre fecha de recibo.

"42. Mi mandante se abstuvo de abrir la mencionada nota de 28 de mayo por haberla recibido tan tardíamente a causa del descuido del Ministerio.

"43.—En la citada carta de 9 de julio, el Gobierno dejó constancia de haber llevado a fondos comunes la reserva establecida para atender el contrato de que da cuenta el hecho primero de esta demanda.

"44.—En la misma carta o nota de 9 de julio se le informó al contratista que el Ministerio, Sección de Navegación y Puertos, había solicitado del Gobierno Nacional por medio de una resolución, cuyo proyecto había sido enviado a la Junta de Gobierno, se declarara cancelado el contrato con mi mandante.

"45.—Gómez Jurado se trasladó a Bogotá con el fin de oponerse a la cancelación pura y simple del contrato y con el de obtener la sustitución o novación de éste o el reconocimiento de los gastos y de los perjuicios ocasionados por culpa del Gobierno, y además de varias gestiones hechas por él en este sentido, dirigió y entregó al Ministerio de Obras Públicas, con fecha 23 de julio una carta en que enuncia su oposición a que se dictara la resolución proyectada; su disposición de cumplir el contrato si la superficie por pavimentar estaba o se ponía en condiciones de hacerlo, y si se revisaba el precio de conformidad con los precios actuales, agregando que si se insistía en dictar la resolución proyectada, se dejaran a salvo sus derechos para reclamar gastos y perjuicios.

"46º.—La única respuesta que obtuvo Gómez Jurado a esta diligencia fue la notificación a su apoderado de la resolución número 102 de fecha 3 de septiembre inmediatamente siguiente, de este tenor: "...Considerando: Que el Gobierno Nacio por conducto del Ministerio de Obras Públicas, celebró con el señor Carlos Gómez Jurado, el contrato de fecha 21 de septiembre de 1955 para la pavimentación en concreto de cemento, de 22.000 metros cuadrados en la parte sur de las bodegas 5, 6 y 7 en el Terminal Marítimo de Buenaventura; que el contrato quedó legalizado con fecha diciembre 7 de 1955; que el contratista recibió la suma de $ 150.000 moneda corriente como anticipo, de acuerdo con la cláusula 9ª del contrato, y según orden de pago definitiva número 3283 de diciembre 13 de 1955; que el contratista no pudo iniciar las obras dentro del término previsto en la cláusula 11 del contrato por falta de consolidación del terreno y por falta de nivel por no estar terminado el relleno en su totalidad a la cota que rige los pisos de las bodegas. Que la consolidación y nivel del terreno sólo pudo obtenerse en los primeros meses de este año y sólo en una parte del área a pavimentar; que el contratista no ha iniciado los trabajos contratados; que por las circunstancias anotadas y no disponerse de fondos en la actualidad para el mencionado contrato, el Gobierno encuentra necesario

declararlo terminado haciendo uso de la cláusula 17 del mismo, que dice: "Cláusula 17. Suspensión o terminación del contrato. Además de las causales de suspensión o terminación de este contrato, a que se refiere la cláusula 21 del mismo, se estipula de manera expresa que el Gobierno podrá suspenderlo o declararlo terminado por falta de fondos o por cualquiera otra causa que a juicio del Gobierno haga necesaria la suspensión o terminación, dando aviso al contratista con sesenta días de anticipación. En este caso el contratista manifiesta expresamente que renuncia a reclamar perjuicios o indemnizaciones por esta causa; pero sí tendrá derecho a que se le liquiden los trabajos ejecutados, de acuerdo con este contrato, hasta el día de la suspensión o terminación, de acuerdo con los precios unitarios convenidos, siempre que dichos trabajos cumplan con las especificaciones establecidas. Resuelve: **Artículo Primero:** Declárase terminado el contrato de fecha 21 de septiembre de 1955 celebrado por el Gobierno Nacional con el señor Carlos Gómez Jurado para la pavimentación en concreto de 22.000 metros cuadrados en la parte sur de las bodegas 5, 6 y 7 del Terminal Marítimo de Buenaventura. **Artículo Segundo:** Para los efectos del aviso a que se refiere la cláusula décimaséptima del contrato citado en el artículo anterior, la presente providencia entrará en ejecución sesenta días después de la ejecutoria. **Artículo Tercero:** No obstante lo dispuesto en el artículo 2º de esta resolución, el doctor Carlos Gómez Jurado deberá devolver al Tesoro Nacional la suma de ciento cincuenta mil pesos que recibió como anticipo del valor del mencionado contrato, dentro de los tres días siguientes al de la notificacin de la presente providencia".

"47º.—Contra esta resolución Gómez Jurado propuso y fundó recurso de reposición para que ella fuese revocada.

"48º.—Pero la resolución aludida no fue repuesta, sino por el contrario, confirmada por medio de la Nº 253 de 31 de octubre de 1957.

"49º.—De acuerdo con la cláusula 16 del contrato a que se refiere el hecho primero, el Gobierno debería imponer multa hasta de $ 5.000.00 en el caso de que el contratista faltara al cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones.

"50º.—El Gobierno nunca tuvo base para imponer y nunca impuso al contratista multa alguna con fundamento en la cláusula citada en el hecho anterior.

"51º.—Desde la celebración del contrato, 21 de septiembre de 1955, hasta cuando quedó en firme la resolución por medio de la cual se declaró cancelado o terminado el contrato, noviembre de 1957, mi mandante, por estar esperando primeramente que el terreno se pusiera en condiciones de ser pavimentado, y luego que se concretara o formalizara el nuevo contrato que habría de sustituir al primitivo del 21 de septiembre de 1955, solamente pudo ejercer como lucrativas, las actividades relacionadas con un modesto contrato sobre construcción de algunas obras de defensa de la ciudad de Buca (sic) y por algunos cortos meses una secretaría departamental del Valle, mal remunerada.

"52º.—Mi mandante cumplió en todas sus partes y a entera satisfacción del gobierno el contrato sobre construcción de algunas obras para la defensa de la ciudad de Buca (sic) en el río Guadalajara. Eso consta en la certificación número 4.844 de 29 de abril de 1957 expedida por la Dirección General de Navegación y Puertos (número 4.844).

"53º.—Al entregar las obras a que se refiere el hecho anterior, el Gobierno le adeudaba a mi mandante, como saldo del valor contratado por ellas la suma de cincuenta mil pesos.

"54º.—El Gobierno se ha negado a pagar a mi mandante el saldo de cincuenta mil pesos a que se refiere el hecho inmediatamente anterior y en marconigrama de cuatro de octubre de 1957, declaró que retendría dicho saldo mientras tanto Gómez Jurado no devolviera la suma de ciento cincuenta mil pesos recibida como anticipo del contrato sobre pavimentación a que se refiere el hecho primero.

"55º.—La retención arbitraria de los cincuenta mil pesos a que se refiere el hecho inmediatamente anterior, le ha ocasionado a mi mandante serios perjuicios.

"56º.—A consecuencia de la infundada e injusta terminación del contrato por parte del Gobierno, en forma inmediata y mediatamente de la omisión del Gobierno de poner el área por pavimentar en condiciones de serlo, mi cliente sufrió, además de serios perjuicios materiales, perjuicios morales graves".

Como fundamentos de derecho invoca el actor las disposiciones de los títulos XVIII del libro 2º del Código Civil y I, XII, XIII y XXXIV del libro 4º de la misma obra, en especial las de los ar-

ticulos 1494, 1552, 1609, 2341 y 2347.

El juicio se adelantó con la intervención del señor Procurador Delegado de lo Civil, quien, en representación de la Nación, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones postuladas en ella y negando los hechos alegados para fundamentarla.

I — LA COMPETENCIA DE LA CORTE

Si bien la sumisión a la competencia de la Corte no ha sido motivo de controversia en el juicio, el señor apoderado de la parte actora se extiende en consideraciones para demostrar que a ella le compete el conocimiento del negocio, no obstante las conclusiones a que en el fallo de 16 de julio de 1959 llega el Consejo de Estado en el sentido de que el Acto Legislativo número 1 de 1945 suprimió virtualmente la competencia de la Corte para conocer de las controversias provenientes de un contrato en que tenga parte la Nación, en cuanto omitió, al reglamentar nuevamente la materia en su artículo 52, conferir otra vez a la dicha corporación la atribución que le otorgaba el artículo 151, numeral 3º, de la Carta, y estableció el Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso-administrativo.

En lo que toca con el criterio de la Corte el punto fue definido en sentencia proferida por esta Sala el 11 de mayo del año próximo pasado (G. J. tomo XCII, 1164), en la cual, tras hacer la historia de la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia y analizar las disposiciones que reglamentan la competencia de la Corte y del Consejo de Estado, se concluye que continúan vigentes las normas legales sobre la materia anteriores al Acto Legislativo número 1 de 1945, entre ellas las de los artículos 40 del Código Judicial y 2º de la ley 67 de 1943 que confieren a la Sala de Negocios Generales de la Corte competencia para conocer "de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o parte, sus derechos", mientras la ley no reglamente de modo diferente lo relativo a esa competencia.

"El artículo 141 de la Constitución (artículo 137 de 1936), en su numeral 3º —dice la Sala en aquella providencia—, confirió al Consejo de Estado jurisdicción para 'desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso-administrativo, conforme a las reglas que señale la ley', reproducción textual del artículo 6º del acto legislativo de 1914.

"El artículo 52 del Acto Legislativo número 1º de 1945 reprodujo, en lo substancial cuatro numerales solamente del antiguo artículo 151, pues suprimió los tres primeros sobre recursos de casación, competencias y conocimiento de los negocios contenciosos 'en que tenga parte la Nación': sin embargo, esta modificación no puede interpretarse en el sentido de que le sustrajo, *ipso jure*, las atribuciones a que se referían los numerales suprimidos, sino que tuvo la finalidad de dejar en libertad al legislador para determinar la competencia externa de la Corte y del Consejo de Estado, mediante la posterior expedición de las leyes respectivas, mas como no se han expedido hasta la fecha, siguen vigentes las anteriores, como el artículo 1º de la ley 67 de 1943 que fija las Salas o Secciones de la Corte, entre las cuales se cuenta ahora la de Casación Laboral también; los artículos 32 y 33 del Código Judicial sobre conocimiento de los recursos de casación y revisión en materias civiles y penales; la decisión de las competencias, según el artículo 38 del Código Judicial, no obstante que el artículo 217 de la Constitución ordenó a la ley establecer y organizar 'un tribunal de conflictos, encargado de dirimir los casos de competencia que ocurran entre la jurisdicción común y la administrativa', que propiamente no constituye una colisión o conflicto de competencias, sino de jurisdicciones.

"En tal virtud también está vigente el artículo 40 del Código Judicial con la modificación introducida por la ley 67 de 1943; pero el legislador podrá, si así lo estima conveniente, atribuir al Consejo de Estado el conocimiento de los contratos celebrados por la Nación con particulares, o sea, atribuirle competencia para conocer de los litigios respecto de los contratos administrativos, como secuela del artículo 52 del Acto Legislativo número 1º de 1945 (artículo 151 de la actual codificación).

"Y también están vigentes los artículos 37, numeral 1º, y 76, numeral 1º, del Código Judicial, pues la enmienda constitucional de 1945, antes citada, no definió competencia, sino solamente reconoció las dos jurisdicciones, la civil o judicial y la administrativa, dejando a la ley, por mandato expreso y reiterado, la facultad de señalar la competencia de cada una de estas jurisdicciones, que no puede considerarse satisfecha por la ley 167

de 1941, porque fue anterior al mencionado Acto Legislativo número 1º de 1945".

II — LO QUE APARECE PROBADO

Las pruebas producidas por las partes, tanto las del demandante como las de la entidad pública demandada, coinciden en acreditar los siguientes hechos: que el veintiuno de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco la Nación celebró un contrato con el Ingeniero Carlos Gómez Jurado, por el cual éste se comprometió "a ejecutar la pavimentación de 22.000 metros cuadrados, en concreto de cemento, en la parte sur de las bodegas 5, 6 y 7 (del Terminal Marítimo de Buenaventura), al precio fijo unitario de veintisiete pesos ($ 27.00) por metro cuadrado, lo que da un valor total de quinientos noventa y cuatro mil pesos ($ 594.000.00) moneda corriente"; que en la cláusula tercera de este contrato se convino: "Especificaciones. Los pisos de la bodega serán placas de concreto de 0.20 mts. ("8") de espesor, debidamente reforzadas, con un mínimo de 2.37 kilos por metro cuadrado (50 libras por 100 pies cuadrados) de acero, bien en forma de barras, o de malla metálica. Antes de colocar el pavimento, el relleno se nivelará bien y se consolidará por medio de pisones, rodillos, o cualquier otro método apropiado"; que el contrato quedó perfeccionado el siete de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco, mediante la aprobación del Consejo Nacional de Vías de Comunicación y del Presidente de la República y su ministro de obras públicas; que, conforme a la cláusula undécima, el contratista se obligó "a iniciar los trabajos de pavimentación en el terminal marítimo de Buenaventura estipulados (...) quince días después de legalizado este contrato", y a entregar terminadas las obras doce meses después de la fecha de su iniciación "salvo fuerza mayor o caso fortuito, y siempre y cuando que el gobierno cumpla estrictamente las obligaciones contraídas"; que la Nación adelantó al ingeniero Gómez Jurado, a buena cuenta del valor del contrato, la suma de ciento cincuenta mil pesos moneda corriente, los que en la actualidad le cobra ejecutivamente; que para proceder a dar cumplimiento al contrato, el nombrado profesional contrató personal técnico para la ejecución de la obra, con el que viajó a Buenaventura, a sus expensas, con tal objeto; que asimismo adquirió maquinaria y otros elementos, los que llevó a Buenaventura a costa suya, y que posteriormente tuvo que vender a menor precio del pagado por ellos debido a su deterioro; que en repetidas ocasiones viajó a Buenaventura y a Bogotá en gestiones relacionadas con la ejecución del contrato; que en nota número 0100 de 13 de enero de 1956 la Administración del Terminal Marítimo de Buenaventura se comunicó al demandante que por "falta adecuada de consolidación del terreno" y "falta de nivel por no estar terminado el relleno en su totalidad a la cota que rigen los pisos de las bodegas" no le era posible iniciar antes de dos meses los trabajos de pavimentación contratados, en la parte posterior de las bodegas 6, 7 y 8; que el día siguiente de la fecha de esta nota, o sea el 12 de enero de 1956, el Administrador del Terminal Marítimo, el Superintendente General del Puerto y el contratista, ingeniero Gómez Jurado, practicaron conjuntamente una inspección o reconocimiento en los patios de las bodegas que se acaban de mencionar, con el fin de establecer si era posible dar comienzo a la pavimentación, habiendo llegado a las siguientes conclusiones, de las que se dejó constancia en acta suscrita por quienes intervinieron en el acto: "1) La subbase de la superficie a pavimentar no está consolidada suficientemente. 2) Por ser terreno arenoso y formado por materiales de dragado, es sumamente compresible y el material de afirmado ha sido echado por capas sucesivas, faltando aún nuevas capas para alcanzar el nivel conveniente, a fin de que la rasante del pavimento tenga la misma cota de todas las bodegas y patios. 3) Por las razones anteriores estimamos no deben adelantarse los trabajos de pavimentación hasta obtener una consolidación suficiente de la sub-base y el nivel superior requerido. 4) La terminación del afirmado y su consolidación, estimamos no podrá (sic) ser antes de seis meses y por consiguiente no deben iniciarse los trabajos de consolidación hasta cumplir a cabalidad los requisitos técnicos de afirmado y nivel. 5) Dejamos constancia de que el contratista doctor Gómez Jurado se presentó con sus obreros a iniciar los trabajos, materia del contrato, y que por las causas anotadas anteriormente no pudo iniciarlo. Igualmente hacemos constar que ni la Superintendencia General del Puerto, ni la Administración del Terminal Marítimo, ha recibido (sic) comunicación alguna referente al contrato del doctor Carlos Gómez Jurado, y que hemos obrado sólo en vista de la copia que exhibe el citado contratista"; que el 3 de julio del mismo año de 1956, el ingeniero Gómez Jurado acudió nuevamente al Terminal con el fin ya indicado, ha-

biéndose realizado con este motivo un nuevo reconocimiento o inspección, en el cual se llegó a las conclusiones que en seguida se transcriben, de las cuales se dejó constancia en acta que suscriben el Administrador General del Terminal, el Superintendente General del Puerto, el Jefe del Departamento Técnico de la Superintendencia, el Jefe de Operaciones y Mantenimiento y el contratista: "1) No se cuenta con un plano acotado del área mencionada para establecer la rasante del pavimento. 2) La sub-base de la superficie a pavimentar no está consolidada suficientemente. 3) El relleno no se ha terminado, como tampoco los drenajes necesarios. 4) Antes de iniciar trabajos, es necesario conocer y regirse por los planos de distribución de las líneas férreas conducentes a las proyectadas instalaciones del embarcadero de carbón. 5) Por las razones expuestas estimamos no deben adelantarse los trabajos de pavimentación hasta obtener una consolidación suficiente de la sub-base, base y el nivel superior requerido. 6) Dejamos anotado de que (sic) el señor contratista Gómez Jurado se presentó a iniciar los trabajos, no pudiendo llevar a cabo su propósito por las causas arriba mencionadas"; que el 2 de mayo de 1957 el Administrador del Terminal Marítimo se dirigió al contratista, en nota distinguida con el número 741, para informarle: "Dicho ministerio (el de Obras Públicas), después de estudiar los informes de la Administración del Terminal y del señor ing. Enrique Parra, me autoriza para ponerme en contacto con usted y fijar la fecha de iniciación de los trabajos de pavimentación de una zona con superficie aproximada de 10.607.50 metros cuadrados, los que al precio fijo unitario de $ 27.00 darían un valor total de $ 286.402.50"; que el 9 de junio de 1957 el Director Gral. de Navegación le dirigió al ing. Gómez Jurado la nota Nº 41927, en la cual le manifiesta: "1º Esta Dirección se encuentra altamente extrañada porque usted no ha renovado la fianza que corresponde a este contrato a pesar de haber recibido en avance desde el año de 1955 la crecida suma de $ 150.000.00, la cual se halla vencida desde octubre 20 de 1956. Mas aún, no se ha dignado siquiera dar respuesta a las dos notas que sobre el particular se le han dirigido, las números 4/1541 de noviembre 7 de 1956 y 4/1236 del 24 de junio del presente año. 2º Como quiera que no fue posible iniciar la pavimentación en la forma establecida en el contrato, por razones poderosas que usted conoce, se decidió de acuerdo con usted iniciar la obra en un sector distinto al original y se le pidió por medio de la nota 41056 del 20 de mayo de 1957 que diera comienzo a los trabajos. Usted no ha comenzado todavía esta obra, ni siquiera se tomó el trabajo de dar respuesta a nuestra nota. 3º El Gobierno ha llevado a fondos comunes la reserva establecida para atender al contrato por haberse vencido la vigencia, de tal manera que no hay fondos en la actualidad para llevar a cabo estas obras. 4º En vista de los motivos anteriormente expuestos se ha solicitado del Gobierno la cancelación del contrato y actualmente se halla a la firma de la Junta de Gobierno la resolución respectiva"; que la Junta Militar de Gobierno, por medio de la resolución número 102 de 3 de septiembre de 1957, confirmada en virtud de recurso de reposición interpuesto por el contratista por la 153 de 31 de octubre de 1957, declaró "terminado el contrato de fecha 21 de septiembre de 1955, celebrado por el Gobierno Nacional con el señor Carlos Gómez Jurado para la pavimentación en concreto de 22.000 metros cuadrados de la parte sur de las bodegas 5, 6 y 7 del Terminal Marítimo de Buenaventura", medida fundada en que "el contratista no pudo iniciar las obras dentro del término previsto en la cláusula 11 de. contrato por falta de consolidación del terreno y por falta de nivel por no estar terminado el relleno en su totalidad a la cota que rige los pisos de las bodegas", ni las había iniciado todavía a la fecha de aquella providencia, y en la falta de fondos para atender a los compromisos que el contrato imponía; que, conforme a la certificación expedida por la Dirección General de Navegación y Puertos del Ministerio de Obras Públicas el 8 de abril de 1959, "en la época en que el Ministerio de Obras Públicas celebró el contrato con el ingeniero Carlos Gómez Jurado, para pavimentación de patios en el Terminal Marítimo, éste era administrado por los Ferrocarriles Nacionales de Colombia de acuerdo con el decreto número 1218 de 29 de abril de 1955", cuya junta directiva presidía el ministro de obras públicas; que, en su doble carácter de ministro de obras públicas y presidente de la junta expresada, el funcionario mencionado "hizo conocer en su debida oportunidad a la gerencia de los Ferrocarriles Nacionales el contrato celebrado con el señor Gómez Jurado, y por consiguiente la necesidad de que la Administración del Terminal Marítimo de Buenaventura procediera de inmediato a ordenar la preparación de los patios para recibir el pavimento contratado"; que "con fecha 24 de mayo de 1956 los Ferrocarriles Nacionales

celebraron un contrato con el señor Gustavo Mendieta Santamaría para el suministro de material y preparación de los patios que debían ser pavimentados".

Los anteriores hechos aparecen demostrados con el Diario Oficial número 29.000 de 3 de abril de 1956, donde fue publicado el contrato; con copia de la resolución ejecutiva número 102 de 1957 que declara terminado el contrato, expresa los motivos de tal determinación y alude a la fecha en que quedó legalizado; con certificación del Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Navegación y Puertos, que se refiere, entre otros, a este último hecho, y además, al contrato celebrado entre los Ferrocarriles Nacionales y el señor Gustavo Mendieta Santamaría; con las actas suscritas por funcionarios del Terminal Marítimo y el contratista, a que arriba se hizo mención; con otros documentos de origen oficial en que se alude a los hechos expuestos; con las declaraciones de los testigos Luis Carlos Lenis Arce, Francisco Antonio Daraviña Muñoz, Hernando Chaves G., Ramón Sanmartín, Enrique Tuerk y Aurelio Caviedes Arteaga, que deponen sobre la actividad y gestiones del contratista Gómez Jurado para iniciar las obras y dar cumplimiento al contrato, así como sobre los perjuicios recibidos; con documentos de origen oficial que establecen la entrega de $ 150.000.00 al contratista, en calidad de anticipo, y la iniciación de juicio ejecutivo por la Nación para recobrar esta suma.

III — LO QUE ALEGAN LAS PARTES

Afirma el demandante en su alegato de conclusión que "El Gobierno no cumplió el contrato, y fue él, precisamente, quien se colocó en estado de mora en cuanto a su obligación de suministrar el terreno en condiciones de ser pavimentado, lo que aparejó, además, la imposibilidad de que el contratista efectuara la obra"; y agrega: "Es verdad que en ninguna de las cláusulas del contrato se dice en forma expresa o concreta que al Gobierno correspondía entregar la superficie por pavimentar debidamente consolidada. Pero no es menos cierto: a) que esa obligación del Gobierno surge como consecuencia necesaria del mismo contrato, ya que en éste se señalaron taxativa y concretamente los trabajos que debía ejecutar el contratista, sin que se incluyeran la consolidación y nivelación del terreno; b) que esa obligación fue reconocida por el Gobierno como suya en múltiples oportunidades, según se ha visto en el capítulo anterior: en las actas levantadas cuando se presentó el contratista —dentro del tiempo señalado en el contrato con el fin de dar comienzo a los trabajos—: en la carta que el señor Director General de Navegación le envió al contratista con fecha 9 de julio de 1957 en que le anuncia la cancelación del contrato; en el cuarto considerando de la resolución ejecutiva número 102 de 3 de septiembre siguiente, por medio de la cual se declaró terminado el contrato; en la ratificación que a aquélla le dio la número 153 de 1957, por medio de la cual se negó su reposición; en el decreto número 1037 de 4 de mayo de 1956, traído al juicio a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, y en fin en múltiples documentos allegados al juicio en tiempo oportuno. En esas condiciones y si es claro que el Gobierno se puso en mora de cumplir una de sus obligaciones, esencial además, para que el contratista pudiese no sólo efectuar la obra a su cargo, sino aún iniciarla, conforme a lo dispuesto por el artículo 1609 del Código Civil, para el doctor Gómez Jurado es preciso descartar en forma absoluta la mora y el incumplimiento como lo pretendió, para justificarse, la resolución que decretó la terminación del contrato".

A estas razones el señor Procurador Delegado en lo Civil replica en la siguiente forma:

"A) Primeramente, esta Procuraduría admite y acepta que el contrato fue debidamente celebrado y debidamente legalizado.

"B) Este contrato consta en su texto en el **Diario Oficial** número 29.000 de fecha 3 de abril de 1956 que debidamente autenticado presentó y allegó en el período probatorio el demandante.

"En tal contrato consta en la cláusula primera que el contratista Carlos Gómez Jurado se obligó a 'ejecutar un pavimento de concreto de cemento, de acuerdo con las estipulaciones que se detallan más adelante, en el Terminal Marítimo de Buenaventura, a precio fijo unitario. En la cláusula segunda consta el número de metros que debía pavimentar, 22.000, y el precio fijo unitario de $ 27.00 cada metro cuadrado, por un total en valor de $ 594.000.00 m/l. En la cláusula tercera, que es importantísima para la solución de este pleito reza el convenio:

" 'Cláusula tercera. Especificaciones. Los pisos de la bodega serán placas de concreto de 0,20 mts (8") de espesor, debidamente reforzadas, con un mínimo de 2,37 kilos por metro cuadrado (50

libras por 100 pies cuadrados) de acero, bien en forma de barras, o de malla metálica. Antes de colocar el pavimento, el relleno se nivelará bien, y se consolidará por medio de pisones, rodillos o cualquier otro método apropiado' (subrayas de la Procuraduría).

"Siguen especificaciones en la cláusula tercera relativas a los materiales de la pavimentación, 'concreto', 'arena', 'diseños de mezcla', 'vaciado del concreto', 'curación del concreto'. Es decir, todas las especificaciones técnicas indispensables.

"Tiene también importancia por su relación muy estrecha con esta cláusula tercera lo expresado en la cláusula sexta que dice: 'Cláusula sexta. Materiales. El contratista suministrará a su cargo el cemento, la arena, el balasto y demás materiales para la ejecución de los trabajos, de acuerdo con las especificaciones para dichos materiales estipuladas en la cláusula 3º del presente contrato' (subrayas de la Procuraduría).

"Entre las obligaciones del contratista estaba, pues, según lo visto por el texto de las cláusulas citadas del contrato, la de que 'antes de colocar el pavimento, el relleno se nivelaría bien, y se consolidará por medio de pisones, rodillos o cualquier otro método apropiado'.

"Debía entonces haber relleno del piso o terreno que iba a pavimentar el contratista, y afirmado o consolidación. Esto entre las especificaciones técnicas a que estaba obligado por virtud del convenio. Y ello surge de la naturaleza del contrato (artículo 1501 c.c.): porque si una persona se obliga para otra a efectuar obras de pavimento en un lugar determinado, es de la naturaleza de tal tipo de contrato, o surge de él, que debe nivelar bien, consolidar el terreno que va a pavimentar (...)".

El "demandante ha alegado y sostenido en el curso del juicio, tratando de aportar pruebas de ello, que era el Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Obras Públicas, el que debía darle el piso no sólo relleno, sino nivelado y consolidado. Tal parece que pretende, nada menos, que el Gobierno Nacional debería entregarle los pisos listos para solamente echarles cemento o concreto y dejar que fraguara o condensara. Por lo menos de las razones que en el curso del juicio ha expuesto se deduce esta pretensión.

"Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones (...)" (artículo 1494, c.c.).

"En un contrato bilateral celebrado entre el doctor Carlos Gómez Jurado y el Gobierno Nacional, Ministerio de Obras Públicas, surgieron para aquél obligaciones, entre ellas la de que "antes de colocar el pavimento, el relleno se nivelaría bien, y se consolidaría por medio de pisones, rodillos o cualquier otro método apropiado.

"El contratista, según los hechos de la demanda, y los que ha tratado de establecer en el curso del juicio, se presentó a 'pavimentar' y lo anunció al administrador del Terminal. Recibió de éste una nota en la cual le advertía que no podía todavía iniciar los trabajos por falta adecuada de consolidación del terreno (hecho 13º de la demanda). Es decir, se presentó dicho contratista, a 'pavimentar' sin efectuar como se había comprometido relleno, afirmado y nivelado. Lógicamente el administrador del Terminal debía informarlo de que no podía en estas condiciones 'pavimentar', comenzar por el final del trabajo, no por el principio(...).

"No está por demás agregar a lo dicho, que según la cláusula cuarta del contrato, el contratista 'se ceñirá a la ejecución de los trabajos, a los proyectos suministrados por la Dirección de Navegación del Ministerio de Obras Públicas, que a su turno, durante la ejecución del contrato, podrán ordenar los cambios que estime convenientes, tanto a los estudios y proyectos como a las especificaciones y normas'. Es inconcebible que en casos planos y proyectos técnicos, dada la naturaleza y clase de la obra a ejecutar y los fines para que se ejecutaría, no estuvieran incluídos los rellenos, afirmado, nivelado, como obras previas a la pavimentación".

Observa el procurador, además, que el contratista no se presentó a iniciar trabajos dentro del término de quince días fijados al efecto, por lo cual se colocó en mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

IV — LAS CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1) La acción incoada

De las peticiones postuladas en la demanda se desprende que el actor persigue la indemnización de perjuicios por infracción del contrato concluído con la Nación el veintiuno de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, acción que surge de lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, que consagra la acción resolutoria tácita en caso de no cumplirse por uno de los

contratantes lo pactado, facultando al otro para "pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

Establece esta regla dos acciones principales alternativas: **o la resolución o la ejecución** del contrato, y una accesoria que, por su naturaleza, sólo puede ejercitarse como consecuencia de la principal que se postule: la de **resarcimiento**. Este resarcimiento es apenas un efecto de la acción invocada como principal, bien la resolución, ya el cumplimiento del contrato, por lo cual no puede proponerse independientemente de aquella principal sino solamente en calidad de accesoria. Así se infiere claramente del texto del artículo 1546, que no habla de tres acciones principales, sino de dos de carácter alternativo: "o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios". Ni podría ser de otra manera, pues que, tratándose de responsabilidad contractual, el conocimiento de la suerte definitiva de la convención, cuando no aparecen extinguidas las obligaciones recíprocas correlativas de las partes, es premisa indispensable para la apreciación del daño causado por la infracción, ya que ese daño no puede ser el mismo cuando el contrato está destinado a ejecutarse que cuando no lo está. La acción principal que se ejercite es así, en este caso, factor determinante de la naturaleza y la cuantía del daño, que varía según que la convención alcance a la postre cumplimiento, o que se llegue, por el contrario, a su resolución. Por otra parte, reconocer el derecho al pago de perjuicios sin que se haya definido la suerte definitiva del contrato, vale tanto como permitir que éste pueda ser convertido —como lo ha expresado la Corte— en fuente inagotable de efectos jurídicos, contra todo principio de equidad y razón. He ahí por qué la acción de perjuicios no puede prosperar si no se ejercita como consecuencial de una de las dos principales expresadas.

No es ese, sin embargo, el caso de la acción de daños cuando se funda en la infracción de un contrato administrativo cuya caducidad ha sido declarada por autoridad competente y por el procedimiento que determina la ley. La eficacia que debe suponerse como cualidad propia de la actividad administrativa, hace que a las decisiones de la Administración se les atribuya **ejecutoriedad** cuando han sido tomadas por la autoridad competente y con arreglo a las reglas procedimentales prescritas. En virtud del principio de la ejecutoriedad, el acto administrativo, como que se le entiende **necesario para los fines de interés general propios del servicio público, debe ejecutarse a pesar de las impugnaciones de que pueda ser objeto, salvo las excepciones que defina la ley, y naturalmente sin perjuicio de la responsabilidad de la Administración por la desviación o el abuso de poder en que pueda incurrir.**

La caducidad de un contrato no es cosa distinta de su extinción por acto unilateral de la Administración, en virtud de algunos de los motivos que para terminarlo por decisión unilateral han preestablecido la ley o el mismo contrato; equivale a su resolución, en cuanto le pone fin, de modo que una vez producida esa caducidad quedan insubsistentes las relaciones obligacionales recíprocas de las partes, no pudiendo producir ningún efecto como consecuencia de la ejecutoriedad de la respectiva resolución administrativa. El contrato ha dejado de existir, no habiendo ya lugar a otros efectos que los que provengan de la responsabilidad del servicio o de entidad pública correspondiente por un acto irregular o ilegítimo o violatorio de derechos que ampara la ley. La naturaleza del fenómeno de la **caducidad** similar a la de la **resolución** en cuanto rompe o extingue la relación jurídica contractual, permite, así pues, que tratándose de contratos caducados por resolución administrativa pueda incoarse la acción de perjuicios sin sujeción a una de las principales consagradas en el artículo 1546 del Código Civil.

La acción contenida en la demanda con que se inició este juicio es viable, consiguientemente, aunque haya sido propuesta como principal, sin subordinación a un previo pronunciamiento relativo a la resolución o al cumplimiento del contrato.

2) Interpretación del contrato

Como se desprende de las alegaciones de las partes, la controversia se ha planteado en torno a la interpretación de la cláusula tercera del contrato. No se discute la existencia de éste, ni su obligatoriedad, ni la responsabilidad civil del Estado en caso de infracción de sus convencionales compromisos, sino la extensión de ellos y de los que corresponden al demandante, en cuanto el representante de la Nación asevera que el relleno, afirmado, nivelación y consolidación del piso constituye obligación a cargo del contratista, y éste expresa lo contrario.

Por la cláusula primera del contrato, que se-

ñala el objeto que mediante él se proponen las partes, el contratista se obliga "a ejecutar un pavimento de concreto de cemento, de acuerdo con las estipulaciones que se detallan más adelante, en el Terminal Marítimo de Buenaventura, a precio fijo unitario". La cláusula segunda fija la cantidad de obra que debe ejecutar el contratista, su precio unitario y su valor total, en los siguientes términos: "El contratista se compromete a ejecutar la pavimentación de 22.000 metros cuadrados en concreto de cemento, en la parte sur de las bodegas 5, 6 y 7, al precio fijo unitario de veintisiete pesos ($ 27.00) por metro cuadrado, lo que da un valor total de quinientos noventa y cuatro mil pesos ($ 594.000.00) moneda corriente". En la cláusula tercera se determinan, finalmente, las especificaciones de las obras, en la siguiente forma: "Los pisos de la bodega serán placas de concreto de 0,20 mts. (8") de espesor, debidamente reforzadas, con un mínimo de 2,37 kilos por metro cuadrado (50 libras por 100 pies cuadrados) de acero, bien en forma de barras, o de malla metálica. **Antes de colocar el pavimento** —subraya la Sala—, **el relleno se nivelará bien, y se consolidará por medio de pisones, rodillos o cualquier otro método apropiado**".

Con el fin de ejecutar las obligaciones a su cargo, el ingeniero Gómez Jurado se hizo presente en la Superintendencia General del Puerto de Buenaventura el doce de enero de mil novecientos cincuenta y seis, habiéndose dejado en acta suscrita con tal motivo, por los altos funcionarios del Terminal, constancia de que el contratista no pudo iniciar los trabajos por no estar aún convenientemente afirmado y consolidado el terreno. El día anterior, once de enero, el ingeniero Gómez Jurado había sido advertido de que no podía dar comienzo a aquellos trabajos, en comunicación suscrita por el Administrador del Terminal Marítimo, que dice así: "Ferrocarriles Nacionales de Colombia, División Terminal Marítimo. Departamento Administración. Número 0100. Buenaventura, enero 11/56. Señor doctor Carlos Gómez Jurado, L. C. Ref. Aplazamiento iniciación obra contrato de pavimentación. Atentamente me permito manifestar a usted que esta Administración estima que no se pueden iniciar antes de dos meses los trabajos de pavimentación contratados por usted en la parte posterior de las bodegas 6, 7 y 8. Las causas que motivan esta decisión son las siguientes: a) Falta adecuada de consolidación del terreno; b) falta de nivel por no estar terminado el relleno en su totalidad, a la cota que rige a los pisos de las bodegas. Tan pronto se consideren subsanadas las dos causas anteriores, se le hará conocer, a fin de que pueda iniciar sus trabajos. De Ud. atto, S. S. Manuel I. Muñoz, Admor. Terminal Marítimo".

El tres de julio del ya mencionado año, el ingeniero Gómez Jurado se presentó nuevamente en el Terminal Marítimo con el mismo propósito, y también con el mismo resultado y por los mismos motivos. Entre las razones que, según acta levantada en esa fecha, impedían iniciar las obras, por lo cual había de posponerse tal iniciación, se menciona de modo especial la siguiente: "Antes de iniciar trabajos es necesario conocer y regirse por los planos de distribución de las líneas férreas conducentes a las proyectadas instalaciones del embarcadero de carbón". El punto sexto del acta mencionada reza así: "Dejamos anotado de que (sic) el señor contratista Gómez Jurado se presentó a iniciar trabajos, no pudiendo llevar a cabo su propósito por las causas arriba mencionadas".

Las anteriores manifestaciones y constancias de la Administración del Terminal y de los demás funcionarios adscritos a ella, están poniendo de resalto que tal departamento administrativo siempre entendió que las obras de relleno, afirmado, nivelación y consolidación eran de cargo de la Nación, en desarrollo del contrato celebrado con el ingeniero Gómez Jurado; pero si ello no fuere suficiente para descubrir la voluntad del Gobierno en lo que atañe al contenido de la parte final de la cláusula tercera, por tratarse de una repartición administrativa secundaria que no recibió instrucciones oportunas sobre el contrato y la manera de ejecutarlo —lo que por sí solo configura ya una conducta negligente del Ministerio de Obras Públicas—, esa voluntad aparece manifiesta en el hecho de que el Ministro hiciera conocer a la junta directiva de los Ferrocarriles Nacionales, de los cuales dependía la administración del Terminal Marítimo, el contrato celebrado con Gómez Jurado, con el fin de que "procediera de inmediato a ordenar la preparación de los patios para recibir el pavimento contratado", lo que dio lugar a que los Ferrocarriles celebraran con el señor Gustavo Mendieta Santamaría el contrato de veinticuatro de mayo de mil novecientos cincuenta y seis "para el suministro de materiales y preparación de los patios que debían ser pavimentados".

Al considerar una declaración contractual de voluntad, bien puede acontecer que la conducta de las partes, anterior o posterior a la convención, o que las circunstancias en que ésta se celebró, o la naturaleza misma del negocio jurídico, etc., revelen una intención que no sea precisamente la que se desprende del sentido aparente del texto o de las palabras en que esté concebido. De ahí que la ley suela dar reglas de interpretación, o sea, directivas que el juez puede seguir para averiguar la voluntad real de las partes cuando la manifestación respectiva es oscura, equívoca o ambigua, o cuando la voluntad aparente está en contradicción con los hechos demostrados, lo que hace el Código Civil en el título 13 del libro 4º.

El artículo 1618 de esa obra expresa que "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras", con lo cual se consagra la prevalencia de la voluntad interna sobre la externa o declarada. Esta, aun cuando sea clara y precisa, crea apenas una presunción, la de reflejar la voluntad real, presunción que puede ser desvirtuada mediante el examen de los elementos intrínsecos o extrínsecos del contrato. La declaración de voluntad no es sino uno de los medios de descubrir la intención recíproca de las partes, el de mayor valor, sin duda alguna, pero no por eso excluye otros que en el caso concreto pueden conducir al mismo fin con mayor probabilidad de acierto.

Uno de esos medios se refiere a la aplicación que aquéllas hayan dado a la estipulación cuyo ámbito o sentido sea motivo de desacuerdo. El inciso tercero del artículo 1622 del Código Civil aconseja acudir en estos casos, entre otros medios, a la **aplicación práctica** que ambas, o una de ellas con aprobación de la otra hayan dado a la respectiva cláusula, para indagar su voluntad interna, ya que lo que importa saber para los fines del proceso no es tanto lo que dijeron las partes sino lo que quisieron decir, esto es, qué se propusieron realmente con la declaración de voluntad; y aquella aplicación revela en ocasiones con más fidelidad que la literalidad de una cláusula la extensión de los derechos y las obligaciones que emanan de ella. De ahí que si bien un texto claro no puede dejar de aplicarse so pretexto de averiguar su espíritu, en caso de que se demuestre que él no refleja la verdadera intención de las partes debe preferirse ésta a la que resulta del tenor literal.

Del contexto de la cláusula tercera del contrato de obra pública concluido entre la Nación y el ingeniero Gómez Jurado pudiera inferirse que la obligación de realizar los trabajos de nivelación y consolidación del piso que debía ser pavimentado correspondía al contratista; pero la **aplicación práctica** que la Nación, con el asentimiento del demandante, dio a esa cláusula, demuestra que la voluntad real de las partes fue que tales trabajos se ejecutasen por aquélla, por lo cual la Corte no puede desatender esa aplicación para atenerse solamente al sentido aparente del texto.

3) Infracción y daños

Con las piezas o documentos ya citados y parcialmente transcritos —algunos de ellos también aducidos por la parte opositora—, ha comprobado el demandante que él estuvo siempre dispuesto al cumplimiento del contrato, y que se presentó en el Terminal a ejecutar la obra de pavimentación contratada, sin que le fuera posible hacerlo por mora de la Nación en realizar obras previas que a ella le correspondían, situación que se prolongó de manera indefinida. Estas obras no son solamente las de nivelación y consolidación a que se refiere la cláusula tercera, sino también las de relleno, afirmado, drenajes y planos de distribución de las líneas férreas que habían de conducir al embarcadero de carbón, que no se mencionan en dicha cláusula en forma que autorice atribuir su ejecución al demandante, y sin las cuales no era posible proceder a la pavimentación de los patios, según se desprende de los documentos oficiales de que se hace mérito. La obligación debe cumplirla quien se ha comprometido a hacerlo, y la de realizar las obras a que se refiere la parte final de la cláusula tercera del contrato era de la Nación, según la aplicación que ella misma diera a dicha cláusula, y debía ejecutarla, además, con anterioridad a las que correspondían al contratista, lo mismo que la de hacer el relleno, el afirmado y los drenajes y presentar los planos de la líneas, por lo cual el señor procurador delegado en lo civil no está en lo justo cuando afirma que aquél violó el contrato al no haber acudido a comenzar la obra dentro del preciso término de quince días fijados en la cláusula undécima, pues que conforme al artículo 1609 del Código Civil, en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o se allane a hacerlo. Si los compro-

misos del Estado, en lo que concierne a la ejecución de ciertos trabajos previos, debían satisfacerse "antes" de los del demandante, éste no se hallaba en mora mientras aquél no cumpliese los que a él correspondían. Y en los autos se encuentra acreditada fehacientemente la negligencia de la parte opositora en el cumplimiento de deberes contractuales concretos, con la que se ingringió el contrato, causando al actor daños consistentes en la frustración del lucro que se proponía derivar, y de los cuales debe responder el Estado conforme a las normas de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil.

Cuanto al daño moral que el demandante pretende haber recibido, no aparece demostrada su existencia en el proceso, por lo cual no hay lugar a la correspondiente condena.

La cuantía del lucro o provecho que el actor dejó de derivar, o sea, la del perjuicio material, no fue determinada en el juicio, por lo cual la condena habrá de ser en abstracto, a fin de que se la liquide por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial; para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes bases: del precio unitario por metro cuadrado ($ 27.00), estipulado en la cláusula segunda, se deducirá el costo total de cada metro cuadrado de pavimento conforme a las especificaciones convenidas en el contrato, en el lugar donde la obra debía realizarse y en la época en que aquél debió cumplirse, a fin de conocer la utilidad neta por metro cuadrado que el demandante hubiera podido reportar. El monto de la utilidad neta correspondiente a los veintidós mil metros cuadrados será el del perjuicio recibido por el contratista. El crédito que por tal concepto se liquide contra la Nación deberá compensarse, hasta concurrencia de la cantidad que resultare menor, con la suma recibida por dicho contratista en calidad de anticipo.

No es el caso de hacer la declaración rogada en la petición tercera de la demanda, por cuanto en nuestro sistema civil, a diferencia de lo que acontece en el francés, el derecho de retención no es oponible a toda especie de obligaciones, sino que, por razón de lo dispuesto en el artículo 2417 del Código Civil sólo puede ejercitarse en los casos en que la ley expresamente lo consagra; es decir, que no constituye una regla general, sino que tiene claro carácter de excepción, siendo por tanto, de aplicación restrictiva; y el caso a que se refiere la demanda no es de aquellos en que la ley reconoce aquel derecho. Por otra parte, mientras no se liquide la indemnización que corresponda al contratista, y se fije su monto, no podrá saberse cuál de las partes es en realidad la deudora de un saldo, y su cuantía, ya que los respectivos créditos deben compensarse hasta ocurrencia del que resultare menor: lo que por sí sólo bastaría para rehusar la declaración a que se refiere la petición expresada.

Cuanto a la declaración y condena solicitadas en la petición cuarta del libelo, no hay prueba idónea suficiente en los autos de la existencia del crédito a cargo de la Nación y a favor del demandante, a que aquella petición se refiere, por lo cual no es el caso de entrar siquiera a considerar la conducencia de la respectiva pretensión.

V — FALLO

Como consecuencia de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve:

Primero. La Nación es civilmente responsable de los perjuicios materiales que causó al demandante Carlos Gómez Jurado con la infracción del contrato celebrado el veintiuno de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, sobre pavimentación de veintidós mil metros cuadrados de piso en la parte sur de las bodegas cinco, seis y siete del Terminal Marítimo de Buenaventura.

Segundo. En consecuencia, condénase a la Nación a pagar al demandante el valor de los perjuicios a que se refiere el ordinal anterior, los que se liquidarán con sujeción a las bases expresadas en la parte motiva de este fallo, por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial.

Tercero. Se deniegan las declaraciones y condena solicitadas en las peticiones tercera y cuarta de la demanda.

Cuarto. No hay lugar a condenación en costas.

Notifíquese, cópiese, comuníquese al Ministerio de Obras Públicas, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Luis Carlos Zambrano. — Ramiro Araújo Grau. — Carlos Peláez Trujillo. — Efrén Osejo Peña. — El Secretario, Jorge García Merlano.

REVOCA LA CORTE LA DECISION TOMADA POR UN TRIBUNAL SUPERIOR DENTRO DEL JUICIO DE DESLINDE Y AMOJONAMIENTO ENTRE UNOS TERRENOS NACIONALES Y OTROS DE PROPIEDAD PRIVADA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES — Bogotá, diez de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau)

El señor Fabriciano Ramírez Zuluaga, por medio de apoderado, presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín demanda contra la Nación para obtener el deslinde y amojonamiento respecto a terrenos nacionales, del predio de su propiedad que describió en el libelo ubicado en el municipio de "El Retiro".

Cumplidas las formalidades previstas, con audiencia del Fiscal 1º del Tribunal, en representación de la Nación, se practicó la diligencia de deslinde, en la que se oyó el parecer de los peritos y se examinaron los títulos presentados.

En el acta correspondiente se lee:

"La Sala considera, teniendo en cuenta el concepto de los peritos y las observaciones verificadas sobre el terreno, que no hay lugar a señalar línea separatoria de los predios, en vista de que aparece que la línea se marca en forma obstensible, sin ninguna duda, y que la constituye el lindero que separa el cauce de la quebrada "El Salado" y la ribera correspondiente del predio de que es condueño el demandante. La mayoría de la Sala estima que no se descarta la posibilidad de que la Nación, según la prueba testimonial aportada, haya ocupado una zona de terreno en que tiene derecho al demandante, al desviar las aguas de la quebrada "El Salado", pero en todo caso considera que por no haber duda sobre los linderos actuales, no es el caso de fijar por medio de mojones, sobre el cauce de la quebrada por donde actualmente corre, línea separatoria alguna. Si se fijaran mojones como se solicita en la demanda, se llegaría inevitablemente a la separación de las aguas que corren por el cauce actual de la quebrada "El Salado". Al decidir la mayoría de la Sala que en este caso no hay lugar a señalar la línea por no encontrar oscuridad en la delimitación actual que existe en los terrenos, se apoya además en conceptos como el del doctor Fernando Vélez y en algunas doctrinas del Tribunal de Medellín". Uno de los Magistrados dejó constancia razonada de su inconformidad con la anterior decisión de la mayoría de la Sala.

Recibido el negocio en esta Corporación, sufrió la tramitación propia de apelación de los autos interlocutorios.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, que ha llevado la personería de la Nación ante la Sala, ha pedido la confirmación de la providencia apelada.

En las razones del Tribunal antes transcritas hay una evidente contradicción. Por un lado afirma que no hay lugar a señalar linderos porque la línea limítrofe de los predios es clara, por estar constituída por la quebrada "El Saledo", pero al mismo tiempo admite que no se puede descartar la posibilidad de que la Nación al desviar las aguas de la quebrada, haya ocupado una zona de terreno en que tiene derecho el demandante, zona que, al decir de los peritos, es de una cuadra cuadrada aproximadamente. Y agrega que la fijación de mojones podría producir una división de las aguas. Es decir, por una parte afirma que el lindero es la quebrada, y por otra, acepta que una porción del cauce de la quebrada puede hacer parte de predio del demandante; y como co-

rrobora esto, pero al mismo tiempo excusándose de la fijación con mojones de la verdadera línea divisoria, alega que ello produciría una separación de las aguas, cosa que, al parecer, debe evitarse a toda costa.

En suma, para la Corte el Tribunal dejó de cumplir el cometido que le ordenaba el artículo 889 del C. J., de señalar una línea precisa de separación entre los predios de la Nación y del demandante, línea que bien podía marcarse con mojones apropiados dentro del cauce de la quebrada, si era el caso, como parece que lo era.

Al procederse a un deslinde hay que tener en cuenta los datos reales que arrojen los títulos, en cuanto al ámbito espacial de los mismos, y no a lo que aparentemente pueda resultar de una superficial conformación de tales datos con la realidad.

En mérito de lo expuesto, se RESUELVE: Revóquese la decisión que el Tribunal de Medellín tomó en la diligencia realizada el 18 de agosto de 1960 en el presente juicio de deslinde y amojonamiento, a efecto de que proceda a hacer un señalamiento preciso, con mojones adecuados, de la línea limítrofe entre el predio del demandante y el de la Nación.

Notifíquese y cúmplase. Insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Carlos Zambrano.—Ramiro Araújo Grau.—

Efrén Osejo Peña. — Carlos Peláez Trujillo. —

Jorge García Merlano, Secretario.



NO ES PROCEDENTE LA ACCION EJECUTIVA INSTAURADA, POR MEDIO DE LA CUAL SE PRETENDE QUE UN DEPARTAMENTO DEL PAIS SEA OBLIGADO A DAR SU APROBACION A UN CONTRATO DE ADMINISTRACION Y VENTA DE LOTERIA

1.—Los doctrinantes distinguen la oferta de la invitación a formularla. El acto mediante el cual la Administración hace un llamamiento a intervenir en la licitación, y señala las condiciones en que puede realizarse esa intervención, no es una oferta al público, sino simple invitación a formularle propuestas al servicio que hace el llamamiento. La oferta es la que recibe el servicio, este es, la propuesta, que al ser aceptada mediante el acto de adjudicación consumaría el acuerdo de voluntades, siempre que la ley o el contrato mismo no condicionen la validez de éste al cumplimiento de formalidades especiales.

2.—La oferta y su aceptación producen los efectos jurídicos que indican los artículos 184 y siguientes del Código de Comercio, entre ellos la conclusión definitiva del contrato cuando la aceptación ha sido pura y simple, a tenor del artículo 188, siempre que la ley no prevea condiciones especiales para su validez, condiciones que pueden ser también materia del contrato. Cuando ello acontece, es decir, cuando la ley o el contrato condicionan la validez de éste al cumplimiento de formalidades especiales, la oferta aceptada no produce efecto alguno mientras no se cumpla la formalidad pendiente, sino que se limita a crear una situación precontractual, que cuando genera derechos y obligaciones correlativas no son las que se derivarían del contrato, ya que éste carece de los requisitos indispensables para tener consecuencias jurídicas.

3.—En lo tocante al acuerdo de las voluntades, en materia de contratos celebrados con la administración, cabe anotar que cuando el reglamento que rige la convención o la misma voluntad de los contratantes disponen que las estipulaciones convenidas en principio no produzcan efecto sino mediante la aprobación de un organismo superior dentro de la organización jerárquica del servicio, se entiende que, dada la estructura orgánica de las entidades o instituciones públicas, y en consideración a los fines que ellas persiguen y al motivo determinante de la actividad administrativa, que es el interés público, la voluntad contractual no se forma mediante un acto simple, sino de manera compleja, por medio de operaciones sucesivas encaminadas, más que a revisar el acto con el fin de establecer que se han cumplido formalidades de carácter externo, a asegurarse de que él responde a las necesidades o conveniencias del respectivo servicio.

4.—Cuando, por voluntad de la ley o de las partes, la validez de un contrato administrativo queda condicionado a la aprobación de un organismo superior, debe evitarse el confundir tal aprobación con la simple revisión. Consiste ésta en comprobar que el contrato se ciñe a las prescripciones legales y que al celebrarlo se cumplieron las formalidades exigidas, al paso que la aprobación envuelve una nueva manifestación de voluntad que confirma la ya emitida en principio; o sea que el consentimiento no se forma sino mediante un proceso de inte-

gencia que se presuma con la aprobación del organismo superior, que no es el competente para celebrar el contrato, pero sin cuyo asentimiento tampoco llega éste a perfeccionarse. La adjudicación no tiene entonces más valor que el de un procedimiento técnico para seleccionar al mejor postor y, como ha dicho Jèze, el de acto condición unilateral cuyo cumplimiento permite a los organismos autorizados para concluir el contrato ejercitar la respectiva competencia, por lo cual esa adjudicación no crea ninguna situación jurídica general ni individual.

3.—La promesa de celebrar contratos es una figura que la ley describe con caracteres propios, y que para que produzca efectos somete a condiciones específicamente determinadas en el artículo 89 de la ley 153 de 1887.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES — Bogotá, diez de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo)

El representante judicial del señor Nazario Gómez Pinzón ha insistido, mediante recurso de reposición interpuesto contra la providencia de esta Sala de primero de febrero del presente año, en la procedencia de la acción ejecutiva entablada contra el departamento de Boyacá con el fin de obtener el perfeccionamiento del contrato sobre administración de la Lotería de ese departamento, mediante su aprobación por la Junta Departamental de Gobierno; insistencia que apoya en razones que expone así:

"La demanda reclama es el cumplimiento de la promesa de contrato que hizo el Departamento mediante su oferta y la aceptación del demandante, es decir, el cumplimiento de la obligación de hacer el contrato, de ejecutar esa determinada actividad, ya que no es posible aceptar que quede a su voluntad el cumplimiento o ejecución de los actos que se ha obligado a realizar, y que su no ejecución voluntaria y maliciosa tenga la eficacia de liberarlo como lo sostiene la H. Corte. La ejecución no es por el contrato que no se ha perfeccionado formalmente, sino por la prestación prometida de celebrarlo y que no se cumplió, lo que es muy diferente. Tal parece que para la H. Corte la promesa al público no tiene en sí una prestación verdadera, y que no es en ninguna forma vinculante para el promitente. Y va más allá cuando acepta que perfeccionada dicha promesa por medio de la aceptación, puede desvincularse el oferente mediante el procedimiento unilateral de no ejecutar los actos que le corresponden para realizar el contrato convenido. (...) En el caso de autos no puede decirse que la aprobación es un elemento del consentimiento remitido a un momento posterior, o sea que el contrato debe formarse progresivamente. Como lo he venido sosteniendo, apenas es un elemento formal establecido en favor de la Administración Pública, para garantizar que en el otorgamiento del consentimiento los órganos autorizados para prestarlo se ciñeron a las disposiciones de la ley, en manera alguna para hacer burla o engaño de los que contratan con la Administración Pública de buena fe (...). La aceptación de la promesa de contrato que hizo mi mandante sí es fuente de obligación para el Departamento, como que no está dentro de sus facultades oponerse a los actos válidos de la Junta de Lotería (...)".

En suma, que los motivos en los cuales el actor funda el recurso son los siguientes:

1º.—Que la oferta al público, debidamente aceptada, configura una promesa que obliga a las partes a formalizar el contrato, y que es en esa promesa, no en el contrato imperfecto suscrito por él con el gerente de la Lotería, que se apoya para exigir el cumplimiento de la obligación de hacer correspondiente.

2º.—Que la aprobación de ciertos organismos a que por regla general han de someterse los contratos administrativos no es elemento integrante del consentimiento, sino mera formalidad encaminada a asegurar el cumplimiento de requisitos externos propios de aquella especie de actos, por lo cual puede ser exigida cuando no hay motivo legal que autorice su denegación.

3º.—Que, en consecuencia, debe revocarse el auto en que el Tribunal Superior de Tunja rehusó el mandamiento de ejecución contra el Departamento, a fin de reemplazarlo por la orden de concluir el contrato definitivo, mediante el cumplimiento de las formalidades omitidas hasta ahora.

Conviene recordar, para la debida inteligencia de las consideraciones que habrán de hacerse en seguida, que en el pliego de cargos publicado el

trece de julio de mil novecientos cincuenta y nueve "para contratar la venta y distribución de billetes de la Lotería de la Beneficencia de Boyacá", se expresa en el ordinal 18: "Para la validez del contrato adjudicado se necesita la aprobación de la Junta Administradora de la Lotería de Boyacá, de la Junta de Gobierno, del Tribunal Contencioso Administrativo y del Ministerio de Salud Pública"; que con base en este pliego de cargos, el demandante formuló su propuesta a la Junta Administradora "para la administración de la Lotería de Boyacá durante los próximos cuatro años y de conformidad con las disposiciones de la ley 64 de 1923"; que dicha propuesta fue aceptada, y el contrato adjudicado al señor Nazario Gómez Pinzón en la reunión que la Junta celebró el cinco de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve; que, previas algunas aclaraciones formuladas por el señor Gómez respecto de los porcentajes que en su concepto estaría obligado a pagar a la empresa de la Lotería, se firmó el documento contentivo de las estipulaciones convenidas, por el gerente de la Lotería y el contratista, el veintiséis del mes de agosto ya mencionado; que en la cláusula duodécima de este documento se expresa: "El presente contrato no podrá ser traspasado ni cedido por el contratista sin previa aprobación de la Junta Administradora de la Lotería, de la Junta de Gobierno, del Tribunal Contencioso Administrativo y del Ministerio de Salud Pública. Entidades éstas que deberán dar también su aprobación a todas y cada una de las cláusulas del presente contrato, para su validez"; que la Junta de Gobierno rehusó su aprobación al contrato, en resolución de quince de septiembre, que reza así: "La Junta de Gobierno de Boyacá considerando que, según constancia de las actas de la Junta de Lotería, especialmente de la parte final del acta número 11, hubo un error de apreciación en el momento de escoger la mejor propuesta, y por consiguiente, existe un vicio en la adjudicación de que trata este contrato, estima que no puede impartirle su aprobación. En consecuencia, solicita a la Junta de Lotería proceda a efectuar una nueva licitación, modificando el pliego de cargos en el sentido de que el plan de premios definitivo para los cuatro años debe presentarse con cada propuesta"; que con fundamento en la aceptación de la propuesta presentada por el demandante, éste ha iniciado acción ejecutiva contra el Departamento a fin de que se le obligue a cumplir con el requisito consistente en la aprobación de la Junta de Gobierno.

Para resolver el recurso la Corte considera:

1.—Los doctrinantes distinguen la oferta de la invitación a formularla. El acto mediante el cual la Administración hace un llamamiento a intervenir en la licitación, y señala las condiciones en que puede realizarse esa intervención, no es una oferta al público, sino simple invitación a formularle propuestas al servicio que hace el llamamiento. La oferta es la que recibe el servicio, esto es, la propuesta, que al ser aceptada mediante el acto de adjudicación consumaría el acuerdo de voluntades, salvo en los casos a que en seguida se hace referencia.

2.—La oferta y su aceptación producen los efectos jurídicos que indican los artículos 184 y siguientes del Código de Comercio, entre ellos la conclusión definitiva del contrato cuando la aceptación ha sido pura y simple, a tenor del artículo 188, y siempre que la ley no prevea condiciones especiales para su validez. Estas condiciones pueden ser también materia del contrato, pues que las partes tienen libertad para acordar todas las que siendo lícitas estimen convenientes para sus intereses. Cuando ello acontece, es decir, cuando la ley o el contrato condicionan la validez de éste al cumplimiento de formalidades especiales, la oferta aceptada no produce efecto alguno mientras no se cumpla la formalidad pendiente, sino que se limita a crear una situación precontractual que cuando genera derechos y obligaciones correlativas no son las que se derivarían del contrato, ya que éste carece de los requisitos indispensables para tener consecuencias jurídicas.

En el caso que se examina en esta providencia, tanto en el pliego de cargos que sirvió de base a la licitación, como en el instrumento que una vez adjudicado el contrato suscribieron las partes, se condicionó la validez de aquél a la posterior aprobación de la Junta de Gobierno; lo que quiere decir que ni la oferta aceptada, esto es, ni la adjudicación, ni la firma de aquel instrumento pueden haber creado relaciones jurídicas de origen contractual, pues no se han satisfecho formalidades esenciales a las cuales las partes subordinaron, en uno y otro evento, las consecuencias jurídicas de las estipulaciones convenidas en principio.

3.—A la misma solución se llega si la cuestión se estudia a la luz del criterio que ve en la adjudicación, desde el punto de vista del derecho administrativo, el momento en que se conciertan

las voluntades de las partes, pero a condición de que la ley del servicio o las cláusulas mismas sobre que recae el consentimiento no lleven a una distinta.

Cuando esto ocurre, esto es, cuando el reglamento que rige a la convención o la misma voluntad de los contratantes disponen que las estipulaciones convenidas en principio no produzcan efecto sino mediante la **aprobación** —no la **revisión**— de un organismo superior dentro de la organización jerárquica del servicio, se entiende que, dada la estructura orgánica de las entidades o instituciones públicas, y en consideración a los fines que ellas persiguen y al motivo determinante de la actividad administrativa, que es el interés público, la voluntad contractual no se forma mediante un acto simple, sino de manera compleja, por medio de operaciones sucesivas encaminadas, más que a revisar el acto con el fin de establecer que se han cumplido formalidades de carácter externo, a asegurarse de que él responde a la necesidades o conveniencia del respectivo servicio. A diferencia de la **revisión**, que es comprobación de que el contrato se ciñe a las prescripciones legales y de que al celebrarlo se cumplieron las formalidades exigidas, la **aprobación** envuelve una nueva manifestación de voluntad que confirma la ya emitida en principio; o sea, que el consentimiento no se forma sino mediante un proceso de integración que se consuma con la aprobación del organismo superior, que no es el competente para celebrar el contrato, pero sin cuyo asentimiento tampoco llega éste a perfeccionarse. La adjudicación no tiene entonces más valor que el de un procedimiento técnico para seleccionar al mejor postor, y como ha dicho Jéze, el de acto condición unilateral cuyo cumplimiento permite a los organismos autorizados para concluir el contrato ejercitar la respectiva competencia, por lo cual esa adjudicación no crea ninguna situación jurídica general ni individual.

En el caso aquí contemplado no se ha establecido en forma alguna que el reglamento del servicio prevea que la adjudicación, esto es, la oferta aceptada sea suficiente para la formación de la voluntad contractual; pero en cambio, sí aparece de los documentos acompañados a la demanda que tanto para la licitación como para el contrato se subordinó la validez de las obligaciones derivadas de la subasta o de las cláusulas instrumentales acordadas a la aprobación de la Junta de Gobierno, con lo cual se reguló la integración de la voluntad, no en la forma simple que pretende el demandante, sino en la compleja que desde un principio se exigió en el pliego de cargos.

4.—Agréguese a todo lo anterior que la promesa es una figura jurídica que la ley describe con caracteres propios, y que para que produzca efectos somete a condiciones específicamente determinadas en el artículo 89 de la ley 153 de 1887, que no cumple el acto de aceptación de que hace mérito el demandante; y por otra parte, que conforme al artículo 982 del Código Judicial para que el cumplimiento de una obligación pueda ser exigido ejecutivamente es necesario que ella sea clara, lo que no sucede en este caso en que el reconocimiento de que el actor quiere hacer efectiva supone el estudio de los motivos que movieron la actitud adversa al contrato de la Junta de Gobierno, y se llega a la conclusión de que la acción incoada no es procedente, y que por tanto, no hay lugar a reponer la providencia reclamada.

Por estas razones, se denuega la reposición del auto proferido por la Sala el primero de febrero del presente año.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Luis Carlos Zambrano. — **Ramiro Araújo Gran.** — **Carlos Peláez Trujillo.** — **Efrén Ossa Peña.** — **Jorge García Merlano, Secretario.**

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

Proposición aprobada por la Corte con motivo del atraso de la publicación de la "Gaceta Judicial".—Sesión de Sala Plena de fecha junio 7 de 1962 3

No hay lugar a proveer en el fondo sobre la demanda de inexequibilidad del Decreto Legislativo número 2.354 de 22 de mayo de 1958, sobre Cooperativas Militares, por sustracción de materia.—En sentencia de 9 de marzo de 1961, así lo resuelve la Sala Plena de la Corte.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Pajardo Pinzón 4

Inexequibilidad de los artículos 18, 19 y 20 del Decreto-ley número 3.348 de 1959, relacionados con el servicio público de Notariado y Registro.—Por sentencia de 17 de marzo de 1961, se declaran inexequibles los artículos 18, 19 y 20 del aludido Decreto, por el cual se da una adecuada dirección y un ordenamiento racional al servicio público de Notariado y Registro.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava... 6

Salvamento de voto del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 14

Exequibilidad de los artículos 1º y 2º del Decreto 3.346 de 28 de diciembre de 1959, sobre Notariado y Registro. En cuanto al artículo 18 que también acusa la demanda, el presente fallo nada puede resolver, por haber sido ya objeto de otra sentencia de esta misma fecha.—Así lo resuelve la Corte en sentencia de Sala Plena de fecha 17 de marzo de 1961.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 19

Salvamento de voto del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 21

Se resuelve una solicitud de aclaración de la sentencia anterior, de fecha 17 de marzo, que declaró exequibles los artículos 1º y 2º del Decreto 3.346 de 1959, sobre Notariado y Registro.—No existe la contradicción que el peticionario ve entre la declaración de exequibilidad de los artículos 1º y 2º y la declaración de inconstitucionalidad del artículo 18 del mismo Decreto 3.346 de 1959, como se deduce de las razones expuestas en los respectivos fallos.—Así lo resuelve la Corte en providencia de 15 de mayo de 1961.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 23

Se decide sobre la demanda de inexequibilidad contra las normas legales que señalan el número de Senadores y Representantes para el Departamento de Bolívar, especialmente el artículo 15 de la Ley 8ª de 1951 y los Decretos 26 de 1958 y 473 de 1960.—Por sentencia de 24 de marzo de 1961, se declaran exequibles: a) el artículo 15 de la Ley 8ª de 1951, en cuanto dispone que el número de Senadores y Representantes

Págs.

de los Departamentos de Bolívar y Córdoba no pueden exceder del que actualmente (1951) elige el Departamento de Bolívar; b) el artículo 1º de las Leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y 79 de 1960, que dieron fuerza legal, entre otros, al Decreto Legislativo número 26 de 1958 (febrero 19), proferido con invocación del artículo 121 de la Constitución, en cuanto en el artículo 1º de este Decreto se señala en cuatro (4) el número de Senadores que elige la circunscripción electoral de Bolívar, y c) el artículo 1º del Decreto-ley 473 de 1960 (febrero 25), en cuanto señala para la misma circunscripción electoral de Bolívar el número de ocho (8) Representantes, y, por sustracción de materia, la Corte resuelve que no hay lugar a proveer respecto de la acusación contra el artículo 15 de la Ley 9ª de 1951, en cuanto dio al Gobierno Nacional la facultad de señalar el número de Parlamentarios que les corresponde elegir a cada uno de los Departamentos de Córdoba y Bolívar.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 25

Inexequibilidad de los artículos 15 y 23 del Decreto número 3.346 de 1959 sobre Notariado y Registro, así como también del literal J) de las disposiciones transitorias del mismo Decreto.—Por sentencia de 24 de marzo de 1961, así lo resuelve la Corte en Sala Plena; y en lo relativo a los artículos B) y D) de las Disposiciones Transitorias del citado Decreto, decide que no hay lugar a pronunciamiento de fondo, de conformidad con lo expresado en la parte motiva del mismo fallo.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C. 34

Salvamento de voto del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este índice 38

No hay lugar, por sustracción de materia, a pronunciamiento alguno contra el Decreto Legislativo número 2.458 de 24 de agosto de 1954, por el cual se declararon de utilidad pública algunos inmuebles del Municipio de Girardot.—La Corte, en Sala Plena, así lo resuelve por sentencia de 24 de marzo de 1961.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 43

Se declara exequible en parte y en parte inexequible el proyecto de ley por el cual se dictan normas en relación con la estampilla denominada "Bodas de Oro del Atlántico".—Por sentencia de 25 de marzo de 1961, se declaran exequibles los artículos 1º a 6º, 9º y 10º del citado proyecto de ley, e inexequibles los artículos 7º y 8º del mismo.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C. 42

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, José Hernández Arbeláez, Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, José J. Gómez R., Gustavo Rendón Gaviria y Enrique López de la Pava, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este índice 46

Insiste la Corte Suprema de Justicia, frente al Consejo de Estado, en que le corresponde conocer de una demanda de inexequibilidad promovida contra el Decreto 2.807 de 1960, "Por el cual se convoca al Congreso Nacional a sesiones extraordinarias". Por providencia de 25 de marzo de 1961, así lo resuelve la Corte, en Sala Plena.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano ... 47

SALA DE CASACION CIVIL

Acusación infundada, con invocación de las causales segunda y primera de casación, contra una sentencia que declaró la simulación de unos contratos de compraventa de un inmueble y ordenó la restitución del mismo.—Por sentencia de 6 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario promovido por Alvaro González Bernal y otros contra Guillermo González Bernal y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 55

Impugnación por errores de hecho, que no se

Págs.

establecieron, contra una sentencia que despachó desfavorablemente la petición de condenar al Director de un periódico al pago de perjuicios causados por unas publicaciones.—Por sentencia de 6 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario adelantado por Leopoldo Guarín Salcedo contra el doctor Eduardo Santos Montejo. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 65

Impugnación ineficaz, con fundamento en los motivos sexto y primero de casación, contra una sentencia que condenó al promitente vendedor a cumplir su obligación de otorgar escritura de un predio rústico. — Por sentencia de 6 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario sobre cumplimiento de una promesa de compraventa adelantado por Milciades Merchán Bernal contra María del Rosario Gaitán v. de Bohórquez. Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava 76

No prosperan los cargos que, con invocación de la causal primera de casación, se formulan contra una sentencia que ordenó la restitución de las tres cuartas partes de un terreno.—Por sentencia de 15 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario reivindicatorio promovido por Anatolio Valderrama Rodríguez contra Vicente Cordero Gil.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada 84

Se acusa, sin éxito, una sentencia que declaró probada la excepción perentoria de inepta demanda, en juicio reivindicatorio de un predio rústico. — Por sentencia de 16 de marzo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario promovido por Pedro Pablo Tobar contra Luis Alejandro Andrade. — Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 91

Impugnación, con base en la causal primera, contra una sentencia que se negó a declarar la nulidad de un juicio sucesorio.—Por sentencia de 18 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario sobre nulidad de un juicio sucesorio, adelantado por Matilde Guevara v. de Prieto y otros contra Tobías Arcadio Prieto Rozo y otros.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 96

Ineficaz impugnación, con fundamento en las causales primera y segunda de casación, contra una sentencia que se negó a ordenar la restitución de un lote de terreno.—Por sentencia de 20 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario adelantado por Darío Hernández y otros contra el Municipio del Espinal. — Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón..... 100

Imposibilidad de la Corte para entrar a decidir de un recurso de casación, por cuanto la sentencia acusada, a virtud de una rara anomalía que la afecta, no puede considerarse como verdadera sentencia.—Por sentencia de 21 de marzo de 1961, así lo decide la Corte, respecto del recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario sobre rescisión de un contrato de permuta, promovido por Manuela Buena de Padilla contra José del C. Olivo.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 106

Se acusa, sin éxito, una sentencia que absolvió de responsabilidad por perjuicios ocasionados con la construcción de un edificio colindante con el inmueble de la parte actora. — Por sentencia de 24 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario promovido por Orfilia Arzayús de Castillo contra Margarita Suárez y otra.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R..... 108

SALA DE CASACION PENAL

Infructuosa acusación, con fundamento en las causales 2ª y 4ª, contra una sentencia que

Págs.

prohibió condena por delito de homicidio agravado.—Por providencia de 1º de marzo de 1961, se desecha el recurso de casación propuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso adelantado contra Gilberto Osorio García.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 115

La Sala se abstiene de considerar, por no ser procedente, el recurso de reposición interpuesto contra una providencia por medio de la cual se declaró infundada la recusación de tres Magistrados de Tribunal.—En auto de 2 de marzo de 1961, así lo decide la Sala respecto de la providencia proferida por la misma el 17 de febrero último, en el proceso adelantado contra Carlos J. Abussaid, por el genérico delito "contra la Economía Nacional, la Industria y el Comercio".—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 122

No prospera el ataque, fundado en la causal segunda de casación, contra una sentencia que condena, por delito de abuso de confianza, al almacenista de una fábrica de tejidos.—Por sentencia de 3 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado contra Julio Vásquez Rodríguez.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A. 124

No prospera la acusación formulada contra una sentencia que condenó, por delito de abuso de confianza, a quienes dieron en venta un aparato o máquina enfriadora que habían recibido en arriendo.—Por sentencia de 3 de marzo de 1961, no se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso adelantado contra José Rubén Castañeda y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo.... 133

Niégase el recurso de revisión interpuesto contra una sentencia que impuso condenas por delito de chantaje.—Causales 2ª y 5ª de revisión.—Prueba inficiaria.—Valor probatorio de grabaciones magnetofónicas.—Por sentencia de 4 de marzo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto del interpuesto contra el fallo proferido por el Juzgado 8º Penal del Circuito de Bogotá, en el proceso que se adelantó a José Targa Abril.—Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 140

Error de hecho y de derecho que determina que se case parcialmente una sentencia recaída en un proceso por peculado, a efecto de reducir la pena impuesta.—Por sentencia de 8 de marzo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso adelantado contra Raúl Viveros Pérez.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 149

Inútil impugnación contra una sentencia condenatoria recaída en proceso por homicidio con intervención de Jurado.—Por providencia de 13 de marzo de 1961 se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado contra Rafael Castellanos. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez..... 156

A causa del indebido planteamiento e irregular tramitación de un incidente de colisión de competencias, la Corte se abstiene de dirimirlo.—Por providencia de 13 de marzo de 1961, así lo resuelve la Corte en el proceso adelantado contra Fernando García Cáceres, por falsedad en documentos.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 159

Invalidez de la sentencia condenatoria acusada, por haber recaído en un proceso, por homicidio, viciado de nulidad constitucional, a causa de la indebida aplicación del procedimiento establecido en el Decreto 0012 de 1959.—Nítido planteamiento de la Sala sobre la irretroactividad de la ley procesal desfavorable al reo.—Por sentencia de 14 de marzo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso adelantado contra Bernardo Monsalve Car-

Págs.

mona.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 162

Confirma la Corte, en favor de un Juez sindicado de falsedad en documento público, el sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal.—Por providencia de 14 de marzo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso adelantado contra el doctor Diego Gómez Mejía.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 160

Invalidación de la sentencia condenatoria acusada, por haber recaído en un proceso por homicidio, violada de nulidad constitucional, a causa de la aplicación indebida del Decreto 0012 de 1959.- Insiste la Sala sobre la irretroactividad de la ley procesal desfavorable.—Detenido análisis de la facultad de los Jueces para aplicar la excepción de inconstitucionalidad.—Por sentencia de 15 de marzo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso adelantado contra Walter Vidal.- Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria.. 173

A causa de completa falta de técnica en la demanda de casación, la Corte declara desierto el recurso interpuesto contra una sentencia condenatoria por delito de robo. En providencia de 15 de marzo de 1961, así lo resuelve la Sala respecto del interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso adelantado contra Carlos Julio Melo Parra o Carlos Julio Garzón Garzón.- Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo. 183

Error de apreciación de una prueba en que se fundamentó la sentencia acusada para condenar al presunto autor intelectual de un homicidio imperfecto.—Por sentencia de 17 de marzo de 1961, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso adelantado contra Lisdaris o Sisdaris Rodas Gaicano.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez..... 186

Págs.

Acusación antitécnica y huérfana de demostración, con base en la causal segunda, contra una sentencia condenatoria por delito de homicidio.—Por sentencia de 17 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso adelantado contra Luis Angel Téllez Palacio. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 196

Ineficaz acusación, con fundamento en la causal segunda, contra una sentencia que condenó por delito de homicidio agravado.— Por sentencia de 17 de marzo de 1961, no se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso adelantado contra Mario Sánchez Pineda.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo... 199

No prospera la acusación tendiente a demostrar, con invocación de la causal primera, que la sentencia aplicó indebidamente la ley al fijar la pena por un uxoricidio.—Amplio análisis en torno a los elementos básicos que suministra el Código Penal para individualizar la pena, particularmente en relación con el artículo 382 del mismo Código. — Por sentencia de 18 de marzo de 1961, no se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso adelantado contra José Germán Cadavid Gómez.- Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A. 204

Infundada acusación, según la cual el Tribunal habría incurrido en violación de la ley penal, por dictar sentencia condenatoria en vez de declarar prescrita la acción, en un proceso por concusión doble.—Por sentencia de 21 de marzo de 1961, no se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso adelantado contra Gilberto Buitrago Serna. — Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo. .. 217

Sobreseimiento temporal, a favor de un ex-Gobernador, por la imputación del delito de abuso de autoridad. — Por providencia de 21 de marzo de 1961, así lo resuelve la Corte en el proceso adelantado contra el

Págs.

Coronel Daniel Cuervo Araoz, ex-Gobernador del Departamento de Caldas.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 221

Sobreseimiento definitivo en favor de un Gobernador de Departamento respecto de los cargos por los cuales se le recibió declaración de indagatoria.—Por providencia de 22 de marzo de 1691, así lo resuelve la Corte en el proceso adelantado contra el Gobernador del Departamento de Bolívar, doctor Raúl H. Barrios, "en averiguación de los posibles delitos que hayan podido cometerse en el remate del Ingenio Azucarero de Serástegui". — Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 225

Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto por la parte civil contra una sentencia que absolvió al procesado de las falsas imputaciones que se le habían atribuído.—En providencia de 22 de marzo de 1961 así lo resuelve la Corte respecto del recurso interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso adelantado contra Carlos Betancur Castaño. — Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 233

Sobreseimiento definitivo, en favor de tres Magistrados de Tribunal, del cargo de haber incurrido en demoras en la tramitación de un proceso. — En providencia de 23 de marzo de 1961, así lo resuelve la Corte en el proceso adelantado contra los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, doctores Julio Roncallo Acosta, Jaime Goenaga y Félix Suárez Barrios.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.... 235

No prospera la impugnación tendiente a demostrar nulidades en un proceso que terminó con sentencia absolutoria de las imputaciones de estafa que se hicieron en la denuncia.—Por sentencia de 23 de marzo de 1961, no se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, en el proceso adelantado contra Luis Ambrosio Jiménez Berdugo.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 238

Se confirma una providencia por medio de la cual el Tribunal sobreseyó definitivamente en favor de un Juez de Circuito, de las infundadas imputaciones de falsedad, abuso de autoridad y prevaricato.—Por providencia de 24 de marzo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso adelantado contra Guillermo Silva Ramírez, ex-Juez Promiscuo del Circuito de Florencia. — Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 245

Se invalida una sentencia por haber recaído en un proceso, por homicidio, en que se aplicó indebidamente el Decreto 0012 de 1959. — Por sentencia de 25 de marzo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el proceso adelantado contra Luis Tulio Gaviria Obando.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta..... 248

A causa de no estar de acuerdo con el veredicto del Jurado, se invalida una sentencia condenatoria proferida en proceso por homicidio y se dicta la condena que debe reemplazarla.—Sanción que corresponde al padre o a la madre que, excediéndose en el ejercicio del legítimo derecho de castigar a su hijo, le lesiona o le causa la muerte.—Por sentencia de 25 de marzo de 1961, así lo resuelve la Corte, respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso adelantado contra Rosalba Montoya Hinestrosa.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 254

SALA DE CASACION LABORAL

La Sala estima bien denegado el recurso de casación interpuesto por el demandante contra una sentencia que declaró probada la excepción de petición antes de tiempo.—Por providencia de 1º de marzo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario laboral promo-

Págs.

vido por Raúl Ospina Salazar contra Nepomuceno Arbeláez Gómez.—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez..... 263

No prosperan los cargos por error de hecho que se hicieron a una sentencia que condenó al patrono a pagar unas prestaciones e indemnizaciones a su trabajador. — Por sentencia de 8 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Luis Barreto Ramírez contra Rafael Villamizar.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C. 265

Se acusa, sin éxito, de interpretación errónea de la ley, una sentencia que se negó a declarar que el trabajador demandante tuviera derecho a pensión de jubilación. — Por sentencia de 7 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario laboral promovido por Julio Muñoz Cabeza contra la sociedad J. V. Mogollón & Co.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.... 270

No hubo errores de hecho en la sentencia que de una parte condenó a la empresa demandada al pago de algunas prestaciones e indemnizaciones y, de otra, decretó una compensación a su favor.—Por sentencia de 7 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Guillermo Gálvez Velandia contra la "Remington Rand Colombiana Ltda." Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez..... 279

Infundada acusación a una sentencia que condenó a pagar una suma de dinero a favor del demandante, por concepto de servicios prestados como comisionista en la venta de un inmueble de la demandada.—Por sentencia de 9 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral promovido por Francisco Uribe M. contra Ofelia Uribe de Restrepo. Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 282

No prosperan los cargos que con fundamento en la causal primera se hacen a una sentencia que absolvió a la Empresa demandada en relación con unas prestaciones reclamadas por su Contador.—Por sentencia de 9 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral promovido por Mariano Gaviria contra la "Procesadora de Leches". — Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 285

No hubo violación de la ley en la sentencia que absolvió a un constructor de pagarle al director técnico de la obra las prestaciones, salarios e indemnizaciones que reclamaba. — Por sentencia de 10 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, en el ordinario laboral promovido por Germán Castillo Acevedo contra Marco Cardona Velásquez.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A..... 288

La Sala declara mal denegado por el Tribunal el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia que lo condenó al pago de unos salarios, prestaciones e indemnizaciones. Por providencia de 11 de marzo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto del interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario laboral adelantado por Sagrario Gaona de Merchán contra Antonio José Sáenz.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 294

No hubo error, ni en la interpretación de la ley ni en la estimación de los hechos, en la sentencia que condenó al demandado a pagar a su trabajador cierta suma, a título de indemnización moratoria.—Por sentencia de 15 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Estanislao Marulanda contra Tulio Villegas Jaramillo .—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 297

Acusación defectuosa e incompleta, y consecuencialmente ineficaz, contra una senten-

Págs.

cia que absolvió al dueño de una finca del pago del seguro de vida de un trabajador suyo.—Análisis e interpretación del artículo 284 del Código Sustantivo del Trabajo.—Por sentencia de 18 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario laboral adelantado por Rosaura Tobar vda. de Trujillo contra Martiniano Montoya.—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez.... 300

No prospera la impugnación adelantada contra una sentencia por medio de la cual se condena al Municipio de Bogotá al pago de unas prestaciones y se le absuelve del pago de otras.—Por sentencia de 21 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Alfonso Jiménez contra el nombrado Municipio.—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 304

Ineficaz acusación contra una sentencia que declaró probada la excepción de pago, en relación con las prestaciones sociales del Administrador de una finca ganadera, reclamadas por los herederos.—Por sentencia de 21 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario laboral promovido por Dilia Tovar vda. de Gutiérrez y otros contra Martiniano Montoya.—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez..... 309

Impugnación ineficaz, a causa de equivocado planteamiento, contra una sentencia que condenó al dueño de una finca a pagar prestaciones sociales a dos trabajadores suyos.—Por sentencia de 22 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario laboral promovido por Enrique Rativa y otra contra José A. Espitia Bernal.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C. 315

No prosperan los cargos que se hacen a una sentencia que condenó a pagar ciertas prestaciones sociales a un trabajador que prestaba sus servicios en una fotografía.—Por sentencia de 25 de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario laboral promovido por César Jalil Rengifo contra Miguel Morales y otra.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 320

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Se decide un incidente de colisión positiva de competencias para conocer de un juicio de sucesión abierto en dos Juzgados de distintos Distritos Judiciales.—Por providencia de 2 de marzo de 1961, se declara que el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sinsé es el competente para conocer del juicio sucesorio de Francisco Manuel Monterrosa Escobar.—Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau 324

Salvamento de voto del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña en la providencia de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 328

Por falta del presupuesto procesal de demanda en forma, la Sala se abstiene de decidir en el fondo la que dio origen a este juicio contra la Nación, sobre propiedad del subsuelo petrolífero de unos terrenos. — Por sentencia de 3 de marzo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la promovida por el general Amadeo Rodríguez Vergara y otros contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña..... 330

Salvamento de voto del Magistrado doctor Ramiro Araújo Grau, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 336

Se declara que la Nación, a causa de haber infringido un contrato, es civilmente responsable de los perjuicios materiales ocasionados al ingeniero contratista, y se la condena a pagarlos. — Así lo resuelve la Corte en sentencia de 9 de marzo de 1961, proferida en el ordinario promovido por

Págs.

Carlos Gómez Jurado contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 327

Revoca la Corte la decisión tomada por un Tribunal Superior dentro del juicio de deslinde y amojonamiento entre unos terrenos nacionales y otros de propiedad privada.— En providencia de 10 de marzo de 1961, se revoca la decisión que el Tribunal Superior de Medellín tomó en la diligencia de deslinde y amojonamiento, a efecto de que proceda a hacer un señalamiento preciso, con mojones adecuados, de la línea limítrofe entre el predio del demandante Fabriciano Ramírez Zuluaga y el de la Nación.— Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau 353

Págs.

No es procedente la acción ejecutiva instaurada, por medio de la cual se pretende que un Departamento del país sea obligado a dar su aprobación a un contrato de administración y venta de lotería. — Por providencia de 10 de marzo de 1961, se deniega la reposición del auto proferido por la Sala el 1º de febrero último en la acción incoada por Nazario Gómez Pinzón contra el Departamento de Boyacá.—Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo..... 355

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR LUIS IGNACIO SEGURA A.

RELATOR DE LA CORTE

TOMO XCV | Bogotá - Colombia | Abril de 1961 | Nº 2.239

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA
BIBLIOTECA
EJEMPLAR DE CANJE

SALA PLENA

NO HAY LUGAR A IMPONER SANCIONES DISCIPLINARIAS A QUIENES NO HACEN PARTE ACTUALMENTE DE LA LA RAMA JURISDICCIONAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA PLENA — Bogotá, abril ocho de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau)

En la secretaría de esta Corporación se recibió un escrito en que se relatan hechos que, de ser ciertos y de haber sido realizados por un funcionario judicial, constituirían una causal de sanción disciplinaria, de conformidad con el ordinal 1º del artículo 2º del Decreto 3.665 de 1950. Como protagonista de tales hechos se hace aparecer al doctor Mario Marenco Romero, aparentemente magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Abierta la investigación y ordenado el traslado de que trata el artículo 5º del mencionado Decreto, ha resultado lo siguiente: 1º en la nómina del Tribunal de Barranquilla no figuraba el doctor Mario Marenco Romero, sino el doctor Julio Marenco Romero; 2º el señor Fiscal Primero del Tribunal, a quien había conferido comisión la Corte, corrió el traslado al aludido doctor Julio Marenco, por considerar que, dada la identidad de los apellidos, éste era el acusado; 3º el doctor Marenco Romero nada contestó a la Corte; 4º el citado doctor Marenco Romero renunció el cargo de Magistrado y dejó de ser miembro del Tribunal de Barranquilla desde enero de 1959.

Resulta, pues, que el doctor Julio Marenco Romero, si en realidad fue el acusado, ya no hace parte de la rama jurisdiccional, y por consiguiente, no puede ser sujeto pasivo de las sanciones establecidas por el Decreto 3.665 de 1950, puesto que, como es obvio, tales sanciones, precisamente por su carácter estrictamente disciplinario, sólo pueden ser impuestas a quienes se encuentren en situación de actual inferioridad o dependencia con relación a la entidad llamada a imponerlas. Así lo ha resuelto en repetidas ocasiones esta Corporación.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Plena— resuelve que no hay lugar a condenar ni a absolver al doctor Julio Marenco Romero.

Comuníquese al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia.

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

Carlos Peláez Trujillo.—Ramiro Araújo Grau.—Humberto Barrera Domínguez. — Luis Alberto Bravo. — Enrique Coral Velasco. — Roberto De Zubiría D.—Efrén Ossio Peña.—Gustavo Pajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Simón Montero Torres. — Luis Fernando Paredes. — Arturo C. Posada. — Julio Roncallo Acosta. — José Joaquín Rodríguez. — Gustavo Rendón Gaviria. — Angel Martín Vásquez. — Primitivo Vergara Crespo. — Luis Carlos Zambrano. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

SE DECLARA TERMINADO, POR SUSTRACCION DE MATERIA, UN PROCESO DISCIPLINARIO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PLENA. — Bogotá, ocho de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

En escrito de fecha 17 de noviembre del año de 1958, el doctor Miguel A. Vence acusa a los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla "por denegación de justicia", en virtud de que, en Sala Plena y sin votos disidentes, aprobó el Acuerdo número 479 de 8 de mayo de 1957, en cuya parte resolutiva se lee: "2º No es caso de hacer ordenación sobre devolución de la parte de la prima de navidad que cobró el señor Juez 2º Superior.....".

La decisión del Tribunal de Barranquilla tiene, en síntesis, esta historia:

El doctor Miguel A. Vence desempeñó, durante los cuatro primeros meses del año de 1956, el cargo de Juez 2º Superior del Distrito Judicial de Barranquilla; en los últimos ocho meses del mismo año, la dicha judicatura fue ejercida por el doctor Mariano Ojeda Castillo, quien, como en los cuatro meses anteriores del año había desempeñado el empleo de Juez de Instrucción Criminal, cobró íntegramente la prima de navidad que correspondía al Juez 2º Superior, con fundamento en el artículo 3º del Decreto 3.239 de 1953.

Como el doctor Vence, después de algunas gestiones previas, no obtuviera que el doctor Ojeda Castillo le reintegrara la cuota de la prima de navidad, correspondiente a los cuatro primeros meses del año de 1956, ocurrió al Tribunal Superior de Barranquilla con el fin de que ordenara o condenara al Juez Ojeda Castillo a pagarle la suma de $ 261.57, valor de la citada cuota.

El Tribunal, en el Acuerdo antes citado, resolvió que no le correspondía hacer el ordenamiento o condenación demandada por el doctor Miguel A. Vence contra el doctor Mariano Ojeda Castillo.

Con estos antecedentes, la Corte estima que la conducta, el procedimiento y la final decisión de los Magistrados del Tribunal de Barranquilla, expresada en el Acuerdo número 479 de 8 de mayo de 1957, está conforme con los principios admitidos por las leyes, en especial con las que señalan las atribuciones de la Sala Plena de los Tribunales, que no tienen la misión de interpretar las leyes sobre prestaciones sociales de los empleados públicos, ni decidir las controversias que sobre tal materia se presenten entre ellos, ni menos todavía proferir un fallo en el sentido de condenar a la restitución de determinada cantidad, sin competencia alguna y sin observar "la plenitud de las formas propias de cada juicio", según lo ordena el artículo 26 de la Constitución y en armonía con el artículo 79 del C. J.

Además, como ninguno de los Magistrados acusados desempeña actualmente el cargo, se ha operado el fenómeno de la sustracción de materia, según reiterada doctrina expuesta en varias decisiones de esta naturaleza.

En consecuencia, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara terminado este proceso disciplinario por sustracción de materia.

Publíquese, cópiese, notifíquese, comuníquese al Departamento de Vigilancia Judicial para los fines señalados en el artículo 8º del Decreto 3.665 de 12 de diciembre de 1950. Cumplido con lo anterior, archívese el expediente previas las cancelaciones del caso.

Carlos Peláez Trujillo. — Ramiro Araújo Grau. — Humberto Barrera Domínguez. — Luis Alberto Bravo. — Enrique Coral Velasco. — Roberto De Zubiría. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Simón Montero Torres. — Efrén Osejo Peña. — Luis Fernando Paredes. — Arturo C. Posada. — Gustavo Rendón Gaviria. — José Joaquín Rodríguez. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez. — Primitivo Vergara Crespo. — Luis Carlos Zambrano. — Ricardo Ramírez L., Secretario.



NO HAY LUGAR A IMPONER SANCIONES DISCIPLINARIAS YA QUE LOS MAGISTRADOS ACUSADOS NO INCURRIERON EN FALTA ALGUNA AL DECLARAR INSUBSISTENTE EL NOMBRAMIENTO DEL QUERELLANTE

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA PLENA — Bogotá, abril diez de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

VISTOS:

Mediante el trámite señalado en el Decreto Legislativo número 3.665 de 1950 fue adelantado este proceso, en averiguación de la queja presentada por el señor Nicomedes de la Cuesta y Becerra contra los Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó, doctores Ricardo Echeverri Ferrer, Mardonio Salazar, Carlos Hernán Perea Gómez, Marino Abadía Valencia y Francisco Velásquez.

Dice el denunciante que cuando desempeñaba el cargo de Juez Municipal de Riosucio (Chocó) en el año de 1958, para cumplir con los requisitos de la judicatura municipal señalados en el Decreto 2.064 de 1953, fue destituido por el Tribunal Superior de Quibdó por razón de algunas denuncias contra él presentadas, sin que se le hubiera dado oportunidad, en esa Corporación, de ser oído para presentar sus descargos, habiéndose desconocido lo previsto en el Decreto 3.665 de 1950.

Agrega que el Tribunal dio a conocer del Ministerio de Justicia los cargos formulados en su contra, así como la destitución de que fue objeto.

Acompañó el señor de la Cuesta y Becerra a su denuncia copia de los informes que al Tribunal Superior de Quibdó remitieron el señor Gobernador del Departamento del Chocó y el Comando de las Fuerzas de Policía de esa misma sección del país, informes que determinaron su destitución, según afirma el nombrado.

Ahora bien:

De lo que consta en los escritos enviados al Tribunal Superior de Quibdó, citados por el señor de la Cuesta y Becerra, se desprenden cargos contra éste por supuestas violaciones punibles que el Tribunal dispuso que fueran averiguadas por el Juzgado del Circuito Penal de Riosucio; y, asimismo, se encuentra que eran manifiestamente conflictivas las relaciones entre el Alcalde de esa población y el denunciante, como que el Juez de la Cuesta y Becerra resolvió sancionar a dicho Alcalde con una pena de arresto, sólo porque no le permitió viajar en una lancha del servicio oficial.

Los Magistrados acusados están acordes en que no es cierto que el Tribunal Superior de Quibdó hubiera remitido al Ministerio de Justicia la información a que se refiere el señor de la Cuesta y Becerra. Y en cuanto a su remoción del cargo de Juez Municipal de Riosucio, afirman que la designación del denunciante para ese empleo no lo fue en propiedad, sino en interinidad, por lo que podía ser removido en cualquier momento.

Para resolver considera la Sala:

De lo acreditado en este proceso y de las previsiones del Decreto 2.064 de 1953, sobre judicatura municipal, resulta evidente la facultad del Tribunal Superior de Quibdó para remover libremente al señor Nicomedes de la Cuesta y Becerra del cargo de Juez Municipal, que desempeñaba en el año de 1958, en la población chocoana de Riosucio.

En efecto:

De la copia del Acuerdo número 2, de 27 de

enero de 1958, resulta que el Tribunal Superior de Quibdó se abstuvo de confirmar el nombramiento hecho en el señor de la Cuesta y Becerra para el mencionado cargo, por cuanto el designado tenía pendientes de aprobación los cursos de Derecho Administrativo y de Sucesiones. Pero el Tribunal mantuvo el nombramiento hecho sin condicionarlo a período alguno y sin realizar la confirmación del mismo, por no haber terminado el señor de la Cuesta y Becerra, totalmente, sus estudios de Derecho.

El Decreto 2.064 de 1953, ya citado, señala que "a partir del once de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro, sólo podrán ejercer el cargo de Juez Municipal en interinidad los abogados titulados; los ciudadanos que hayan terminado estudios de Derecho, y los abogados aceptados que hayan obtenido matrícula en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial" (artículo 2º).

En el artículo 5º, dispone este mismo Decreto que "los jueces municipales elegidos en interinidad deberán obtener del respectivo Tribunal Superior la confirmación del nombramiento, previa comprobación de las calidades exigidas en el presente..... estatuto". Y en el 7º se preceptúa que "los jueces en interinidad, a que se refieren los artículos anteriores, podrán ejercer el cargo hasta por el término de un año".

Se señaló, pues, para los fines de la judicatura municipal, un período de un año en el ejercicio del cargo de juez, término durante el cual esos jueces municipales no pueden ser removidos sino mediante sentencia que así lo disponga (ordinal 6º del artículo 13 del Código Judicial), siempre que el elegido reúna las condiciones indicadas en el artículo 2º del Decreto 2.064 de 1953.

Ello es lógico, porque este estatuto manda que "las Facultades de Derecho no podrán otorgar el Título de Abogado a los ciudadanos que terminen sus estudios en 1953 y en los años subsiguientes, sin la previa comprobación de haber desempeñado las funciones de Juez Municipal por un período no menor de un año" (artículo 6º), precepto éste que modificó el artículo 1º del Decreto 3.467 de 1954, en el sentido de exigir el servicio del cargo durante un lapso no menor de un año, para "el ejercicio profesional..." de la abogacía..... "o el desempeño en propiedad de cargos de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público".

El Decreto 3.665 de 1950 señala en el artículo tercero que con respecto a las faltas, omisiones o irregularidades en que incurran los funcionarios del Orgaño Judicial y del Ministerio Público, tales empleados pueden ser objeto de las sanciones de multa, suspensión o destitución del cargo, mediante el procedimiento indicado en ese mismo decreto. Pero la destitución mediante sentencia únicamente se refiere a quienes, para un período señalado en la ley, son designados en propiedad o de acuerdo con los preceptos sobre judicatura municipal para el desempeño de los cargos del Orgaño Judicial o del Ministerio Público. La remoción de los demás empleados o funcionarios puede cumplirse libremente por la autoridad a quien corresponde hacer el nombramiento. Y como la situación del señor Nicomedes de la Cuesta y Becerra, como Juez Municipal de Riosucio, no corresponde a esa estabilidad, por un año, en el ejercicio del cargo, sino a una interinidad dentro de la cual podía ser removido libremente por el Tribunal Superior de Quibdó, bien podía esta entidad removerlo, como lo hizo, sin sujeción a trámite previo alguno.

En ninguna falta, pues, incurrieron los Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó al declarar insubsistente el nombramiento del denunciante, pues en ello obraron dentro de una clara facultad legal. Corresponde, por tanto, absolver a los doctores Ricardo Echeverri Ferrer y Mardonio Salazar, quienes actualmente desempeñan el cargo de Magistrados en el citado Tribunal. Y como los doctores Perea Gómez, Abadía Valencia y Velásquez ya no hacen parte de esa Corporación, no pueden ser objeto, ni para absolver o condenar, de la acción disciplinaria del Decreto 3.665 de 1950.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, absuelve a los doctores Ricardo Echeverri Ferrer y Mardonio Salazar respecto de los cargos que les fueron formulados por el señor Nicomedes de la Cuesta y Becerra, en su condición de Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó.

Igualmente declara que no ha lugar a condenar, ni absolver a los doctores Carlos Hernán Perea Gómez, Marino Abadía Valencia y Francisco Ve-

lásquez, quienes no hacen parte ya del Tribunal Superior de Quibdó.

Envíese copia de esta providencia a la Sección de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Peláez Trujillo. — Ramiro Araújo Granados. — Humberto Barrera Domínguez. — Luis Alberto Bravo. — Enrique Coral Velasco. — Roberto De Zubiría. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Simón Montero Torres. — Efrén Osejo Peña. — Luis Fernando Paredes. — Arturo C. Posada. — Gustavo Tapias Gaviria. — José Joaquín Rodríguez. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez. — Primitivo Vergara Crespo. — Luis Carlos Sáchica. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

LA CORTE DESECHA, POR IMPROCEDENTE, UN RECURSO DE SUPLICA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA PLENA — Bogotá, abril doce de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres)

El doctor Alfonso Isaza Moreno, en escrito del 13 del mes pasado, solicitó de esta Corporación declarara "sin valor legal o inexistente la demanda de inexequibilidad presentada por el Dr. Hernando Morales M. contra el Decreto 3.946 del 28 de diciembre de 1959, en sus artículos 18, 19 y 20°, petición que el H. Magistrado sustanciador de aquel negocio, en auto del 17 del mismo mes, desechó de plano, por cuya causa el citado memorialista interpuso contra esa determinación el recurso de súplica, recurso que es improcedente, de acuerdo con las siguientes razones:

a)—Porque el doctor Isaza Moreno, como se dejó sentado en el auto suplicado, no fue parte en el citado juicio de inexequibilidad y, por lo tanto ,allí no podía ser oído;

b)—Porque en los juicios de inexequibilidad, según también se dijo en el expresado auto, de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 96 de 1936, no caben más incidentes que los impedimentos y recusaciones, lo que tanto significa que las incidencias en torno a nulidades son improcedentes;

c)—Porque resulta de todo punto imposible declarar "sin valor legal o inexistente" y mucho menos la "nulidad" de una demanda de inexequibilidad o de cualquier otra naturaleza; y,

d)—Porque el juicio de inexequibilidad a que se refiere el recurso de súplica que es materia de examen se falló en sentencia del 17 del mes próximo pasado, es decir, con la misma fecha del auto recurrido.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Plena—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de súplica que interpuso el doctor Alfonso Isaza Moreno contra el auto de que se trata en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Carlos Peláez Trujillo. — Ramiro Araújo Grau.- Humberto Barrera Domínguez. — Luis Alberto Bravo. — Enrique Coral Velasco. — Roberto De Zubiría. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Simón Montero Torres. — Efrén Osejo Peña. — Luis Fernando Paredes. — Arturo C. Posada. — Gustavo Rendón Gaviria. — José Joaquín Rodríguez.- Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Primitivo Vergara Crespo. — Luis Carlos Zambrano. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

ERRORES DE VALORACION PROBATORIA EN LA SENTENCIA QUE DENEGO LA RESTITUCION DE UNOS PREDIOS RURALES

1.—Un mismo inmueble puede estar comprendido por los linderos señalados en dos o más títulos de propiedad, caso que no es extraño ni en sí mismo contradictorio. Lo que proceda, entonces, no es menospreciar las pruebas que lo demuestran, sino analizar aquellos títulos y definir cuál de ellos debe ser preferido por sus atributos de antigüedad y validez para el efecto de reconocerle a su beneficiario el amparo que la ley le otorga como sujeto activo del respectivo derecho de dominio. La existencia de varios títulos sobre el mismo bien impone la necesidad de confrontarlos para determinar cuál de ellos debe prepondelar sobre los demás. La Corte tiene establecido que en ese supuesto la acción reivindicatoria no es más que una acción de prevalencia de títulos entre el actor y el demandado, en la cual ha de prevalecer fundadamente el que ofrezca las mejores condiciones de validez y antigüedad.

2.—La prescripción especial agraria consagrada por el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, puede alegarse como acción o como excepción y, de conformidad con los artículos 45 y 47 del Decreto 59 de 1938, requiere la demostración de los siguientes hechos: Que se ha poseído el terreno en forma quieta y pacífica durante cinco años continuos; que la posesión se ha realizado mediante la explotación económica del suelo, por medio de trabajos agrícolas, industriales o pecuarios; que el poseedor haya tenido de buena fe la creencia de que el terreno es baldío; que dicho terreno estaba inculto o carecía de explotación económica al iniciarse la posesión, y que no había en él cerramientos artificiales ni otros signos inequívocos de ser de propiedad particular. La buena fe que ha de acompañar al poseedor debe estar exenta de culpa, vale decir, que se trata aquí de una buena fe calificada que le impone al propio usucapiente la carga de probar los requisitos mencionados y con ellos el error excusable de su creencia sobre la calidad de baldío del terreno. Sin la prueba de estos antecedentes no es admisible la presunción de la buena fe en esta materia de prescripción agraria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, D. E., abril cuatro de mil novecientos sesenta y uno.

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

El señor Antonio San Román, mayor y de esta vecindad, demandó a la señora Isabel Romero de Leitón ante el Juez Civil del Circuito de La Dorada para que, por la vía ordinaria, se hicieran contra la demandada estas condenas:

"1º—Restituir al señor Antonio San Román los predios rurales situados en el Corregimiento de Guarinocito, del Municipio de La Dorada, denominados 'Los Medios' y 'El Triunfo', comprendidos dentro de los siguientes linderos: 'Los Medios'—Por el Occidente, con el cerro de Golilludo; por el Oriente, con propiedad de los señores de la Cuesta; por el Norte, con mejoras de Deogracias Usechе; y por el Sur, con mejoras de Rubén Serrato y los señores de la Cuesta. 'El Triunfo'—Por el Norte, con la hacienda de Ceilán del doctor Lombana; por el Oriente, con terrenos de la familia de la Cuesta; por el Sur, con mejoras de A. Ocampo; por el Occidente, con el cerro de Golilludo.

"2º—Restituir al señor Antonio San Román los frutos naturales y civiles que se hayan percibido y que hubiere podido percibir el demandante con mediana actividad e inteligencia, de estar la cosa en su poder, desde que la compró el señor San Román hasta que la entrega del predio se verifique".

Los fundamentos de hecho de esta demanda pueden resumirse así:

A)—El señor San Román es dueño de los predios que se reivindican por formar estos parte del inmueble que él compró a la sociedad de "Juan B. Castaño e Hijos, Ltda.", según la escritura número 2.921, de siete de diciembre de 1950.

B)—La señora Isabel Romero es la poseedora actual de los fundos expresados y se niega a restituírlos al señor San Román.

C)—La demandada ha percibido los frutos de los mismos predios, y el señor San Román hubiera podido percibir, con una administración diligente, todo lo que esos bienes son capaces de producir.

D)—La demandada ha tenido y tiene conciencia de que los inmuebles que se reivindican son de propiedad del actor.

La señora Romero se opuso a las pretensiones del demandante, negó todos los hechos de la demanda y, diciendo que en los últimos cincuenta años nadie, fuera de ella y sus antecesores, ha poseído los fundos mencionados, propuso la excepción de prescripción, "bien sea la especial agraria de la Ley 200 de 1936, la ordinaria o la extraordinaria del Código Civil".

La primera instancia del litigio se surtió con la correspondiente recepción de pruebas y concluyó con la sentencia de cinco de agosto de 1957, en la cual se dispuso:

"1º—Condénase a la señora Isabel Romero de Leitón, mayor de edad y vecina de este Municipio, a restituir al señor Antonio San Román, también mayor y vecino de Bogotá, el predio rural situado en el Corregimiento de Guarinocito, del Municipio de La Dorada, denominado 'El Triunfo' y comprendido por los siguientes linderos: 'Por el Norte, con la hacienda de Ceilán, del doctor Lombana; por el Oriente, con terrenos de la familia de la Cuesta; por el Sur, con mejoras de A. Ocampo; por el Occidente, con el cerro de Golilludo'. En cuanto a la restitución respecto al terreno denominado 'Los Medios', situado en el Corregimiento de Guarinocito, Municipio de La Dorada, no se accede a ella por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia:

"2º—Condénase a la misma señora Isabel Romero de Leitón a restituir al señor Antonio San Román los frutos naturales y civiles que se hayan percibido y que hubiera podido percibir el demandante con mediana actividad e inteligencia, de estar la cosa en su poder, a partir del 29 de septiembre de 1955, fecha de la contestación de la demanda, hasta que la entrega del predio se verifique;

"3º—Declárase que la señora Isabel Romero de Leitón tiene sobre el terreno cuya restitución se ordena el derecho de retención hasta que el pago de sus mejoras se verifique o se le asegure a satisfacción, previa regulación conforme a los trámites indicados por el artículo 553 del C. Judicial.

"Se dispone cancelar la inscripción de la demanda. En la oportunidad debida devuélvase la caución otorgada. Se condena en costas a la parte vencida".

LA SENTENCIA ACUSADA

La parte demandada apeló del fallo de primera instancia, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales decidió el recurso por sentencia de 30 de septiembre de 1959, en la cual se dispuso:

"PRIMERO.—Revócase la sentencia de agosto cinco de mil novecientos cincuenta y siete, proferida por el señor Juez Civil del Circuito de La Dorada en este juicio ordinario del señor Antonio San Román contra la señora Isabel Romero de Leitón, en cuanto por ella se ordena la restitución de un predio rural llamado 'El Triunfo', el pago de frutos naturales y civiles del mismo predio desde la contestación de la demanda y se concede derecho de retención a la demandada para el pago o seguro de sus mejoras.

"SEGUNDO. Confírmase la misma sentencia en cuanto por ella se deniega la restitución del predio rural denominado 'Los Medios' y se ordena la cancelación de la demanda.

"TERCERO.— Absuélvese a la demanda (sic) señora Isabel Romero de Leitón de los cargos que se le hacen en la demanda.

"CUARTO.—En las costas de ambas instancias se condena al demandante, señor Antonio San Román".

Esta decisión de segundo grado se funda en el

concepto de que no aparece satisfactoriamente comprobado, a juicio del Tribunal, el derecho de propiedad del demandante San Román. La sentencia empieza por admitir que están demostrados tres de los elementos de la acción reivindicatoria, como son la singularidad y la identificación de la cosa y la posesión de la demandada sobre el fundo llamado "El Triunfo", mas no sobre el otro inmueble determinado en la demanda con el nombre de "Los Medios". Luego hace el siguiente análisis sobre las pruebas concernientes al derecho de dominio del actor: el título presentado por éste consiste en la escritura número 2921, extendida en la Notaría Quinta de Bogotá el siete de diciembre de 1950, por la cual San Román compró un predio denominado "El Horizonte" a la sociedad de "Juan B. Castaño e Hijos, Limitada"; la señora Romero, fuera de su posesión, alega y aduce dos títulos, así: la escritura número 1.276, otorgada en la Notaría de Honda el 22 de diciembre de 1952, por la cual compró a Antonio Rubio una porción de mejoras plantadas en tierras baldías, conocida con el nombre de "El Limón", hoy "El Triunfo", y la escritura número 496, pasada ante el mismo Notario de Honda el 11 de mayo de 1953, por la cual la citada Romero adquirió a título de compra al doctor Jorge Orozco Valencia dos lotes de terreno, uno llamado "Los Medios" y otro con mejoras y cercas de alambre denominado "El Triunfo", segregados estos lotes de un fundo de mayor extensión conocido con el nombre de "Casablanca". El demandante afirma que este lote de "El Triunfo" le pertenece por hacer parte integrante del fundo de "El Horizonte" y la demandada sostiene que la misma porción de terreno formaba antes parte de la heredad de "Casablanca", de propiedad de su tradente, doctor Orozco Valencia.

A solicitud de ambos litigantes se practicaron sendas inspecciones oculares sobre los inmuebles en litigio; los peritos que intervinieron en la diligencia efectuada a petición del actor dictaminaron que el predio de "El Triunfo" forma parte de la hacienda de "El Horizonte" y los peritos que actuaron en la inspección realizada a instancias de la demandada expresaron que el mismo lote de "El Triunfo" está comprendido dentro de los terrenos de la finca de "Casablanca" que le fue adjudicada al doctor Jorge Orozco Valencia en la partición del inmueble llamado "Guarinocito"; estas dos conclusiones son "absolutamente contrarias" y, hallándose ambos dictámenes en igualdad de condiciones, no sería equitativo aceptar el uno y rechazar el otro, toda vez que su fundamentación es idéntica, que se ignora la idoneidad de los expertos en materia de agrimensura y que, según los términos y la redacción de los conceptos periciales, aquellas conclusiones fueron adoptadas en forma empírica, esto es, sin el auxilio de instrumentos de precisión destinados a la mensura de tierras y a la determinación de los puntos cardinales; "esta doble prueba de la identidad de la cosa reivindicada, plantea, cuando menos, una duda y es la de si, en efecto, dicha cosa, o sea el predio llamado 'El Triunfo', es parte integrante de la hacienda de 'El Horizonte' o no, duda que, según principios universales de derecho, acogidos por el legislador colombiano en el artículo 334 del C. Judicial, se resuelve en favor del demandado, en este caso la señora Isabel Romero de Leitón"; así la inspección ocular y el dictamen pericial practicados en primera instancia a solicitud del actor, carecen de fuerza demostrativa "por la circunstancia de la prueba semejante practicada a pedimento de la parte demandada". En segundo grado se llevó a cabo otra inspección ocular con peritos sobre la porción de terreno que en forma de triángulo fue excluida de la transferencia que de la hacienda de "Guarinocito" hizo el Banco Agrícola Hipotecario a los señores Manuel A. Ramírez, Rafael Luna Ponce, Isabel Luna de Ospina y Horacio Luna Pardo por la escritura número 2.156, corrida en la Notaría Cuarta de Bogotá el 11 de agosto de 1938, con el fin de establecer si dentro de esa porción se encontraba, total o parcialmente, el fundo de "El Triunfo", pero "sucede —dice el fallo— que esta prueba no tiene influencia alguna sobre el resultado, porque: a) la escritura pública número 2.156, de agosto 11 de 1938, de la Notaría Cuarta de Bogotá, no dice en ninguno de sus pasos que la exclusión la hace el tradente en concepto de que el triángulo de terreno pertenece a la primitiva hacienda de 'El Horizonte'; y b) la escritura pública número 2.921, de diciembre 7 de 1950, de la Notaría Quinta de Bogotá (fls. 29 y siguientes del cuaderno primero), título directo del señor San Román, expresa que el predio que se transfiere a ésta es 'la última parte que queda de la antigua hacienda 'El Horizonte', y no aparece demostración alguna de que el triángulo excluido por el Banco sea parte física de la antigua hacienda de 'El Horizonte', cuyo contenido especial y lin-

deros, además, se ignoran y no aparecen citados en pieza procesal alguna del juicio, ni de la nueva hacienda del mismo nombre, transferida al señor San Román. La exclusión del triángulo de terreno en la escritura 2.156 es una realidad procesal, mas no aparece que ella hubiera tenido lugar en concepto de pertenecer la tierra a la hacienda de 'El Horizonte' o a otro inmueble".

Con respaldo en estas apreciaciones la sentencia concluye así: "No aparece demostrado, en consecuencia, que el predio denominado 'El Triunfo', materia de la acción reivindicatoria, sea parte integrante del inmueble del señor San Román, llamado 'El Horizonte', comprado por dicho señor a la sociedad 'Juan B. Castaño e Hijos, Ltda.', por la escritura pública número 2.921, de diciembre 7 de 1950, de la Notaría Quinta del Circuito de Bogotá, como se afirma en la demanda inicial del juicio. En estas condiciones, si bien, tratándose de la acción dicha, se dan por demostrados los presupuestos de cosa singular, posesión material en el demandado e identidad entre la cosa poseída y la que se pretende en reivindicación, no puede menos de rechazarse la acción, por cuanto no se halla establecido el dominio del señor San Román sobre el predio anteciado de 'El Triunfo'. Este dominio, conforme a premisas sentadas arriba, en acuerdo con alegaciones del apoderado judicial del actor, doctor Luis Eduardo Gacharná, sobre el alcance de las afirmaciones de la demandada, en cuanto niega que su predio sea parte integrante de 'El Horizonte', vendría a establecerse, necesariamente, con la prueba de que este último inmueble sí comprende a aquél. Mas es concepto de pleno valor judicial, deducido de esta motivación, el de que no se demostró tal efecto, en la forma legal.

"En estas condiciones, obra en favor de la demandada la presunción de dominio del artículo 762, inciso 2º, del C. Civil. La señora Isabel Romero de Leitón es reputada dueña del predio materia de la litispendencia, en ausencia de la prueba de un mejor derecho por parte del señor Antonio San Román".

LA DEMANDA DE CASACION

Inconforme con la sentencia del Tribunal, la parte demandante interpuso contra ella el recurso de casación que la Corte procede a decidir ahora, en atención a que se halla debidamente preparado.

Invocando el primer motivo de casación que consagra el artículo 520 del C. Judicial, el recurrente formula en general contra el fallo impugnado el cargo de violación indirecta del artículo 946 del C. Civil por las siguientes causas que se enuncian en el mismo orden en que figuran expuestas:

A)—Por error manifiesto de hecho consistente en que "el Tribunal sentenciador no vio la prueba plena de inspección ocular practicada por petición del actor, a pesar de que hiere el ojo en el folio 5 del cuaderno segundo, y en cambio vio inspección ocular en el folio 10 del cuaderno tercero, a pesar de que brilla por su ausencia esa prueba en tal folio y su continuación en el folio 11, puesto que el Juez nada constató; fueron los peritos los que opinaron".

B)—Por error de derecho que se funda en haber atribuído igual mérito demostrativo a las dos diligencias de inspección ocular realizadas a petición de las partes el 21 y el 22 de febrero de 1956, "porque siendo la de 21 de febrero verdadera inspección ocular sobre el hecho debatido, puesto que el Juez dijo que hacía constar que 'El Triunfo' está dentro de 'El Horizonte', y siendo la de 22 de febrero del mismo año, mera prueba pericial, al darles el mismo valor se violaron los artículos 728 y 730 del C. J., porque según ellos la inspección ocular es plena prueba, al paso que el dictamen pericial no lo es".

C)—Por error evidente de hecho que consiste en no haber visto el documento auténtico que figura al folio 12 del cuaderno principal, en el cual constan los linderos de la antigua hacienda de 'El Horizonte', adjudicada a la sociedad de "Juan B. Castaño e Hijos, Ltda.", y de la cual hizo parte el actual predio de "El Horizonte", de propiedad del señor Antonio San Román. Con este error se violaron además los artículos 632 del C. Judicial, 740, 745, 746, 749 y 756 del C. Civil.

D)—Por error manifiesto de hecho consistente en no haber visto las escrituras de los folios 23 a 29 del cuaderno tercero ni las declaraciones de los folios 11 vto., 12 y 13, con las cuales prueba la misma demandada que el fundo de "El Triunfo", objeto de la reivindicación, es un baldío que no hace parte de la hacienda de "Casablanca", desconociendo "así indirectamente el valor que dan los artículos 603 del C. J., 1.749 del C. C., a la confesión de las partes y el artículo 697 del C. J. sobre el valor probatorio del testimonio".

E)—Por error de derecho que consiste en desconocer el valor probatorio del dictamen de los

peritos que identificaron la porción de terreno que en forma de triángulo excluyó el Banco Agrícola Hipotecario en la escritura número 2.156, de 11 de agosto de 1938, y dictaminaron que la mayor parte del predio de "El Triunfo" se hallaba dentro del citado triángulo, quebrantando con ello el artículo 722 en armonía con el 725 del C. Judicial.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A)—Como título demostrativo del dominio que alega, presentó el demandante la escritura número 2.921, extendida en la Notaría Quinta de Bogotá el siete de diciembre de 1950, por la cual el señor San Román compró a la sociedad "Juan B. Castaño e Hijos, Ltda.", en liquidación, un fundo rústico llamado "El Horizonte", ubicado en jurisdicción de los Municipios de La Dorada y Victoria, en el Departamento de Caldas, predio que constituye la parte norte o cabecera de la antigua hacienda del mismo nombre y que está delimitado como se indica en el instrumento aludido.

También adujo el actor un certificado sobre la tradición del dominio del inmueble de "El Horizonte", en el cual consta que la sociedad "Juan B. Castaño e Hijos, Ltda." hubo este predio en mayor extensión en virtud de la adjudicación que se le hizo en la mortuoria de la señora Isabel Angel de Castaño, según hijuela que se inscribió el 17 de septiembre de 1947.

La demandada por su parte allegó estos dos títulos: a) La escritura número 1.276, otorgada en la Notaría de Honda el 29 de diciembre de 1952, por la cual la misma Isabel Romero le compró a Antonio Rubio "unas mejoras plantadas en terrenos baldíos de la Nación, ubicadas en la fracción de Guarinocito, jurisdicción del Municipio de La Dorada, llamada 'El Limón', hoy 'El Triunfo', y consistentes en casa de habitación con cocina, sementeras de pastos artificiales, plataneras, yucales, cercas de alambre de púas, rastrojeras, resguardos de montañas, y comprendido todo dentro de los siguientes linderos: 'Por el Occidente, con el cerro de Golilludo; por el Norte, con terrenos de Guarinocito, hoy con propiedad del doctor Lombana Villegas; por el Sur, con mejoras de Pedro Rueda, hoy de Arcángel Campos; y por el Oriente, con terrenos de la Nación ocupados por los señores de la Cuesta". b) La escritura número 496, pasada ante el mismo Notario de Honda el 11 de mayo de 1953, por la cual la propia señora Romero compró al doctor Jorge Orozco Valencia dos porciones de terreno llamadas la una "Los Medios" y la otra "El Triunfo", mejorada esta última con pastos y cercas de alambre, ubicada en Guarinocito, jurisdicción de La Dorada, y alinderada así: "Por el Norte, con la hacienda de Ceilán del doctor Lombana; por el Oriente, con terrenos de la familia de la Cuesta; por el Sur, con mejoras de Arcángel Ocampo; y por el Occidente, con el cerro de Golilludo".

De acuerdo con otros documentos que figuran en el proceso, el doctor Jorge Orozco Valencia, tradente de la misma señora Romero, hubo lo vendido a ésta por adjudicación que de un predio de mayor extensión, llamado "Casablanca", se le hizo en la partición judicial de los terrenos de la hacienda conocida con el nombre de "Guarinocito", según hijuela que fue inscrita el primero de julio de 1944. Esta heredad de "Guarinocito" había sido antes transferida por el Banco Agrícola Hipotecario a los señores Manuel A. Ramírez, Rafael Luna Ponce, Isabel Luna de Ospina y Horacio Luna Pardo, como consta en la escritura número 2.156, corrida en la Notaría Cuarta de Bogotá el 11 de agosto de 1938. Conforme a este instrumento, el Banco Agrícola había adquirido y enajenó este inmueble con la exclusión de un lote demarcado así: "Tomando una línea recta que, partiendo de la desembocadura de la quebrada de Las Burras en el río Magdalena, va a terminar en el cerro de Golilludo o Galuyudo, y partiendo de este último cerro en dirección sur, pasando por los cerros y cerrajones que van a terminar en La Hermita, sobre la expresada quebrada de Las Burras, forman de dicho terreno un triángulo que en uno de sus lados está formado por la dirección de dicha quebrada".

En este juicio se practicaron tres inspecciones oculares con peritos, dos en la primera instancia y una por el Tribunal. La primera de esas diligencias se llevó a cabo el 21 de febrero de 1956 a solicitud del demandante, y en el acta que de ella se extendió consta (cuaderno 2º, fls. 4 vto. y 5) que el Juzgado, en asocio de los peritos y de las partes contendientes, identificó las porciones de terreno llamadas "Los Medios" y "El Triunfo", que "estos lotes de terreno antes constatados forman o se encuentran dentro de los linderos especificados por la escritura número 2.921, de 7 de diciembre de 1950, de la Notaría Quinta de Bogotá, que comprende los linderos generales de la hacienda de 'El Horizonte', linderos que ha

constatado el personal de la diligencia"; que se observó que la demandada Romero sólo estaba poseyendo la porción denominada "El Triunfo", y que luego los peritos rindieron este dictamen: "Es cierto que existe el terreno deslindado en la demanda como sujeta materia de la reivindicación, y también es cierto que ese terreno forma parte de la hacienda 'El Horizonte', adquirida según el respectivo título por el señor Antonio San Román. El título en mención, y que hemos leído en el acto de esta diligencia, está contenido en la escritura número 2.921, de 7 de diciembre de 1950, de la Notaría Quinta del Circuito de Bogotá, y que se invoca como título inmediato de dominio en el libelo de demanda de fecha 9 de septiembre de 1955, suscrito por el doctor Luis Eduardo Gacharná, en su calidad de mandatario judicial del premencionado señor Antonio San Román. Hacemos constar que dicho libelo de demanda como los títulos supradichos los hemos leído. La razón de nuestro dicho estriba en las circunstancias de que hemos visto tales hechos y los terrenos y puntos que citamos, confirmándolos con los planos que nos fueron presentados y demás títulos que obran en el juicio, acreditando la propiedad del señor San Román, y planos que encontramos ajustados a la realidad del terreno... La línea del perímetro de la hacienda 'El Horizonte', del señor Antonio San Román, sobre que está enclavado el terreno de 'El Triunfo', ocupado por la señora Isabel Romero de Leitón, corresponde a la parte Noroeste, es decir, que linda con los señores de la Cuesta por el Oriente, en la línea que está más hacia el Norte: por el Norte en su totalidad, con la hacienda de 'Ceilán', propiedad del doctor Manuel Lombana Villegas, y por el Occidente, con el cerro de 'Gallitudo' en su totalidad". En la misma acta consignó el Juzgado varias observaciones, entre ellas las de que "en realidad de verdad las partes en controversia, estuvieron en el lugar del litigio", de que "las identificaciones hechas por los peritos las hizo igualmente el Juzgado en asocio de las partes" y de que "la cabida del terreno ocupado por la señora Isabel Romero es de ochenta cuadras aproximadamente".

La segunda inspección ocular se realizó a petición de la parte demandada el 22 de febrero de 1956, esto es, al día siguiente de efectuada la primera. En el acta de dicha diligencia se lee (cuaderno 3º, fls. 10 y 11) que el mandatario de la demandada pidió y el Juzgado accedió a contraer la inspección a verificar si el terreno vendido por el doctor Jorge Orozco Valencia a Isabel Romero se hallaba dentro de los linderos del inmueble que al mismo doctor Orozco le fue adjudicado en la partición judicial de la hacienda de "Guarinocito"; que se procedió luego a determinar el sitio donde queda el cerro de "Casanguilla", de donde parte la línea de que habla la hijuela del doctor Orozco, cerro que "le fue mostrado al Juzgado y es visible desde la carretera que de La Dorada va hacia la ciudad de Honda"; que a continuación "el Juzgado se trasladó al sitio donde desemboca la quebrada denominada 'Burras' en la Charca de Guarinocito, antiguo cauce del río Magdalena, según es entendido en la región, ya que el río actualmente corre por otro cauce"; que una vez identificados estos dos puntos el Juez, en presencia de las personas asistentes, sometió a los peritos la cuestión sobre que versaba la diligencia y que dichos expertos expusieron: "Hemos tenido en cuenta la hijuela de adjudicación a Jorge Orozco Valencia, según escritura número 318, de 14 de julio de 1944, de la Notaría del Circuito de Manzanares, y al mismo tiempo por el plano que obra en el cuaderno de pruebas de la parte demandada; hemos recorrido el lindero que, partiendo de las estribaciones bajas del cerro de 'Gallitudo', hasta la desembocadura, en línea recta de la quebrada de 'Burras', encontrando el sitio seccional de esta línea recta en la carretera que conduce de La Dorada hacia Honda. Localizado este sitio y enfrentados a las estribaciones antes dichas, o sean las que miran hacia el Municipio de Victoria y trazando una línea recta imaginaria, rendimos nuestro concepto en las siguientes condiciones, advirtiendo previamente que por aceptación del Juzgado y a petición de la parte demandada el interrogatorio se contrae al punto B) del numeral 6º del cuaderno de pruebas de la parte demandada, concepto que es el siguiente: el terreno vendido por Jorge Orozco Valencia, y que se reivindica en el juicio, a la señora Isabel Romero de Leitón, queda comprendido en los terrenos que le fueron adjudicados en la partición judicial llevada a cabo en el Juzgado del Circuito de Manzanares, cuyos planos figuran en la hijuela respectiva, a Jorge Orozco Valencia". Expresan en seguida los peritos que, con excepción del primer lindero a que se refieren y que fue recorrido por ellos personalmente, conocieron los demás linderos de la finca del doctor Orozco Valencia "por las indicaciones de las personas conocedoras de la región y que

indicaban dónde quedaba cada uno de los cerros indicados en la hijuela aludida", y agregan que "es claro que no recorrimos personalmente dichas alinderaciones, pero que ocularmente y situados en la carretera que de Honda conduce a La Dorada, se pueden apreciar ocularmente". Por pedimento de la parte actora, los expertos aclararon esta peritación en el sentido de que no hicieron uso de aparatos de ingeniería para señalar rumbos y distancias, sino que obraron mediante simple apreciación visual de los terrenos que fueron objeto de la inspección.

El demandante solicitó en segunda instancia la práctica de otra inspección ocular con el fin de identificar la porción de terreno que en forma de triángulo fue excluida por el Banco Agrícola Hipotecario al transferir la hacienda de "Guarinocito" al señor Manuel A. Ramírez y otros por la citada escritura número 2.156, de agosto 11 de 1938, y para establecer la relación de ese inmueble con el predio de "El Triunfo", que es materia de este litigio. El acta de esa diligencia dice (cuaderno 6, fls. 9 y siguientes) que el Tribunal identificó la desembocadura de la quebrada de "Las Burras" y el cerro "Golilludo", que luego se trazaron dos líneas rectas que, partiendo de la desembocadura dicha, van a morir la una en el extremo norte o septentrional del cerro nombrado y la otra en el extremo sur o meridional del mismo cerro, y que por último se hizo la identificación del lote de "El Triunfo" y se observó que este inmueble queda comprendido en su mayor parte por el triángulo mencionado si se toma como base la primera línea recta que se trazó y que está fuera de ese triángulo si se acogé como base la segunda línea recta. Los peritos que intervinieron en esta diligencia rindieron este dictamen: "a) El perímetro formado por una recta que parte de la desembocadura de la quebrada de Burras en el río Magdalena y termina en la parte septentrional del cerro Golilludo, siguiendo por cerros y cerrajones de este mismo cerro hasta encontrar la quebrada de Las Burras, pasando por el cerro de La Hermita, y de este punto siguiendo el curso de dicha quebrada hasta su desembocadura en el río Magdalena, es sensiblemente un triángulo, considerando claro está como recta el curso que sigue la quebrada desde el punto donde la encuentra la línea trazada, hasta su desembocadura en el río Magdalena, ya que la línea que sigue los cerros y cerrajones del cerro Golilludo y que encuentra la quebrada de Las Burras, pasando por el cerro de La Hermita, es una línea recta (ver plano adjunto b, c, d). Siendo la finca de El Triunfo un polígono cuyos linderos son: con la hacienda de Ceilán, por el Norte; con propiedad de la sociedad de Hijos de Victor de la Cuesta, por el Oriente; con terrenos de Miguel Arcángel Ocampo, por el Sur; y con el cerro Golilludo, por el Occidente: y considerando su relación con el triángulo antes formado, encontramos que la línea que va de la parte septentrional del cerro Golilludo a la desembocadura de la quebrada de Las Burras en el río Magdalena, corta dicho polígono en dos partes, quedando así un polígono de menor área al lado derecho de la línea y un triángulo del lado izquierdo, ya que nos consideramos ubicados en la parte donde está la Palma, o sea la parte septentrional del cerro Golilludo (ver plano adjunto e). La línea recta a que se refiere o se refirió el doctor Guillermo Angel Angel en la última parte de la inspección ocular, o sea la que, partiendo de la desembocadura de la quebrada de Las Burras en el río Magdalena y termina en la parte sur del cerro Golilludo, sí pasa cortando las tierras de la hacienda de los señores de la Cuesta denominadas Túnez. Teniendo en cuenta el triángulo formado por la línea que parte de la desembocadura de la quebrada de Las Burras y va a morir, no al punto indicado por el doctor Gacharná, sino al otro extremo del cerro, o sea a la parte sur, las mejoras de Isabel Romero quedan excluídas de dicho triángulo".

En síntesis, en la primera inspección ocular tanto el Juez como los peritos observaron y dijeron que el predio de "El Triunfo", objeto de esta litis, se encuentra dentro de los linderos o terrenos de la hacienda de "El Horizonte", de propiedad del demandante San Román; en la segunda inspección, los peritos dictaminaron que el mismo inmueble de "El Triunfo" se halla ubicado dentro de los linderos del fundo llamado "Casablanca", perteneciente al doctor Jorge Orozco Valencia, y formaba parte de esta heredad antes de la venta que éste hizo a la señora Romero de Leitón; y en la tercera inspección el Tribunal y los peritos verificaron y expresaron que la mayor parte de "El Triunfo" queda dentro del triángulo excluído por el Banco Agrícola si se toma como base la línea recta que va de la desembocadura de la vertiente de Las Burras al extremo septentrional del cerro Golilludo.

B)—Se expresa en la sentencia impugnada que

las conclusiones de los dos dictámenes periciales rendidos en primer grado son "absolutamente contrarias"; que hallándose esas peritaciones en igualdad de circunstancias no sería equitativo preferir la una y desdeñar la otra, y que esa doble prueba suscita por lo menos una duda acerca de si el predio de "El Triunfo" es o no parte integrante de la hacienda de "El Horizonte", duda que debe resolverse en favor de la litigante demandada como lo prescribe el artículo 234 del C. Judicial. Se agrega que la inspección ocular y el dictamen pericial allegados primeramente a solicitud del actor carecen de fuerza demostrativa "por la circunstancia de la prueba semejante practicada a pedimento de la parte demandada".

El recurrente impugna este razonamiento por error de derecho, consistente en atribuír el mismo valor demostrativo a una inspección ocular y a un dictamen de peritos cuando la primera tiene mérito de plena prueba, según el art. 730 del C. Judicial, al paso que el segundo no ofrece esa fuerza de convicción, de acuerdo con lo estatuído por el artículo 723 ibidem.

Es indudable que en la primera inspección ocular hay dos pruebas concurrentes, esto es, la de inspección propiamente dicha y la de peritos. Ambas pruebas coinciden en señalar la ubicación del predio de "El Triunfo" dentro de los linderos de la hacienda de "El Horizonte". Tampoco se remite a duda que la segunda inspección, realizada a solicitud de la parte demandada, es en extremo deficiente y que la principal prueba que contiene consiste en la peritación que acredita que el mismo inmueble de "El Triunfo" se halla también dentro de los linderos por los cuales se adjudicó al doctor Orozco Valencia la finca de "Casablanca". El acta de la inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez, según el artículo 730 del C. Judicial. Asimismo hace plena prueba "el dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a los sentidos y lo que expongan según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda, como consecuencia de aquellos hechos", conforme a lo prescrito por el artículo 722 ibidem. De acuerdo con estos preceptos tanto la primera inspección ocular en cuanto a los hechos que el Juez observó y dejó establecidos como los dos dictámenes sobredichos, constituyen plena prueba de que el predio de "El Triunfo" se encuentra localizado dentro de los linderos que rezan los títulos de las dos haciendas llamadas "El Horizonte" y "Casablanca". La sentencia juzga contradictoria esta situación y dirime el supuesto antagonismo entre las dos pruebas dichas declarando que la segunda inspección ocular destruye la fuerza demostrativa de la primera y siembra una duda favorable a la demandada sobre si el inmueble en disputa hace o no parte física del fundo perteneciente al actor.

Hay contradicción cuando a la vez se afirma o se niega un mismo hecho o una misma cosa, o cuando se afirman o se niegan dos o más hechos opuestos. La circunstancia de que las pruebas en mención demuestren que "El Triunfo" se halla dentro de los linderos de los predios llamados "El Horizonte" y "Casablanca", no envuelve contradicción alguna; la habría si una de esas pruebas afirmase y la otra negara que el inmueble en litigio se encuentra dentro de una cualquiera de estas heredades, pero esto no ha sucedido. La oposición que la sentencia atribuye a las pruebas determinó el concepto de que la segunda inspección ocular contrarresta el valor demostrativo de la primera y del dictamen pericial que la acompaña y refuerza, y produjo la conclusión final de que no aparece demostrado que el lote de "El Triunfo" sea parte integrante de la hacienda de "El Horizonte", de propiedad del señor San Román. Como la premisa de la contradicción no es exacta y como a consecuencia de ella se dejó de dar a la inspección ocular y al dictamen primeramente recibidos el valor que los artículos 722 y 730 del C. Judicial asignan a esas pruebas, resulta que la sentencia incurre en realidad por este aspecto en un yerro de valoración probatoria de tales elementos de juicio, los cuales acreditan que el lote de "El Triunfo" sí se halla dentro de los linderos de la hacienda de "El Horizonte".

Un mismo inmueble puede estar comprendido por los linderos señalados en dos o más títulos de propiedad, caso que no es extraño ni en sí mismo contradictorio, y en el cual lo que procede no es menospreciar las pruebas que lo demuestran, sino analizar aquellos títulos y definir cuál de ellos merece ser preferido por sus atributos de antigüedad y validez para el efecto de reconocerle a su beneficiario el amparo que la ley le otorga como sujeto activo del respectivo derecho de dominio. La existencia de varios títulos sobre un mismo bien impone la necesidad de confrontar tales títulos para determinar cuál de ellos debe preponderar sobre los demás. La Corte tiene establecido que en ese supuesto la acción reivindicatoria no

es más que una acción de prevalencia de títulos entre el actor y el demandado, en la cual ha de prevalecer forzosamente el título que ofrezca las mejores condiciones de validez y antigüedad (LIII, 1.004, 267. LXXIV, 677. LXXVIII, 2.140, 388).

C)—El recurrente acusa también la sentencia por quebrantar indirectamente el artículo 946 del C. Civil a causa del error de derecho que consiste en desconocer la fuerza demostrativa del dictamen de los peritos que identificaron la porción de terreno que en forma de triángulo fue excluída por el Banco Agrícola Hipotecario y expresaron que el predio de "El Triunfo" se encuentra en su mayor parte dentro del perímetro de ese triángulo.

En la sentencia se declara que el dictamen pericial aludido carece de influencia sobre el resultado del juicio, porque el Banco, al excluir la expresada porción de terreno, no lo hizo en la consideración de pertenecer ella a la primitiva hacienda de "El Horizonte", y porque en el proceso no aparece comprobado que ese triángulo sea parte física de la misma heredad.

No cabe duda de que el Banco, al excluir de la transferencia de la hacienda de "Guarinocito" el triángulo en referencia, lo hizo en el concepto de no haber adquirido para sí ni pertenecerle tal porción de terreno ni de ser ésta parte integrante del inmueble enajenado. Al efectuar la exclusión el Banco no estaba obligado a expresar que el terreno excluído correspondía a la hacienda de "El Horizonte" ni a ninguna otra. Para los efectos de la transferencia del fundo de "Guarinocito", le bastaba al Banco con decir que excluía la porción del triángulo, porque no era de su propiedad. Si se considera además que este predio, según los linderos que se leen en la propia escritura número 2.156, colindaba precisamente por la parte del triángulo con tierras del general Juan B. Castaño, que eran las mismas de "El Horizonte", fluye la conclusión de que si dicho triángulo no correspondía a "Guarinocito", sí hacía parte de "El Horizonte" como inmueble adyacente o colindante. Si dicho triángulo hubiera estado interpuesto, como predio independiente, entre esas dos haciendas, es obvio que no habría podido declararse que ellas colindaban. La sola declaración de colindancia entre tales heredades, hecha por el Banco, lleva implícito el reconocimiento de que el triángulo excluído formaba parte del fundo adyacente, esto es, de "El Horizonte", que eran las tierras del general Castaño.

Estas consideraciones dejan ver que la inspección ocular y el dictamen pericial que se practicaron en segunda instancia y con los cuales se identificó el triángulo referido, sí tienen influjo en el resultado de la litis y que el sentenciador, al negar tal influencia, les desconoció a esas pruebas el valor demostrativo que les atribuyen los artículos 722 y 730 del C. Judicial e incurrió por lo mismo en un yerro de valoración de estos otros elementos de juicio.

Lo expuesto es suficiente para concluir que están en realidad demostrados los dos errores de valoración probatoria que alega el recurrente en relación con las dos inspecciones oculares y los dictámenes de peritos que en este negocio se practicaron a solicitud de la parte actora. Siendo estos yerros el fundamento de la sentencia acusada, síguese que ese fallo debe ser infirmado para el efecto de proferir la decisión que ha de sustituirlo.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Está dicho que en el fallo de primera instancia se admite estar comprobados los elementos de la acción reivindicatoria consistente en cosa singular, en la identificación de la misma y en la posesión del demandado. Esta observación es exacta. El predio de "El Triunfo" está determinado como cosa singular y fue identificado mediante las pruebas de inspección ocular y dictamen de peritos. Fuera de esto, aparece también establecido que la demandada Isabel Romero se halla en posesión de aquel inmueble.

Por lo que concierne al dominio sobre el mismo fundo, conviene agregar algunas consideraciones a lo expuesto con motivo de la decisión del recurso extraordinario.

Según la primera inspección ocular y las dos peritaciones practicadas en primer grado, aparece que el inmueble de "El Triunfo" se encuentra comprendido dentro de los linderos tanto de la hacienda de "El Horizonte", de propiedad del actor San Román, como de la finca llamada "Casablanca", de la cual se segregaron por obra de la venta que al dueño de este predio, doctor Orozco Valencia, le hizo a la señora Romero por la escritura número 496, de 11 de mayo de 1953.

El doctor Orozco, tradente de la Romero, adquirió el fundo de "Casablanca" por adjudicación que se le hizo en la partición judicial de la hacienda de "Guarinocito", conforme a la cual

se inscribió el primero de julio de 1944. Esta hacienda perteneció al Banco Agrícola Hipotecario, entidad que la transfirió a los señores Manuel A. Ramírez, Rafael Luna Ponce, Isabel Luna de Ospina y Horacio Luna Pardo por la escritura número 2156, de agosto 11 de 1938. En este instrumento se expresa que del inmueble transferido debe excluírse una porción de terreno que, formando un triángulo, está delimitada por la quebrada de "Las Burras", por el cerro "Golilludo" y por una línea recta que de este cerro va a la desembocadura de aquella quebrada. En la inspección ocular que se practicó en segunda instancia se observó por el Juez y lo confirmaron los peritos que intervinieron en la misma diligencia que la mayor parte del predio de "El Triunfo" se encuentra dentro del triángulo mencionado si se toma por base la línea recta que va de la desembocadura de la quebrada de "Las Burras" al extremo norte del cerro "Golilludo" y que tal inmueble se halla fuera del triángulo si se admite como base la línea recta que, partiendo de la desembocadura dicha, va a morir en el extremo sur del citado cerro "Golilludo". Ante esta alternativa se hace indispensable aclarar cuál de las dos mentadas líneas rectas constituye en realidad la línea divisoria de las haciendas de "Casablanca" y "El Horizonte" para el efecto de establecer si el lote de "El Triunfo" debe considerarse localizado dentro o fuera del triángulo en referencia.

El 10 de enero de 1928 se inscribió el acta en que consta el deslinde que entonces se practicó entre las haciendas de "El Horizonte" y "Guarinocito". Según tal acta la línea divisoria de estos predios "es una recta que, partiendo del cerro de Farallón, va a dar al cerro de Pan de Azúcar o La Ermita; de aquí, en línea recta, en dirección norte, más o menos, atravesando la quebrada de La Honda, hasta encontrar un cerro; de allí, siguiendo por cerros y cerrajones, hasta el cerro de Golilludo; de aquí, en línea recta, hasta el caño denominado La Charca; por éste abajo hasta la desembocadura en el río Magdalena".

En 1938 el Banco Agrícola Hipotecario, al transferir el dominio de la hacienda de "Guarinocito", excluyó la ya conocida porción de terreno que forma un triángulo, porción cuyos linderos siguen la línea divisoria señalada en 1928.

Dicha hacienda de "Guarinocito" fue dividida más tarde en varias porciones, una de las cuales se le adjudicó al doctor Jorge Orozco Valencia con el nombre de "Casablanca" y por estos linderos: "Partiendo del punto en donde la línea que une a 'Golilludo' o 'Galilludo' con la desembocadura de la quebrada de Las Burras corta la carretera que conduce a La Dorada, se sigue por toda esta carretera hasta encontrar el puente que hay sobre la quebrada de Yeguas; Yeguas arriba hasta encontrar un mojón en donde termina una línea que parte del cerro de El Gigante con un rumbo magnético de N. 88 E.; siguiendo esta línea al cerro de El Gigante; de este cerro, siguiendo una línea con rumbo magnético de S. 10 E., al cerro de Casanguillas; y de aquí, siguiendo una línea recta, lindero con el lote El Porvenir, a buscar el cerro de Golilludo o Galilludo y de aquí, siguiendo una línea recta que une este punto con la desembocadura de la quebrada de Las Burras, hasta el sitio en donde esta línea corta la carretera, punto de partida".

Según el certificado de tradición allegado por el actor con su demanda, la antigua hacienda de "El Horizonte" tenía estos linderos en la parte en que colindaba con la de "Guarinocito": 'Desde el cerro de Berrocal en la banda occidental del río Magdalena, cerca del antiguo desemboque de la quebrada de Burras; de la cima de este cerrito, línea recta, al cerro de La Ermita o Golilludo; de aquí, por todas las crestas, sierras y cerrajones, hacia el sur, hasta llegar a una peña blanca que está en el cerro, arriba de una zanja denominada 'Quebradaseca' que sube desde el río Magdalena; de este punto, línea recta, a la mencionada zanja; zanja arriba hasta su cabecera; y de allí siguiendo por el filo del cerro hasta llegar a enfrentar con otra zanja que hay abajo de la quebrada de Casanguilla, y siguiendo ésta hasta su desembocadura en el río Guarinó".

El actual predio de "El Horizonte", de propiedad del señor Antonio San Román y que constituye una porción de la antigua hacienda del mismo nombre, ofrece estos linderos en la misma parte colindante con los fundos de "Ceilán" y "Casablanca", que son porciones derivadas de "Guarinocito": "Por el Norte, en una extensión de unos seiscientos metros (600 m.), más o menos, con la hacienda de Ceilán, de propiedad de Manuel Lombana Villegas, que antiguamente hizo parte de la hacienda de 'Guarinocito', cerca de alambre en todo este trayecto; siguiendo la cerca mencionada, en línea recta, hasta el cerro de Golilludo o la Ermita; de este cerro se sigue por todas las crestas, sierras y cerrajones hacia el

Sur, hasta llegar a una peña blanca que está en el cerro, arriba de una zanja denominada 'Quebradaseca', la cual sube desde el río Magdalena, lindando en todo este sector o lindero con terrenos de la hacienda de 'La Egipciaca' o 'Guarinocito': de esta peña blanca, en línea recta, a la mencionada zanja; zanja arriba hasta su cabecera, al pie del cerro de 'Casanguilla': y de allí, siguiendo por el pie del cerro, hasta llegar a enfrentar con otra zanja que hay abajo de la quebrada de Casanguilla, y siguiendo ésta hasta su desembocadura en el río Guarinó".

La confrontación de estos linderos, hecha a la luz de los títulos y demás elementos de juicio allegados por las partes, permite deducir estas conclusiones relacionadas con la identificación del inmueble en litigio: a) El cerro llamado "Golilludo" constituye, en toda su extensión y con sus derivaciones, parte de la línea divisoria entre los fundos de "El Horizonte" y "Casablanca" como porciones derivadas respectivamente de las antiguas haciendas de "El Horizonte" y "Guarinocito". b) En la partición de esta hacienda de "Guarinocito" se formó y adjudicó al doctor Orozco Valencia el citado predio de "Casablanca", y entre los linderos que a este inmueble se le señalaron figura una línea recta que, partiendo del cerro de "Casanguilla" y tomando la dirección de la desembocadura de la quebrada de "Las Burras", pasa por el extremo sur del cerro "Golilludo" y va a morir en el sitio donde la misma línea corta la carretera que de Honda conduce a La Dorada. Esta línea, como se ve, no pasa de sur a norte por las crestas, sierras y cerrajones que integran el sistema del cerro "Golilludo", sino que apenas lo toca en su extremo sur, y además ella atraviesa tierras ajenas, como son las de la hacienda de "Túnez", de los herederos de Víctor de la Cuesta, según el dictamen de los peritos que intervinieron en la inspección ocular de segunda instancia. c) Conforme a los linderos señalados a la finca de "Casablanca", quedó comprendida dentro del perímetro de este predio una parte de la zona o porción de terreno que en forma de triángulo fue excluida por el Banco Agrícola Hipotecario al transferir la citada hacienda de "Guarinocito" por la escritura número 2.156 de 1938. d) De acuerdo con los títulos mentados y con el deslinde que se practicó entre las antiguas haciendas de "El Horizonte" y "Guarinocito", fundos de "El Horizonte" y "Casablanca", es la línea que corresponde al lindero real entre los actuales que, partiendo de la desembocadura de la quebrada de "Las Burras" en la Charco de Guarinocito, va en dirección recta al extremo norte del cerro "Golilludo" y continúa de aquí, de norte a sur, por las crestas, sierras y cerrajones del mismo cerro hasta el extremo sur de tal prominencia. e) Todo lo cual significa que la mayor parte del predio de "El Triunfo" se encuentra ubicada dentro de los linderos tanto de la zona de terreno excluída por el Banco Agrícola como de la hacienda de "El Horizonte" y como parte integrante de este inmueble. Así lo comprueban las inspecciones oculares y los dictámenes periciales que se practicaron a instancias del demandante.

Las conclusiones anteriores indican que el actor San Román ha demostrado también el cuarto y último elemento de la acción reivindicatoria, consistente en su derecho de dominio sobre la mayor parte del fundo que es objeto de esta litis. Cierto es que los títulos aportados por la Romero ofrecen a primera vista mayor antigüedad que el aducido por el demandante, pero sucede que esos títulos de la demandada provienen de otro en que de modo expreso se excluyó la porción de terreno en que se encuentra localizada esa mayor parte de "El Triunfo" por no corresponder dicha zona a la antigua hacienda de "Guarinocito". Esta circunstancia de la exclusión recordada, de indudable valor en este pleito, le resta eficacia en el caso presente al factor de la mayor antigüedad de los títulos de la demandada para gozar de prioridad sobre el del actor.

Está dicho que la misma parte demandada propuso la excepción de prescripción, "bien sea la especial agraria de la Ley 200 de 1936, la ordinaria o la extraordinaria". También se ha visto que la Romero hubo el inmueble de "El Triunfo" así: el terreno en virtud de compra que hizo al doctor Jorge Orozco Valencia por la escritura número 496, de mayo 11 de 1953, y las mejoras también por compra hecha a Antonio Rubio según la escritura número 1.276, de 22 de diciembre de 1952. En este último instrumento se dice que lo comprado es una porción de mejoras plantadas en terrenos baldíos, conocida con el nombre de "El Triunfo". La demandada absolvió unas posiciones y en ellas explicó de la siguiente manera las adquisiciones del inmueble aludido: "Pues yo le compré unas mejoras al señor Antonio Rubio y luego el título de la tierra al doctor Jorge Orozco Valencia, y eso antes era conocido como tierras baldías y así hablan las escrituras, pero entonces,

cuando el doctor Orozco Valencia se hizo adjudicar esas tierras, le compré el título, y por allí no se ha reconida (sic) a ninguna persona como dueña de esas tierras, pues ya dije que en las escrituras se habla de terrenos baldíos..... Es cierto que compré primero mejoras, pero en tierras baldías, y luego el título del terreno al doctor Orozco Valencia, como dije antes".

Examinado el problema de la prescripción por el aspecto de la compra hecha al doctor Orozco Valencia se observa que en este negocio no existe prueba alguna demostrativa de que este vendedor hubiera poseído materialmente el inmueble de "El Triunfo" en ninguna época, por lo cual la demandada Romero no dispone de la posesión de su tradente para agregarle la que ella inició al realizar tal compra. Como la prescripción ordinaria de inmuebles exige posesión regular de los mismos bienes, esto es, justo título y posesión material (C. C., 764 y 2.528), y como en este caso falta el segundo factor en el tradente de la demandada, síguese que no puede tenerse por establecida esta usucapión. Menos aparece acreditada dicha posesión durante el lapso que requiere la prescripción extraordinaria.

El artículo 12 de la Ley 200 de 1936 establece "una prescripción adquisitiva de dominio en favor de quien, creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías, posea en los términos del artículo primero de esta Ley, durante cinco años continuos, terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación ni comprendidos dentro de las reservas de la explotación, de acuerdo con lo dispuesto por el mismo artículo". Para estos efectos —dispone también el precepto— no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado por cerramientos artificiales, o existen en él señales inequívocas que revelen ser de propiedad particular.

Los artículos 46 y 47 del Decreto número 0059 de 1938 regulan el modo de alegar esta prescripción quinquenal y señalan los factores que ha de comprobar quien la invoque en su provecho.

Esta prescripción especial puede alegarse como acción o como excepción y requiere en uno u otro caso la demostración de estos requisitos o factores: que se ha poseído el terreno en forma quieta y pacífica durante cinco años continuos; que la posesión se ha realizado mediante la explotación económica del suelo, esto es, con plantaciones o sementeras, con ganados o con otros actos de igual significación industrial o agrícola; que el poseedor haya tenido de buena fe la creencia de que el terreno es baldío, o sea, que corresponde al Estado; que dicho terreno estaba inculto o carecía de explotación económica al iniciarse su ocupación y que no había en él cerramientos artificiales ni otros signos inequívocos de ser de propiedad particular. Así lo ha expresado la Corte en ocasiones anteriores (LVIII, 2.017, 588, LXXXVIII, 2.198, 184 y 197). Y no sólo esto, sino que la buena fe que ha de acompañar al poseedor debe estar exenta de culpa, vale decir, que se trata aquí de una buena fe cualificada que le impone al propio usucapiente la carga de probar los requisitos mencionados y con ellos el error excusable de su creencia sobre la calidad de baldío del terreno. Sin la prueba de estos antecedentes no es admisible la presunción de la buena fe en esta materia de prescripción agraria.

En el caso presente la demandada Romero hubo las mejoras de "El Triunfo", calificado entonces de baldío, por venta que le hizo el señor Antonio Rubio, quien dijo haberlas a su vez adquirido por partición efectuada con Pedro Rueda, según escritura número 136, corrida en la Notaría de Honda el 24 de febrero de 1948, instrumento que se allegó al juicio, pero que, por no aparecer inscrito, no puede ser admitido como prueba de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2.637 del C. Civil y 630 del C. Judicial. También aportó la demandada los testimonios de Tomás Mesa, Angel Rueda y Julio C. Polanía, quienes dan razón de que los terrenos de "El Triunfo" han venido siendo mejorados con casa de habitación, pastos, acueducto y cercas de alambre por varias personas, entre ellas la propia Romero y su antecesor Rubio, pero no expresan de manera uniforme la fecha siquiera aproximada en que principió la ocupación de ese fundo, ni si entonces la hacienda de "El Horizonte" carecía de explotación, de cerramientos artificiales y de otros signos reveladores de ser de propiedad particular. Esta prueba testifical es tan deficiente que no permite dar por establecidos en forma satisfactoria los requisitos que exige la prescripción agraria. De suerte que por este otro aspecto se hace forzoso concluir que tampoco aparece demostrada la excepción propuesta.

En el fallo de primera instancia se denegó la acción reivindicatoria sobre el predio llamado "Los Medios" por haberse comprobado que la demandada no es poseedora de tal inmueble. Ade-

más, en la misma sentencia se ordena al demandante pagarle el valor de unas mejoras a la señora Romero y se le reconoce a ésta el derecho de retención. Como estas declaraciones favorecen a la demandada y como el actor no apeló del fallo mencionado, sino que se conformó con él, las previsiones anotadas no pueden ser revisadas en esta providencia.

Cumple advertir finalmente que, como una parte del predio de "El Triunfo" está fuera del perímetro de la hacienda de "El Horizonte", la obligación impuesta a la demandada de restituir aquel fundo no comprende la porción expresada.

La motivación que precede indica que la sentencia de primer grado debe ser confirmada, con la aclaración que se acaba de anotar.

En mérito de las consideraciones anteriores la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de treinta de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este juicio de reivindicación del señor Antonio San Román contra la señora Isabel Romero de Leitón, y en su lugar CONFIRMA en todas sus partes el fallo de primera instancia proferido en el mismo negocio con fecha cinco de agosto de mil novecientos cincuenta y siete, con la adición de que se declara no probada la excepción de prescripción y con la aclaración de que el fundo que la demandada debe restituir al actor no comprende la porción de terreno que está situada al lado derecho de la línea recta que, partiendo de la desembocadura de la quebrada de "Las Burras" en la Charca de Guarinocito, va a morir en el extremo septentrional del cerro "Golilludo", donde se halla una palma que se identificó en la inspección ocular practicada en la segunda instancia de este pleito.

Condénase a la parte demandada a pagar las costas de este juicio en la segunda instancia.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Enrique Coral Velasco. Con salvamento de voto, **José J. Gómez R.** — **Gustavo Fajardo Pinzón.** — **José Hernández Arbeláez.** — **Arturo C. Posada.** — **Enrique López de la Pava.** — **Ricardo Ramírez L.**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE J. GOMEZ R.

RESUMEN.—Al afirmar la Corte, refiriéndose a la prescripción especial agraria, que al poseedor le corresponde probar, fuera de su posesión económica, quieta y pacífica de cinco años continuos, los hechos negativos de que a la época de la ocupación no había en la misma parcela ninguna explotación económica, que el terreno general no se hallaba demarcado con cercas artificiales y que no había signo alguno de dominio privado, se le impone al poseedor la carga de la prueba de su buena fe, no obstante estar protegido por la presunción de la misma, según los artículos 768 del Código Civil y 18 de la Ley 200 de 1936, lo cual acentúa la inoperancia de la usucapión en referencia. Es al titular inscrito, si quiere desvirtuar la presunción y frustrar en consecuencia la usucapión, a quien concierne establecer los hechos positivos contrarios, a saber, la explotación económica preexistente, el cercamiento general o las señales inequívocas de propiedad particular. Lo que se propuso el legislador de 1936 no fue invertir la carga de la prueba, sino solamente determinar algunos de los hechos que permiten al propietario desvirtuar la presunción de buena fe del poseedor. Esto era lo jurídico, lo social y lo humano.

———

El salvamento que formulo con todo respeto para con mis ilustres colegas, a la sentencia que antecede, fechada hoy y proferida en juicio de Antonio San Román contra Isabel Romero de Leytón, se refiere, no a la razón invocada en ella para casar el fallo recurrido, sino en cuanto, ya en instancia, no declara la usucapión especial que la demandada propuso.

- I -

Se trata de un negocio entre el propietario inscrito, de un lado, y el poseedor de la tierra, de otro; entre títulos inscritos, no sólo sin el res-

paldo de la posesión, sino contra la posesión realizada por otros, en su forma material, la única verdadera, y su sentido económico, el único adecuado para conservar la tierra rural.

Proscrita la posesión tabular a partir de la casación de 27 de abril de 1955, esto es, negada a las inscripciones de los títulos en el Registro Público toda acepción posesoria, parece como si la sentencia de que me he separado, sobreviviera la llamada posesión inscrita, de manera tan fuerte que no pudieran contra ella ni la posesión económica, ni la usucapión, con que la ley protege al colono que vincula material y públicamente su esfuerzo a la tierra por el lapso de cinco años, frente al abandono del titular de ella.

- II -

1.—Dice así la sentencia:

"Está dicho que la misma parte demandada propuso la excepción de prescripción, 'bien la especial agraria de la Ley 200 de 1936, la ordinaria o la extraordinaria'. También se ha visto que la Romero hubo el inmueble de 'El Triunfo' así: el terreno en virtud de compra que hizo al doctor Jorge Orozco Valencia por la escritura número 496, de mayo 11 de 1953, y las mejoras también por compra hecha a Antonio Rubio según la escritura Nº 1.276, de 22 de diciembre de 1922. En este último instrumento se dice que lo comprado es una porción de mejoras plantadas en terrenos baldíos, conocida con el nombre de 'El Triunfo'. La demandada absolvió unas posiciones y en ellas explicó de la siguiente manera las adquisiciones del inmueble aludido: 'Pues yo le compré unas mejoras al señor Antonio Rubio y luego el título de la tierra al doctor Jorge Orozco Valencia, y eso antes era conocido como tierras baldías y así hablan las escrituras, pero entonces, cuando el doctor Orozco Valencia se hizo adjudicar esas tierras, le compré el título, y por allí no se ha reconocido a ninguna persona como dueña de esas tierras, pues ya dije que en las escrituras se habla de terrenos baldíos..... Es cierto que compré primero mejoras, pero en tierras baldías, y luego el título del terreno al doctor Orozco Valencia, como dije antes'.

"Examinado el problema de la prescripción por el aspecto de la compra hecha al doctor Orozco Valencia se observa que en este negocio no existe prueba alguna demostrativa de que este vendedor hubiera poseído materialmente el inmueble de 'El Triunfo' en ninguna época, por lo cual la demandada Romero no dispone de la posesión de su tradente para agregarle la que ella inició al realizar tal compra. Como la prescripción ordinaria de inmuebles exige posesión regular de los mismos bienes, esto es, justo título y posesión material (C. C., 764 y 2.523), y como en este caso falta el segundo factor en el tradente de la demandada, síguese que no puede tenerse por establecida esta usucapión. Menos aparece acreditada dicha posesión durante el lapso que requiere la prescripción extraordinaria.

"El artículo 12 de la Ley 200 de 1936 establece una prescripción adquisitiva de dominio en favor de quien, creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías, posea en los términos del artículo primero de esta Ley, durante cinco años continuos, terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación ni comprendidos dentro de las reservas de la explotación'. Para estos efectos —dispone también el precepto— no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado con cerramientos artificiales, o existen en él señales inequívocas que revelen ser de propiedad particular.

"Los artículos 46 y 47 del Decreto número 0059 de 1938 regulan el modo de alegar esta prescripción quinquenal y señalan los factores que ha de comprobar quien la invoque en su provecho.

"Esta prescripción especial puede alegarse como acción o como excepción y requiere en uno y otro caso la demostración de estos requisitos o factores: que se ha poseído el terreno en forma quieta y pacífica durante cinco años continuos; que la posesión se ha realizado mediante la explotación económica del suelo, esto es, con plantaciones o sementeras, con ganados o con otros actos de igual significación industrial o agrícola; que el poseedor haya tenido de buena fe la creencia de que el terreno es baldío, o sea, que corresponde al Estado; que dicho terreno estaba inculto o carecía de explotación económica al iniciarse su ocupación y que no había en él cerramientos artificiales ni otros signos inequívocos de ser de propiedad particular. Así lo ha expresado la Corte en ocasiones anteriores (LVIII - 2017 - 588, LXXXVIII - 2198 - 184 a 187). Y no sólo esto, sino que la buena fe que ha de acompañar al poseedor debe estar exenta de culpa, vale decir, que se trata aquí de una buena fe cualificada que le

impone al propio usucapiente la carga de probar los requisitos mencionados y con ellos el error excusable de su creencia sobre la calidad de baldío del terreno. Sin la prueba de estos antecedentes no es admisible la presunción de buena fe en esta materia de prescripción agraria.

"En el caso presente la demandada Romero hubo las mejoras de 'El Triunfo', calificado entonces de baldío, por venta que le hizo el señor Antonio Rubio, quien dijo haberlas a su vez adquirido por partición efectuada con Pedro Rueda, según escritura número 136, corrida en la notaría de Honda el 24 de febrero de 1948, instrumento que se allegó al juicio, pero que, por no aparecer inscrito, no puede ser admitido como prueba de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2.637 del C. Civil y 630 del C. Judicial. También aportó la demandada los testimonios de Tomás Mesa, Angel Rueda y Julio C. Polanía, quienes dan razón de que los terrenos de 'El Triunfo' han venido siendo mejorados con casa de habitación, pastos, acueducto y cercas de alambre por varias personas, entre ellas la propia Romero y su antecesor Rubio, pero no expresan de manera uniforme la fecha siquiera aproximada en que principió la ocupación de ese fundo, ni si entonces la hacienda de 'El Horizonte' carecía de explotación, de cerramientos artificiales y de otros signos reveladores de ser de propiedad particular. Esta prueba testifical es tan deficiente que no permite dar por establecidos en forma satisfactoria los requisitos que exige la prescripción agraria. De suerte que por este otro aspecto se hace forzoso concluír que tampoco aparece demostrada la excepción propuesta".

- III -

De la anterior motivación se sigue:

1º—Que no está probada la prescripción en ninguna de sus formas, ordinaria ,extraordinaria ni agraria.

2º—Que, en cuanto a la última, no demostró la demandada la posesión requerida.

3º—Que el artículo 12 de la Ley 200 de 1936 impone al usucapiente la prueba de su buena fe, lo que quiero decir que ésta no se presume en dicho caso, no obstante estar protegido el poseedor con la presunción legal que prescriben, en términos generales el art. 769 del C. C., y en el caso de la prescripción agraria, el citado artículo 12 de la Ley 200.

4º—Que el poseedor es quien debe demostrar: primero, que al ocupar la parcela tuvo de buena fe la creencia de que era baldío; segundo, que se trataba de terreno inculto, esto es, no explotado económicamente; y tercero, que tampoco estaba demarcado con cercas artificiales, el globo general de terreno, ni había otros signos inequívocos de propiedad privada. Y

5º—Que los puntos 3º y 4º que anteceden han sido consagrados en las sentencias de la Corte Suprema, que corren publicados en los tomos LVIII, número 2017, pág. 583 y LXXXVIII, número 2198, págs. 184 y 197.

- IV -

Expongo en seguida los motivos que me han obligado a apartarme de la importante sentencia a que me refiero.

PRIMERO

La posesión requerida para la usucapión agraria está probada.

2. — Ante todo debo registrar estas circunstancias:

a) El demandante reconoce a la demandada su carácter de poseedora del inmueble que reivindica, como es de rigor en esta acción;

b) La demandada, al contestar el libelo inicial del juicio, afirma que en los últimos cincuenta años sólo ella y sus antecesores han poseído con explotación económica, la parcela que se persigue;

c) La demandada ha reiterado su concepto de que los traspasos de mejoras, verificados en diferentes ocasiones, inclusive el efectuado a ella, fue a base de que se trataba de mejoras en terrenos baldíos;

d) Hay una ausencia cabal de prueba acerca de que la parte demandante y sus antecesores en la titularidad de las tierras de "El Horizonte", hubiesen poseído materialmente la parcela en referencia, y mucho menos en la forma que prescribe la Ley 200 de 1936;

e) Por ello, que no es sino efecto natural de la conservación inscrita de la tierra, fue por lo que la demandada y sus causantes pudieron cercar el fundo de la reivindicación, preparar la tierra para el cultivo, poner en él plantíos y sementeras de diferentes clases y construír habitación, en no pocos años, sin que se hubiesen visto perturbados por los dueños inscritos, quienes al parecer por

el abandono en que mantuvieron la tierra, con quebranto de su obligación legal de poseerla económicamente, fue por lo que no se dieron cuenta oportuna de lo que venía ocurriendo;

f) No hay prueba en el expediente de que los terrenos de "El Horizonte", del demandante, hayan sido delimitados con cercas artificiales, de suerte que se trata de extensos territorios en donde no había siquiera unas hiladas de alambre, y mucho menos una explotación económica, lo cual significa que se trataba únicamente de conservarlos mediante el Registro Público y no con el trabajo; ni tampoco de ninguna señal inequívoca que demostrase que ellos eran de dominio privado.

Estas anotaciones son necesarias para fijar el verdadero alcance de la prescripción agraria, tan ligada al problema de la tierra, acentuado por los propietarios inscritos que no se han percatado aún de que la propiedad tiene una función social que impone obligaciones.

La H. Sala, al dictar sentencia de instancia, niega que esté acreditada la posesión requerida para adquirir mediante la prescripción consagrada en el artículo 12 de la Ley 200 de 1936.

3.—Las declaraciones

Angel Rueda Sevilla (fl. 12, cuaderno 3º), de 67 años de edad, agricultor, conoce hace veinte el predio "El Triunfo", que es el que se reivindica, porque lo administró cuando Antonio Rubio era el dueño; y por ello le consta que está mejorado con postes, acueducto, cercas de alambre y casa de habitación, que las mejoras han sido ejecutadas por los distintos poseedores Vidal Neira, Pedro Rueda, Antonio Rubio y la demandada, quienes sucesivamente lo han poseído.

Julio Celemín Polanía (fl. 12 v. ib.), de 68 años de edad, agricultor, declara que conoce directa y personalmente la parcela en referencia, porque trabajó en ella por el año de 1918, primero, y luego en 1931; que le consta personalmente que hay en ella pastos artificiales, casa de habitación, acueducto metálico, cercas de alambre, mejoras que se iniciaron desde 1911, "cuando entraron a descumbrar los señores Wenceslao Castro y Cenón Tovar", mejoras que fueron transferidas y son hoy de la señora Isabel Romero, quien las compró a don Antonio Rubio"; y las dichas mejoras fueron ejecutadas por los distintos poseedores incluída la demandada.

Tomás Mesa (fl. 11 v. 9 ib.), no tan explícito, después de afirmar que hace quince años que conoce personalmente el terreno, atestigua "que lo ha visto poseído, primero, por Vidal Neira y Pedro Rueda, después por Antonio Rubio y ahora últimamente por la señora Isabel Romero", y que las mejoras han sido puestas por los sucesivos poseedores y también por la actual poseedora demandada.

4.—Las escrituras públicas.

De 1942 en adelante, consta en el proceso, las mejoras referidas, en una extensión territorial mayor, claramente delimitada, fueron transpasadas sucesivamente como mejoras en baldíos. Así, en la permuta de Zacarías Flórez y Vidal Neira, quien las recibió del primero, mediante escritura número 176, de 26 de junio de 1942, de la notaría de La Dorada (fl. 24, cuaderno 3º); así, en la venta de Neira a Pedro Rueda y Antonio Rubio R., según el instrumento público número 44, de 18 de enero de 1944, pasado en la notaría del circuito de Honda (fl. 20 ib.); así en la escritura 136, de 24 de febrero de 1948, de la misma notaría (fl. 26 v. ib.), por medio de la cual los nombrados copartícipes partieron las dichas mejoras; y así en la escritura Nº 1276, de 22 de diciembre de 1952, de la notaría del mismo Circuito (f. 27, C. 1º), que contiene la venta que Antonio Rubio R. hizo de su parte de mejoras, por los correspondientes linderos, a Isabel Romero de Leyton, la demandada.

5.—A las declaraciones de testigos, aducidas, que sitúan el comienzo de la posesión por lo menos quince años atrás (ellos declaran en 1956), se agregan los instrumentos públicos referidos, de los cuales aparece que los actos jurídicos por medio de ellos celebrados, versaron sobre mejoras, determinadas de manera cierta sobre el terreno, y no el dominio del suelo, porque para ser dueños juzgaban que les era necesario tener títulos inscritos. Y con razón práctica lo entendían así, porque desde 1942, las mejoras eran objeto de transferencias y los sucesivos dueños las venían poseyendo pacíficamente, y a través de ellos también la tierra, sin que nadie los hubiera perturbado con acciones de policía, ni posesorias, hasta cuando el propietario inscrito de "El Horizonte" apareció a hacer valer su registro referente a una extensa área, comprendida en ella la parcela que los antecesores de la demandada habían poseído y ésta se hallaba poseyendo.

Debieron ellos haberse creído dueños del dominio del suelo, al abrigar el convencimiento de

tener tales tierras la condición de baldías; pero, ajenos a la técnica jurídica, no sabían de la figura legal erigida en el artículo 1º de la ley 200, o sea, la presunción de ser propiedad privada y no baldíos los terrenos poseídos económicamente, o en otras palabras de mayor relieve sustancial, el modo de adquirir el dominio de las tierras baldías, que el derecho viene llamando ocupación desde el principio de los tiempos. Si lo hubieran sabido no habrían vendido, a partir de 1942, sólo las mejoras sino también el derecho de propiedad sobre el suelo, adquirido, según aquel texto, desde el momento de la ocupación con explotación económica. Mas, como aparece que el demandante tiene títulos inscritos que comprenden el fundo que reivindica, esto es, que se trata de dominio privado, lo que ellos ignoraban de buena fe, apela ahora la demandada, con apoyo en esas transferencias de mejoras y particularmente en la posesión económica que ella y sus causantes han tenido, a la usucapión del artículo 12 de la ley 200, que a los ocupantes protege cuando, contra lo que creían, a la parcela poseída le resultan títulos inscritos, como en este caso.

6.—Las sucesivas convenciones mencionadas prueban que el objeto de ellas fueron las mejoras: no es razonable suponer que se transfiriesen mejoras imaginarias o que se simularan ventas, permutas y particiones de mejoras ficticias. Allí había, pues, mejoras desde entonces, y eran ellas objeto de actos jurídicos. No brotaron espontáneamente los pastos artificiales, ni las plantaciones y sementeras, ni la morada, ni el acueducto metálico, ni el cerramiento con alambre de púas, y es de lógica elemental que si los tradentes trasp asaron las mejoras fue porque las ejecutaron, y si las ejecutaron fue porque poseyeron la tierra que ocuparon, si algún sentido tiene el artículo 1º de la ley 200 de 1936.

7.—Coinciden los testigos en afirmar que la susodicha parcela viene siendo poseída por los antecesores de la demandada y por ésta, unos quince años antes de la época de sus declaraciones (1956), esto es, más o menos a partir de 1940 o 1941, lo cual concuerda con la titulación de la misma litigante, que comprende, a partir de 1942, las escrituras Nos. 176 (26 de junio de 1942, notaría de La Dorada), en virtud de la cual Vidal Neira recibió, en permuta, las mejoras ubicadas en un lote de terreno de mayor extensión, precisamente demarcado; 44 (18 de enero de 1944, notaría de Honda), por medio de la cual Pedro Rueda y Antonio Rubio R. compraron las mencionadas mejoras a Neira, ubicadas en terreno también delimitado; 136 (febrero 24 de 1948, notaría de Honda), en la que se hizo constar la división material que estos adquirentes hicieron de las mismas mejoras, según las respectivas alinderaciones; y 1276 (diciembre 22 de 1952, notaría de Honda), que contiene la compra que hizo la demandada, de las mejoras de la misma parcela recibida por Antonio Rubio R. en la dicha partición, mejoras en cuya posesión la sorprendió la demanda con que principió este litigio.

Los testimonios expresados, especialmente los dos primeros, unidos a las escrituras dichas, prueban en mi concepto, de manera satisfactoria, la posesión de las mejoras en referencia, a contar de 1942. Esto para mí no admite duda. La sentencia llega a la conclusión contraria, fundándose sólo en los testimonios, que encuentra deficientes. Respeto estimación tan autorizada; pero omite la H. Sala la prueba indiciaria que resulta de los varios instrumentos públicos, en cuanto demuestran que las mejoras existían en esos años; que no se trataba de mejoras ficticias; que fueron ejecutadas por sus sucesivos titulares, lo cual constituye una posesión material económica irrefragable; que cada tradente se declara dueño y poseedor de ellas al enajenarlas, y que la última adquirente las venía poseyendo desde 1952 hasta la notificación de la demanda. A veces se exige una prueba excesiva al tratarse de demostrar la posesión frente a las inscripciones. Rezagos de la posesión inscrita, colmada de privilegios contrarios a la realidad de la vida y que aplicada en su aberrante literalidad contribuyó en no poca proporción a crear los problemas de la tierra que ahora agobian al país.

8.—La demandada ha unido a su posesión exclusiva la de sus antecesores, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 778 y 2521 del C. C.; de manera que habiéndose dado por notificada de la demanda el 30 de septiembre de 1955, llevaba ya de posesión exclusiva el tiempo posterior al 22 de diciembre de 1952, en que compró a Rubio R., de modo que el lapso requerido para la usucapión agraria lo completa a poco con la posesión del mismo Rubio R.

9.—Es verdad que en la copia de la escritura Nº 136 de 24 de febrero de 1948, de la notaría de Honda (f. 26 v. C. 3º), no aparece certificada la correspondiente inscripción. Por este instrumento Antonio Rubio R. y Pedro Rueda partieron las mejoras que habían comprado a Vidal Neira;

el lote de ellas, debidamente determinado por sus linderos, que correspondió a Rubio R., fue enajenado por éste a Isabel Romero de Leyton por la citada escritura Nº 1276, de 22 de diciembre de 1952, de la notaría de Honda. Lo cual, no habiendo sido registrada dicha escritura, cuando más probaría que en 1948, habiendo seguido Rubio poseyendo de hecho, no ya en común con Rueda la totalidad del lote, sino en particular la porción que le fue atribuida en la partición, inició Rubio en ese momento una posesión exclusiva sobre su propia parcela de mejoras, la misma que le traspasó en venta a Isabel Romero de Leyton en diciembre de 1952, y esta posesión así iniciada es la que sirve a la demandada para completar el tiempo requerido para prescribir con usucapión de cinco años. Rubio comenzó a poseer entonces exclusivamente la parcela que le fue atribuida en la partición; de modo que entró a ocupar este cuerpo cierto, convencido de que era tierra baldía, iniciándose así la posesión que ahora junta la demandada a la suya propia para completar el lapso de la usucapión agraria, cuyo funcionamiento no exige otro título que el propio texto que la instituye.

Segundo

La presunción de buena fe protege al usucapiente agrario

A)

Dice el artículo 12 de la ley 200 de 1936:

"Establécese una prescripción adquisitiva del dominio en favor de quien, creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías, posea en los términos del artículo 1º de esta ley, durante cinco años continuos, terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación ni comprendidos dentro de las reservas de la explotación, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo artículo. Para los efectos indicados, no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado por cerramientos artificiales, o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular".

10.—Esta disposición puede descomponerse así:

1º.—Se trata de una prescripción **especial** para las tierras rurales, sin que hayan quedado por ello eliminadas las prescripciones de derecho común, ordinaria y extraordinaria.

2º.—Requiere **posesión** con **explotación económica**, tal como lo contempla el artículo 1º de la misma ley, por el término de cinco años continuos y comprende el terreno así poseído, sin afectar las zonas de reserva a que provee la misma disposición.

3º.—Se **interrumpe** en favor de los absolutamente incapaces y de los menores adultos, y por ser prescripción especial, no se suspende en favor de los incapaces, ni el tiempo se duplica entre ausentes, como sí sucede con la ordinaria.

4º.—Esta prescripción no requiere inicialmente **título** distinto de la misma ley que la consagra (artículo 12 Ley 200); sin embargo, pueden alegarse títulos traslaticios o por causa de muerte, de unos a otros poseedores.

5º.—En cuanto a **buena fe**, se presume, según el ordenamiento general del artículo 769 del C. C. y el especial del artículo 12: "... no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado por cerramientos artificiales, o existen en él señales inequívocas de propiedad de las cuales aparezca que es propiedad particular".

B)

11.—Según el fallo, el **poseedor** que alega la prescripción del artículo 12 de la ley 200, debe probar:

a) que ha poseído en forma quieta y pacífica durante cinco años continuos;

b) que ha realizado la posesión con explotación económica, mediante trabajos agrícolas, industriales o pecuarios;

c) que haya tenido de buena fe la creencia de tratarse de terrenos baldíos;

d) que el terreno era inculto o carecía de explotación económica al iniciarse la posesión; y,

e) que no había en él cerramientos artificiales ni otros signos inequívocos de tratarse de dominio privado.

En una palabra, que la buena fe del poseedor debe estar exenta de culpa, o sea que se trata de una buena fe cualificada que le impone la carga de probar los mencionados factores y con ellos el error excusable de su creencia sobre la calidad de baldío del terreno, de modo que sin la prueba de todo ello "no es admisible la posesión de buena fe en esta materia de prescripción agraria".

12.—Considero que los hechos mencionados en los puntos a), b) y c) debe acreditarlos el poseedor para que opere la presunción legal de buena

fe. Quien está amparado con una presunción debe probar los hechos en que ésta descansa (artículo 661 C. J.). La exigencia de los demás hechos, dicho sea con toda consideración hacia mis honorables colegas, es contraria a los antecedentes del precepto, a la técnica de la presunción consagrada y a la finalidad de la usucapión agraria.

C)

Conviene rastrear un poco en los antecedentes del artículo 12.

13.—Sabido es que tres proyectos de ley sobre los problemas de la tierra presentó el gobierno a las cámaras legislativas, en 1933, 1935 y 1936.

En el primero figuró esta fórmula:

"Artículo 4º. Establécese una prescripción adquisitiva de dominio a favor de quien posea, cultivándolo o explotándolo comercialmente con ánimo de señor y dueño por un lapso no menor de cinco años, un terreno de propiedad privada inculto o no explotado comercialmente en el momento de iniciarse la ocupación, siempre que el globo general del cual forme parte el terreno poseído no esté ni haya estado alinderado por límites arcifinios conocidos y precisos o por cercas artificiales.

"Esta prescripción no cubre sino el terreno aprovechado o cultivado con trabajos agrícolas industriales o pecuarios que se hayan poseído sin interrupción civil o material durante los cinco años".

En el segundo, la siguiente:

"Artículo 12.—Establécese una prescripción adquisitiva del dominio a favor de quien posea, cultivándolo o explotándolo, por un lapso no menor de cinco años, un terreno de propiedad privada inculto o no explotado en el momento de iniciarse la ocupación.

"Esta prescripción no cubre sino el terreno aprovechado o cultivado con trabajos agrícolas, industriales o pecuniarios que se haya poseído durante los cinco años, en los términos del artículo 981 del Código Civil".

En el tercero ésta:

"Artículo 11.—Establécese una prescripción adquisitiva a favor de quien, creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías, posea, en los términos del artículo 1º de esta ley, y durante cinco años continuos, terrenos de propiedad privada no explotados en la época de la ocupación por su dueño de acuerdo con lo dispuesto en el mismo artículo.

"Cuando los propietarios del terreno sean absolutamente incapaces, y lo hayan adquirido a título de herencia o legado, el plazo de que trata este artículo sólo se contará desde que cese la incapacidad".

Entre las varias fórmulas sustitutivas, figura la siguiente, introducida en el Senado:

"Artículo 11.—Establécese una prescripción adquisitiva del dominio en favor de quien, creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías, posea en los términos del artículo 1º de esta ley, con posterioridad a la fecha de su vigencia y durante cinco años continuos, terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación ni comprendidos dentro de las reservas de la explotación de acuerdo con lo dispuesto en el mismo artículo. Para los efectos indicados, no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado por cerramientos artificiales, o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular".

La Comisión de la Cámara que estudió para segundo debate esta fórmula, se mostró contraria a ella:

"La modificación propuesta consiste en un cambio de redacción para la primera parte del inciso primero, en una adición al mismo y en la supresión del segundo inciso aprobado por la Honorable Cámara. Esta comisión acepta el cambio de redacción propuesto por la Comisión del Honorable Senado, excepción hecha de la frase 'con posterioridad a la fecha de la vigencia', por las razones expuestas al comentar el artículo 6º.

"Respecto a la adición propuesta por la Comisión del Honorable Senado, esta Comisión no la encuentra aceptable, por cuanto ella viene a proteger el acaparamiento de terrenos incultos, sustrayéndolos por tiempo más o menos largo a una explotación económica". (Subraya el suscrito).

14. Sin duda, la mejor fórmula de los tres proyectos originales, es la del presentado en 1935, porque se limita a consagrar la usucapión de cinco años, a base de explotación económica por parte del poseedor, en terrenos incultos de propiedad privada. Era la forma de enfrentar al propietario de extensas áreas incultas, en espera de la valorización por el trabajo ajeno, con el colono, desposeído de la tierra, con la garantía en favor del primero, de contar con cinco años para darse cuenta de las labores del último e in-

terrumpir la prescripción. Propietario que no se percate en ese lapso de la ocupación de su propiedad, es porque carece de toda explotación en ella, porque la tiene abandonada, porque no la posee, en una palabra, y si deja discurrir ese tiempo, sin ejercer las acciones legales, la prescripción resulta apenas una sanción a él por su abandono, y una recompensa al poseedor, por su trabajo.

A dicha fórmula, el proyecto de 1936 le introdujo el factor de la buena fe en el poseedor, consistente en la creencia de éste de tratarse de tierras baldías; y la fórmula definitiva del Senado le agregó lo referente a los hechos contrarios a la presunción de buena fe: "Para los efectos indicados, no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado con cerramientos artificiales, o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular".

La Comisión que en la Cámara estudió dicho texto, tachó esta última parte, por considerarla, con razón, propicia al acaparamiento de tierras, ya que basta con que un terreno "esté o haya estado" cercado para tener la posesión de él, contra lo que el mismo artículo 1º de la ley 200 prescribe al excluir los cerramientos del concepto de posesión económica; o que existan señales, así sean antiguas, que indiquen que puede haber un titular inscrito, cuya inercia calculada es digna de mover la protección de la ley.

15.—La sentencia de que me he separado sostiene que el poseedor debe probar su buena fe y que ésta es una buena fe cualificada. No lo he creído así. Es al propietario a quien corresponde, como ocurre en la prescripción ordinaria, demostrar la mala fe del usucapiente. Si la buena fe se presume, de acuerdo con el artículo 769 del C. C., el artículo 12 de la ley 200 no puede hacer excepción a esta regla de derecho natural y social. Y si se presume en el poseedor, mal se hace en cargar sobre él la obligación de probar su propia buena fe.

16.—No de ahora sino de años atrás sostuve esta interpretación en mis conferencias de Derecho Civil, Curso Segundo (Bienes), como aparece de estos párrafos:

"2º Posesión de buena fe

"Esta usucapión requiere buena fe en el poseedor. Se asemeja así a la prescripción ordinaria de derecho común, y se separa de la extraordinaria, en que puede faltar en ésta realmente, amparado el poseedor con la presunción de derecho. En lo relativo a la que exige el artículo 12, el precepto dice: '...creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías'. De esta suerte, la buena fe en referencia consiste en el convencimiento que el colono debe tener de que se establece en tierras baldías, es decir, sobre las cuales no hay propiedad privada.

"El mismo artículo agrega que 'para los efectos indicados no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado marcado con cerramientos artificiales, o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular'. Al exigir esta usucapión la expresada creencia de que se trate de tierras baldías, la ley no la ha hecho posible sino en aquellas tierras que, por lejanas o ignoradas de sus propietarios, carezcan de todo indicio de dominio ajeno: ni un sembrado, ni una casa, ni siquiera una cerca o una ruina. Diríase que así quedó plasmada la defensa del latifundista, al que sólo se le demanda el cerramiento para que la usucapión especial sea imposible en favor del colono. Este tiene que marchar hacia la extensión territorial que por vasta o apartada, no tiene cercas, y de acuerdo con los hechos que desvirtúan la presunción de buena fe, según el mismo artículo, la explotación de una pequeña estancia, no podría basar la usucapión, si el latifundio está cercado, porque el cerramiento contiene el atributo de demostrar dominio privado y de atajar, por tanto, todo intento de prescripción.

"No se alcanza a ver la finalidad social de esta usucapión que comienza por exigir lo que los clásicos presumieron de derecho para la extraordinaria, quedando circunscrita a las tierras en donde no haya rastro de propiedad particular.

"El cerramiento del globo general impide automáticamente la prescripción de una pequeña parcela. El latifundista está seguro de la conservación de sus terrenos inexplotados, con sólo señalar sus linderos con una mala cerca, la indispensable del caso, porque cualquiera que sea cumple el encargo de demostrar que hay allí dominio particular. Para el legislador de 1936, para el del artículo 739 del Código y todavía más para el de 1944 (Ley 100), el latifundista fue cosa sagrada. A cambio de rebajar la ley 200 el lapso requerido, a cinco años, exigió tales condiciones, que la prescripción es poco menos que imposible

de modo que, puede decirse, es más fácil prescribir con el Código Civil en veinte años, que con la ley de Tierras en cinco.

"Se presume la buena fe, de acuerdo con la norma general del artículo 769 y la especial del artículo 12 de la ley al decir: 'Para los efectos indicados, no se presume la buena fe...' Ampara, pues al colono con explotación económica, la presunción expresada, y debe, por tanto, reputársele poseedor de buena fe. Esta presunción es legal, porque el propio artículo 12 señala los hechos que la desvirtúan: el cerramiento artificial del globo general, dentro del cual se halle la zona poseída, y otras señales inequívocas de tratarse de propiedad privada.

"Con respecto a lo primero, la ley dice: 'Para los efectos indicados, no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído, está o ha estado demarcado con cerramientos artificiales'. No es afortunada en el campo de la técnica, la expresión 'no se presume la buena fe', porque la presunción legal es la de la buena fe: lo demás, sencillamente, son los hechos que desvirtúan la presunción. 'Desvirtúan la presunción de buena fe el hecho de que el globo general del cual forma parte el terreno poseído...' debió decir el precepto. Esto en cuanto a la forma. En cuanto al fondo, el legislador de 1936, en su defensa sistemática del latifundista, llegó a contemplar como hecho que desvirtuase la presunción expresada el de que el globo general esté o haya estado demarcado por cerramientos artificiales u otras señales precisas de dominio y aún huellas de haber existido en otro tiempo, hechos que serían suficientemente poderosos para destruír la presunción de buena fe.

"416.—Carga de la prueba.—Siendo presunción legal, la carga de la prueba recae sobre el interesado en desvirtuarla, de acuerdo con lo que dispone el inciso tercero del artículo 66 del Código. Así, pues, le corresponde al propietario probar que al comenzar la posesión existía o habían existido cerramientos artificiales u otras señales de dominio privado; pero, en ningún caso el colono, como erróneamente lo preceptúa el artículo 47 del Decreto Nº 69 de 1938, reglamentario de la ley 200. Al poseedor material le basta probar la posesión económica durante cinco años, posterior al día en que entró a regir la citada ley. El propietario, como interesado en desvirtuar la presunción, es quien debe probar los hechos del caso". (Conferencias citadas mimeográficas. Universidad Nacional, ed. 1960).

17.—No obstante los distintivos de la usucapión del artículo 12 de la ley 200 —que hacen de ella una mala herramienta para contribuír a la solución del grave problema de la tierra, en un país cuya extensión territorial podría albergar cómodamente diez o más veces la población presente— la sentencia suscrita ahora reitera las casaciones de 5 de febrero de 1945 (LVIII, 2017, 583), 25 de mayo de 1956 (LXXII, 2167, 585) y 17 y 20 de junio de 1958 (LXXXVIII, 2198, 181 y 195), cuya doctrina hace más ineficaz y más inoperante la usucapión en referencia.

18.—Comparada dicha usucapión, tal como está concebida en la ley, con la extraordinaria de derecho común, resulta inferior a ésta, y como la concibe la jurisprudencia referida, linda con lo imposible.

Mientras el artículo 2531 del C. C., que estatuye la usucapión extraordinaria, presume de derecho la buena fe del poseedor, el artículo 12 de la ley 200, la presume legalmente. Esto es: mientras aquel texto le prohibe al propietario que demuestre la mala fe en el usucapiente extraordinario, el artículo 12 lo admite al dueño de la tierra rural. Lo que significa que al paso que el artículo 2531 sanciona al propietario que se cruza de brazos, negándole el derecho a probar mala fe en el poseedor, el artículo 12 lo premia recibiéndole esa prueba.

Tal inferioridad de la prescripción comparada con la extraordinaria, viene en aumento según la citada doctrina, porque a la facultad que le otorga al propietario el artículo 12, para probar mala fe al poseedor, ya que la presunción de la buena fe es legal, le ha exigido al poseedor —repito— la prueba de su buena fe, o lo que es lo mismo, ha desplazado esa carga del propietario —llamado a desvirtuar la presunción— al poseedor, favorecido con ella.

Y ha logrado asimismo la mencionada doctrina hacer de la prescripción agraria, un medio de adquisición del dominio también inferior a la usucapión ordinaria de derecho común, porque en ésta la buena fe se presume legalmente y el propietario debe acreditar, por tanto, la mala fe del prescribiente, si quiere desvirtuar la presunción, al paso que la doctrina le exige al poseedor económico de la tierra que pruebe su buena fe.

Por todo esto, la expresada prescripción no ha desempeñado papel alguno en pro de la posesión económica de la tierra.

19.—Ha habido una confusión palmaria: lo que en el artículo 12 indica qué hechos desvirtúan la presunción de buena fe, implica para la sentencia el traslado de la carga de la prueba, del propietario, interesado en destruir la presunción, al poseedor, amparado con ella. El Senado, al proponer la adición aludida no intentó jamás invertir esa carga: no hay una sola prueba que demuestre lo contrario.

La adición dice:

"Para los efectos indicados, no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado por cerramientos artificiales, o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular".

El Senado, en su afán de defender por sobre todo al propietario inscrito, hizo nugatoria la usucapión en un noventa y nueve por ciento de los casos, y la prescripción, por tanto, no funciona: a) en aquellos terrenos cerrados con cercas artificiales (como si éstas demostrasen posesión económica de la tierra); y b) en aquellos donde haya señales inequívocas de propiedad privada.

La modificación tuvo esa finalidad: que tal prescripción no se aplicara a tierras cercadas o en las cuales hubiera demostraciones irrefragables de dominio privado. Mas, no que el poseedor tuviera que probar otros hechos distintos al de su posesión económica. El artículo 762 del C. C. enseña que al poseedor se le reputa dueño mientras no se le pruebe lo contrario; pero, al poseedor del artículo 12, según la sentencia, no se le reputa dueño, con base en su posesión económica, si él no prueba, además: a) el **hecho negativo** de que el globo general de que hace parte su parcela "no está o ha estado" demarcado con cercas artificiales; b) el hecho, **también negativo** de que no había explotación económica cuando se inició la ocupación; y c) que tampoco había otra señal, también **hecho negativo**, de que se trataba de propiedad particular.

20.—En lo que se ha escrito sobre la ley 200 no he encontrado nada sobre este particular. Sólo las siguientes palabras de una importante Tesis de grado: "Por manera que en este caso, no existiendo la prueba documental, el **interesado** podrá acreditar la mala fe del ocupante **por medio de la prueba testimonial o bien valiéndose de indicios.**

"Cuanto a las señales de dominio **privado, está** muy bien que sean inequívocas. Es el único medio de imposibilitar al ocupante para demostrar que, a pesar de esas señales, en su ánimo no existió la plena conciencia de haber ocupado la cosa lícitamente, sin ningún vicio. **Mas todavía, por este medio se pone a cubierto la buena fe del ocupante.** Si el legislador no hubiera dicho nada sobre este particular, bastaría con que el **interesado en desvirtuar la buena fe presentara testimonio sobre la existencia de señales equívocas para echar por tierra, sin fundamento verdadero, la justa prescripción del colono.**

"En relación con estos **requisitos relativos a la** buena fe del ocupante y a las señales inequívocas de dominio particular, el artículo 47 del Decreto reglamentario de la ley sobre Régimen de Tierras, sienta importantes disposiciones, algunas de las cuales, en concepto nuestro **no sólo desvirtúan el espíritu de la reforma sino que están en desacuerdo con los principios generales de derecho sobre la materia,** anomalía ésta que nos confirma en nuestra idea de que el tal decreto no fue redactado en todas sus partes por unos mismos juristas". (**Guillermo Fonnegra Sierra.** "Los Fundamentos de la Ley sobre Régimen de Tierras", 1938). (Subraya el suscrito).

El Decreto reglamentario de la ley 200, a que se refiere el aparte anterior, es sin duda contrario a la ley, porque no es cosa de reglamento invertir la carga de la prueba, contra lo que dispone el art. 561 del C. J.; y a la Constitución porque adquirida la propiedad de la tierra rural por el usucapiente, mediante la posesión económica, quieta y pacífica de cinco años, se vulnera ese derecho adquirido al imponerle la carga de una prueba que implica el desconocimiento de ese mismo derecho.

En estos términos, por lo demás, queda rectificado, por parte del suscrito, la doctrina opuesta que expone la casación de mayo 25 de 1956 (LXXII, 2167, 585), firmada por quien formula el presente salvamento.

Tercero

Sintetizo así lo anterior:

19.—Al permitir el artículo 12 de la ley 200 de 1936 que el titular inscrito pueda desvirtuar la presunción de buena fe del poseedor, instituyó una prescripción inferior a la extraordinaria, en

la cual esa desvirtuación no es permitida. (Artículo 2531 C. C.).

2º.—Al permitirla en la prescripción agraria mediante la prueba de hechos demostrativos de propiedad privada o de cerramiento artificial del globo general, la referida usucapión es prácticamente inoperante, y desde luego contraria a los fines de la posesión a la función social de la propiedad y a los objetivos de una ley agraria.

3º.—Al decir la doctrina que ahora reitera la Corte, que al poseedor corresponde probar, fuera de su posesión económica, quieta y pacífica de cinco años continuos, los hechos negativos de que a la época de la ocupación no había en la misma parcela ninguna explotación económica, que el terreno general no se hallaba demarcado con cercas artificiales y que no había signo alguno de dominio privado, se le impone al poseedor la carga de la prueba de su buena fe, cuando está protegido con la presunción de la misma, según los artículos 769 del C. C. y 12 de la ley 200, lo cual acentúa la inoperancia de la usucapión en referencia.

4º.—Al titular inscrito, si quiere desvirtuar la presunción y frustrar en consecuencia la usucapión, concierne establecer los hechos positivos contrarios, de haber existido explotación económica, cerramiento general artificial, o un hecho cualesquiera que sea señal inequívoca de propiedad particular.

5º.—No hay una sola prueba, en los antecedentes de la ley, de que el legislador de 1936 se hubiese propuesto invertir la carga de la prueba, y no determinar simplemente algunos de los hechos que permitiesen al propietario desvirtuar la presunción de buena fe del poseedor. Era lo jurídico, lo social y lo humano.

6º.—Acreditada en el caso de autos, la posesión económica de la demandada, por el lapso de cinco años no interrumpidos, sin que de parte del titular inscrito se hubiera probado que cuando se inició la ocupación tenía allí una explotación económica, o que el fundo de "El Horizonte" se hallaba cerrado artificialmente, o que existían señales demostrativas de que se trataba de tierras de dominio privado, era el caso de reconocer la usucapión alegada.

Fecha, ut-supra.

José J. Gómez E.

ERRORES DE HECHO EN LA SENTENCIA ACUSADA, POR MEDIO DE LA CUAL Y EN RELACION CON UNOS PREDIOS RURALES, SE RESOLVIERON EN CONTRA DE LOS DEMANDADOS LAS ACCIONES DE DECLARACION DE DOMINIO Y RESTITUCION

1.—La singularización o identidad de los bienes, elemento integrante e indispensable para la prosperidad de la acción reivindicatoria, consiste en comprobar que los descritos en la demanda y de los cuales tratan los títulos de dominio presentados por el actor, corresponden a los que poseen el demandado o demandados. Y, en tratándose de bienes inmuebles, la manera de singularizarlos para su debida y fácil identificación, es expresar en la demanda los linderos que los distinguen de los otros. Así se deduce del artículo 205 del C. J. que, en relación con lo que se demanda, dispone expresar con claridad y precisión los hechos. Y más concretamente, del 222 ibidem que dice: 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.

2.-Por cuanto en la diligencia de inspección ocular no consta que el personal actuante hubiera recorrido los límites de los terrenos sobre que versa la acción de declaración de dominio, para compararlos con los expresados en la demanda y títulos de propiedad; ni tampoco que se hubiera hecho lo mismo con la finca de la parte demandante, de la cual, según reza la demanda, hacen parte aquellos terrenos, es indiscutible que el fallador incurrió en evidente error de hecho al aceptar como demostrada la identidad de dichos bienes, basado en un medio probatorio que evidentemente no la establece.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, abril seis de mil novecientos sesenta y uno.

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

La Sociedad, Haciendas Puerto César Limitada, demandó por medio de apoderado ante el Juzgado del Circuito de Turbo a Teresa Cárdenas de Gil, Eduardo Henao Abad y Rubén Gil González para que "se declare lo siguiente":

"1º.—Que, por estar comprendidos dentro del perímetro de las fincas denominadas La Patria, Barrocolorado y Tío Gil, el dominio y propiedad de los terrenos adjudicados bajo los nombres de Las Fuentes, Los Almendros y La Teresita, conforme a la determinación que de ellos se hace en las resoluciones números 99, 100 y 101 de 1952, emanadas del Ministerio de Agricultura y por los linderos que en las mismas resoluciones se expresan, pertenece a Haciendas Puerto César Limitada.

"2º.—Que igualmente pertenece el dominio y propiedad de la sociedad que represento, el lote de terreno en que los demandados han puesto mejoras, que poseen en común, lote que se determina bajo el hecho 5º de esta demanda, por estar en zona comprendida dentro de las fincas de propiedad de Haciendas Puerto César Limitada, llamadas La Patria, Barrocolorado y Tío Gil.

"3º—Que los demandados están obligados a restituir dentro del término que usted señale a la sociedad que represento, la zona de terreno que vienen ocupando y en la cual poseen las mejoras enunciadas en el punto 5º de la demanda, lote determinado como allí se expresa.

"4º.—Subsidiariamente a la petición primera, que no son inoponibles al dominio radicado en la sociedad Haciendas Puerto César Limitada, sobre las fincas La Patria, Barrocolorado y Tío Gil, las adjudicaciones hechas a favor de los demandados según las resoluciones 89, 100 y 101 de 1952.

"5º—Que los demandados sean condenados a pagar las costas de este juicio y los frutos a partir de la notificación de esta demanda".

Los hechos de que se derivan las súplicas, son en resumen:

1º.—La sociedad actora es dueña por aporte de sus fundadores de las fincas ubicadas en el Distrito de Turbo, denominadas, la una, La Patria y Barrocolorado y Tío Gil, la otra, determinadas separadamente por los siguientes linderos:

"La Patria, con una superficie aproximada de 4.945 hectáreas, linda: Partiendo de la boca del río Currulao, por toda la playa en dirección Norte con diez y ocho grados (18º), al Este, mil doscientos cincuenta (1.250) de este punto, línea recta en dirección de Oeste a Este, cinco mil doscientos metros (5.200). Esta línea pasa desde la orilla de la playa por pantanos a cada lado, con cincuenta (50) metros de ancho que hacen la longitud de cincuenta y dos (52) hectáreas, para el camino de hierro, de aquí en línea recta hacia el Norte, que mide cuatro mil seiscientos metros (4.600) y que cruza la quebrada Arenas y el camino para Turbo: de aquí en línea recta hacia el Este que mide tres mil cuatrocientos siete metros y cuatrocientos setenta y un milímetros (3.407.471) después en línea recta en dirección sur once grados (11º) al Oeste, dos mil ciento cuarenta y ocho metros (2.148) de este punto en línea recta hacia el este, seis mil ochocientos noventa y nueve metros (6.899) y cruza aguas Prietas, quebrada Arena y una ciénaga pantanosa, de aquí en línea recta al Sur, cinco mil metros (5.000) cruzando el río Currulao y las quebradas Coravatio y Congo; de aquí en línea recta al Oeste, de tres mil seiscientos metros (3.600) que cruza el río Currulao; de este punto hacia Norte, línea recta quince grados (15º) al Oeste, que mide mil doscientos metros (1.200) y es colindante con Nazir T. Yabur; de aquí en dirección Sur, setenta grados (70º) al Oeste, midiendo tres mil trescientos noventa metros (3.390) y cruza el camino para Turbo y colinda con Nazir T. Yabur al lado Sur; de este punto línea recta en dirección Oeste hasta medir quinientos metros (500) de aquí en línea recta en dirección Norte sesenta y dos grados (62º) al Oeste, que mide dos mil quinientos sesenta metros (2.560) y cruzando el Curruladito, después una línea recta en dirección Norte que mide mil trescientos metros (1.300) y cruzando un brazo del río Currulao, queda cerrada la figura. Barrocolorado y Tío Gil, de una extensión superficiaria aproximada de trescientas veintiuna hectáreas (321) linda: Partiendo del Punto A. en la margen de la quebrada Arena, en línea recta con rumbo Sur, sesenta grados (60º) Este y dos kilómetros veinticinco metros (2.025) se llega al punto B.; partiendo de este punto en línea recta con rumbo N. veintiocho grados treinta minutos (28º30') Este y un kilómetro novecientos veinte metros (1.920) se llega al punto C; partiendo de este punto en línea recta, con rumbo Norte, sesenta y un grados (61º) O. y cuatrocientos cincuenta metros (450) se llega al punto D. en la quebrada Arena; de este punto con rumbo Sur, ochenta y cinco grados (85º) O. siguiendo por toda la margen izquierda de la quebrada Aruna aguas abajo y con un kilómetro diez y seis metros (1.016) se encuentra el punto E.; de este punto con rumbo Norte veinte grados (20º) Oeste y siguiendo siempre las vueltas de la quebrada, aguas abajo con setecientos treinta y un metros (731) se llega al punto F.; de este punto con rumbo Sur cuarenta grados y treinta minutos (40º30') Oeste y siguiendo las vueltas de la quebrada, aguas abajo y dos kilómetros doscientos ochenta y cuatro metros (2.284) se llega al punto A, punto de partida.

2º Los socios de Haciendas Puerto César Limitada adquirieron estos inmuebles así: El cincuenta y cinco por ciento (55%), en común, por compra al Fondo de Estabilización según escritura 2434 de 1955, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá, y el cuarenta y cinco por ciento (45%) restante, también por compra de Couison & Cía. a Enrique y Vicente Yabur Calle, conforme a la escritura 1027, pasada en la Notaría Segunda de Cartagena el 10 de septiembre de 1954, y a Tanios Yabur al tenor del instrumento 3720, autorizado el 31 de agosto de 1954 por el Notario Tercero de Medellín.

3º La finca La Patria había sido adjudicada por el Gobierno Nacional, como terreno baldío que era, según resolución de 13 de junio de 1911, a la entidad Consorcio Albingia de Hamburgo, y la de Barrocolorado y Tío Gil, a Nazir T. Yabur,

según resolución de 14 de junio de 1912. Estos títulos fueron debidamente registrados.

4º.—La Sociedad Hamburgo Columbien Bananem Actien Gesellschaft, sucesora de Consorcio Alhingia, y Nazir T. Yabur, por escritura 2204 de 16 de octubre de 1923, extendida en la Notaría primera de Bogotá, transaron un litigio existente entre ellos y declararon que las fincas mencionadas quedaban en común, así: una cuota del cincuenta y cinco por ciento (55%) para la Sociedad Alemana, y una del cuarenta y cinco por ciento (45%) para Yabur en cada uno de los dos inmuebles.

5º.—Teresa Cárdenas de Gil, Eduardo Henao Abad y Rubén Gil González vienen ocupando una zona de terreno dentro de las fincas de propiedad de la sociedad demandante, "localizada al Sur de la quebrada Barrocolorado, al lado y lado de la carretera al mar, entre los kilómetros 23-145 a 24-565 de dicha carretera abscisado partiendo de la Punta de Las Vacas, posesión que se concreta en unas mejoras consistentes en una casa pajiza, aproximadamente veinte hectáreas de pasto yaragua Uribe, tres hectáreas, aproximadamente, en rastrojo y doce hectáreas aproximadamente, plantadas de maíz y arroz".

6º "La posesión de los demandados es en común entre ellos, como una zona continua, bajo una sola administración y proviene de que ellos obtuvieron del Gobierno la adjudicación "de tres lotes calificados de baldíos así: Rubén Gil González, el denominado Las Fuentes, Eduardo Henao Abad, el llamado Los Almendros y Teresa Cárdenas de Gil, el denominado La Teresita. Según determinación de tales adjudicaciones, los tres lotes están comprendidos dentro de las fincas de La Patria, Barrocolorado y Tío Gil" como lo está la posesión o mejoras que los demandados tienen en común iniciada a consecuencia de la expedición de los tales títulos", que acompaña en copia.

7º.—"La zona de mejoras que los demandados ocupan, y que se determina bajo el hecho quinto de la demanda, no corresponde exactamente en su determinación a los tres mencionados lotes, pues dicha ocupación en común, parece comprender solo el llamado Las Fuentes y una extensión mayor que no corresponde a la ubicación de los otros dos, pero como ya he dicho a ese título lo ocupan".

8º.—Las adjudicaciones de los tres lotes, que lo fueron por las resoluciones 99, 100 y 101 de junio 3, las dos primeras, y de julio 3 la última, todas de 1952, no son títulos oponibles al de la parte actora, porque "fueron otorgados como adjudicación de baldíos sobre tierras que ya eran tituladas legalmente". Se hallan viciados de nulidad, dado que fueron expedidos con violación de diversas disposiciones legales, citadas en el libelo.

9º.—En cuanto al título de dominio de la sociedad demandante "es pleno, no ha perdido en modo alguno su eficacia legal, ya que por resolución 143 de 11 de agosto de 1933, procedente del Ministerio de Industrias, se declaró extinguida la condición resolutoria que pesaba sobre la adjudicación de esas tierras, por haber demostrado que se había efectuado la posesión material en la forma prevenida en la ley".

Los demandados descorrieron el traslado negando los hechos y oponiéndose a las declaraciones impetradas. Teresa Cárdenas de Gil insiste en que no tiene posesión ninguna en común ni exclusiva de "cosa reclamada por el actor". Rubén Gil expone que no tiene ocupación ninguna en común; alegan las excepciones de carencia de acción, prescripción adquisitiva del dominio conforme al artículo 12 de la ley 200 de 1936 del terreno Las Fuentes, el primero, y Los Almendros, el segundo, en razón de una posesión de más de diez años; y extinción del derecho de dominio a favor de la Nación por no haberse ejercido posesión material en los predios rurales que dice el demandante le pertenecen.

El Juzgado del Circuito en sentencia de veintisiete de agosto de mil novecientos cincuenta y seis, negó las declaraciones solicitadas, absolvió a los demandados y condenó en costas a la parte demandante.

La apelación en que acudió ésta, la desató el Tribunal Superior de Medellín por fallo de ocho de agosto de 1957, en que resolvió:

"1º.—Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

"2º.—Los terrenos denominados "Las Fuentes", "Los Almendros" y "La Teresita", adjudicados en calidad de baldíos a los demandados, están comprendidos dentro del perímetro de las fincas "La Patria, "Barrocolorado y Tío Gil", de propiedad de la sociedad "Haciendas Puerto César Limitada" y pertenecen por tanto, a dicha sociedad;

"3º.—Pertenece también a la sociedad "Haciéndas Puerto César Limitada" el lote de terreno que los demandados doctor Rubén Gil González y don Eduardo Henao Abad poseen y han mejorado en común localizado al Sur de la quebrada de Barrocolorado, al lado y lado de la carretera al mar, entre los kilómetros 23.615 a 24.565 de dicha carretera abscisado partiendo de "La Punta de las Vacas", y están en la obligación de restituírselo a la sociedad demandante;

"4º.—Como la señora Teresa Cárdenas de Gil, también demandada, acreditó que el lote de terreno denominado "La Teresita" lo enajenó al señor Henao Abad, quien a su vez lo transfirió al doctor Gil González, y que no posee porción de terreno alguna comprendida dentro de las fincas "La Patria" y "Barrocolorado y Tío Gil", no es el caso de hacer y no se hacen, contra ella, las declaraciones deprecadas en el libelo;

"5º.—Como poseedores de buena fe, los demandados doctor Gil González y Henao Abad, sólo responden de los frutos civiles de los terrenos que ocupan a partir de la contestación de la demanda. Tienen derecho estos demandados a que se les pague el valor de las mejoras implantadas con anterioridad a la contestación del libelo y que existan al hacerse efectivo el fallo. Para precisar el valor de las mejoras, se procederá por los trámites del artículo 553 del C. Judicial;

"6º.—No se hacen las demás declaraciones solicitadas".

La motivación del Tribunal radica en que, ejercitándose la acción reivindicatoria de dominio, la titulación presentada por la sociedad actora es anterior a la de los demandados y prevalece sobre ésta; en que con la inspección ocular y el dictamen de los peritos se establecieron la identidad de los inmuebles reclamados y la posesión de los mismos por la parte demandada.

Los demandados interpusieron contra la decisión del Tribunal el recurso extraordinario de casación, que la Corte procede a decidir, toda vez que su tramitación se halla agotada.

DEMANDA DE CASACION:

Fundados en la causal 1ª del artículo 520 del C. Judicial los recurrentes le formulan seis cargos a la sentencia, así: el primero por error de hecho en la apreciación de la demanda en cuanto en ésta no se enunciaron los linderos de los cuatro inmuebles reclamados. El segundo por error de hecho en la apreciación de la inspección ocular y el dictamen pericial practicado para establecer la identidad de los mismos bienes. El tercero, por error de hecho en la apreciación de los mismos medios probatorios y de la declaración de Hugo Henao acerca de la posesión de los predios. El cuarto por error manifiesto de hecho consistente en no haber tenido en cuenta, o haber apreciado mal la resolución número 71 de 1º de febrero de 1955, debidamente registrada, por medio de la cual el Ministerio de Agricultura declaró extinguida la condición resolutoria del dominio de los terrenos adjudicados a Henao y Abad y se hace constar también la presunción de haber sido baldíos. El quinto por error evidente de hecho en cuanto el Tribunal consideró que la Resolución Nº 143 de 11 de agosto de 1932, mediante la cual el Ministerio de Industrias declaró extinguida la condición resolutoria que afectaba el dominio del terreno denominado La Patria, adjudicando al Consorcio Albingia por el Ministerio de Obras Públicas el 13 de junio de 1911, también establecía la misma presunción de derecho. Y el último, para el caso de que sí haya apreciado el juzgador la resolución número 71 de 1955, por haber incurrido entonces en error de derecho, puesto que no dio a la indicada presunción todo el alcance que la ciencia probatoria y la ley le asignan a este medio de certeza.

Obedeciendo a lo preceptuado en el artículo 538 del C. J. se considera el segundo cargo.

Resumiéndolo, está expuesto en los siguientes términos:

Error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas concernientes a la singularización e identificación tanto del terreno que se dice ocupan o poseen los demandados, como de los lotes La Teresita, Los Almendros y Las Fuentes, adjudicados a ellos como baldíos.

Se refiere el recurrente a la transcripción que el Tribunal hace de la primera parte de la diligencia de inspección ocular, practicada en la segunda instancia, de la cual aparece que cerca de la carretera que conduce de Medellín a Turbo, a cincuenta (50) metros de la quebrada de Barrocolorado y a unos seiscientos (600) del punto donde se cruzan dicha vía y la banca por donde existió la línea férrea, construída por la compañía alemana Consorcio Albingia, está situada una casa ocupada por el doctor Rubén Gil González; que Emilio Urrego mayordomo de los demandados, tiene en sus contornos una plantación de maíz, y Antonio Moreno, otra; que se encontraron tam-

bién varias reses del Fondo Ganadero de Antioquia y sembrados de maíz y yuca pertenecientes a la sociedad demandante, varios puentes, así como también una casa pajiza de la misma, todo ello en la parte Este de la carretera; pues en la dirección Oeste, y a unos setecientos metros, halló el Tribunal una cerca de alambre que separa los predios de los demandados y los de la sociedad actora, la que, según informaciones del trabajador José Valderrama, tiene allí varias reses en un potrero de 15 hectáreas.

De esta relación confusa y contradictoria sobre la zona de mejoras a que se refiere el hecho 5º de la demanda, no puede desprenderse "la singularización e identificación de la porción territorial señalada en la demanda como la misma que el Tribunal expresa haber reconocido en el terreno, y la cual describe el acta de la diligencia, pues carece de toda base sería de afirmación al respecto hecha por la entidad falladora, desde luego que falta en absoluto el alindamiento de los predios que se dicen reconocidos e identificados. En el libelo se habla de una zona ubicada a uno y otro lado de la carretera al mar, cuya extensión es de 35 hectáreas en tanto que en el acta de inspección dejó de señalarse la superficie ocupada. Y si a la falta de alinderación se agrega la de la cabida, "es obvio que aquel terreno no está determinado ni mucho menos identificado, si se entiende por identificación la correspondencia entre los datos de la demanda y los de la realidad topográfica, como tantas veces lo ha enseñado la Corte"

El Tribunal ni siquiera reconoció por sus linderos las fincas de Barrocolorado, La Patria y Tío Gil, con lo cual resulta más el error manifiesto de dar por comprobado que la zona de terreno indicada en el hecho 5º de la demanda, está comprendido dentro del fundo de propiedad de la sociedad demandante.

El acta citada en parte alguna relata que el personal de la diligencia hubiera reconocido o recorrido los límites de tales predios, sino solamente que tuvo a la vista los planos de ellos. Tampoco consta que se hubieran comparado los límites que encierran los bienes raíces de la sociedad actora con los que expresan los planos examinados por el Tribunal. Pero aunque tal hubiera sucedido, no sería menor el yerro que afecta las conclusiones de la sentencia, ya que de tal confrontación no podía resultar la identidad de los inmuebles, dado que la permanente doctrina de la Corte rechaza de este modo la identificación, y, "en su lugar exige perentoriamente la exacta conformidad y concordancia de los elementos formales —demanda, planos y otros elementos— con la realidad material o geográfica del terreno, y fue esto precisamente lo que dejó de hacerse en la diligencia que se comenta".

Menos contribuye a identificar y localizar la zona que según el hecho 5º poseen los demandados, la declaración de Hugo Henao, el cual como antiguo administrador de las Haciendas de Puerto César Limitada, expone únicamente que en el cruce de la carretera con el antiguo ferrocarril construído por Consorcio Albingia, los demandados ocupan materialmente un lote de terreno que se halla ubicado al lado y lado de dicha vía "y su mayor extensión está hacia el Norte del cruce antes dicho hasta llegar a la quebrada de Barrocolorado".

De su parte, los peritos que asistieron a la inspección en su dictamen se refieren a la zona ocupada por los demandados "como la que partiendo del curso de la quebrada de Barrocolorado hacia el Sur avanza unos 1.750 metros por la carretera al mar, desde el punto de dicha quebrada hasta la llamada casa de zinc con una profundidad variable a cada lado de la carretera entre 650 y 1.200 metros".

Fácilmente se advierte que la descripción y localización dadas por los expertos sólo tiene de común con la del hecho 5º de la demanda el que ambas dicen que la porción de terreno cuya restitución se solicita, está al Sur de la quebrada de Barrocolorado a uno y otro lado de la carretera al mar, pero en lo demás difieren fundamentalmente, pues al paso que los peritos establecen que la ocupación tiene lugar desde aquella quebrada hacia el Sur "comprendiendo unos mil setecientos cuarenta metros por la carretera al mar desde el puente de dicha quebrada hasta la llamada casa de zinc", la demanda habla de que la zona se halla entre los kilómetros 23-415 y 24-565 de dicha carretera partiendo de "La punta de las Vacas". Además, mientras en la demanda (hecho 5º) se le da al terreno ocupado con mejoras una cabida de 35 hectáreas, el dictamen considera que tiene 85, circunstancia que acusa falta de individualización e identificación, pues ni en los hechos 5º y 7º de la demanda ni en la inspección ocular se hizo la demarcación adecuada por medio de li-

mites como era de rigor, ni se consignó "descripción o dato que en otra forma permita determinar la porción territorial reclamada".

Transcribe el parágrafo de la sentencia en el cual el Tribunal, como conclusión del capítulo sobre identificación de la cosa demandada, dice:

"El personal de la diligencia sobre el terreno, después de identificar las fincas "La Patria", "Barrocolarado y Tío Gil", y de recorrer los terrenos que actualmente poseen los demandados, llegó a la conclusión de que tanto los predios denominados "Los Almendros", "Las Fuentes" y "La Teresita" que en calidad de baldíos les adjudicaron, están comprendidos, lo mismo que las porciones de tierra en donde tienen en la actualidad algunas mejoras, dentro de los inmuebles que la sociedad "Haciendas Puerto César Limitada" reclama como propias. Los planos adjuntos a los autos fueron confrontados durante la diligencia, con la realidad física de los predios que debían identificarse y por este medio también se persuadió el personal asistente a la diligencia de que lo adjudicado y lo poseído por la parte demandada, quedo comprendido dentro de la propiedad de "Haciendas Puerto César Limitada".

Insiste sobre la equivocación del Tribunal al dar por probada la determinación e identidad de la porción o zona de mejoras relacionadas en los hechos 5º y 7º de la demanda tanto por indeterminación o falta de singularización en éstos, como en las pruebas relativas a su identificación.

Otro tanto ocurre en lo que respecta a los lotes de La Teresita, Las Fuentes y Los Almendros, sobre los cuales se formuló una petición de dominio decretada por el fallador.

A las afirmaciones del Tribunal en el parágrafo transcrito, opone el impugnador estos reparos:

1º.—En ninguna parte de la inspección ocular se recoge el hecho de haberse identificado las fincas La Patria, Barrocolorado y Tío Gil, pues para ello hubiera sido necesario reconocer sus linderos y esto no se hizo, de seguro por falta de tiempo, ya que era imposible efectuar tal trabajo sobre 5.000 hectáreas, más o menos, en un solo día.

2º.—En el acta sólo consta que el apoderado de la parte demandante presentó el plano de dicha finca: y que, teniendo en cuenta los planos de adjudicación y los informes de los vecinos, el personal de la diligencia pudo darse cuenta de los tres lotes conocidos con los nombres de La Teresita, Los Almendros y Las Fuentes. Agrega que después de considerar los planos y croquis relacionados con Haciendas Puerto César Limitada y con las adjudicaciones hechas a los demandados en calidad de baldíos, "Se dio cuenta del lugar por donde discurren las aguas de las quebradas Barrocolorado y El Medio designados en las resoluciones de adjudicación a los demandados de los respectivos lotes de terreno".

3º.—Tampoco se hizo la confrontación de los linderos de la finca de "Haciendas Puerto César Limitada" y de los terrenos La Teresita, Los Almendros y Las Fuentes, en razón de que era imposible, dado que la demanda omitió los linderos de los últimos y en el acta no hay relación ninguna de ellos.

Lo dicho basta, para dar por demostrado el error de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de la prueba testimonial.

La equivocación también proviene de que desconoció, ignorándola en absoluto, la prueba pericial que acompañó a la inspección ocular.

Sobre ella observa el impugnador que los expertos conceptúan que "si la posesión cumple la condición de estar localizada al sur de la quebrada de Barrocolorado, según las circunstancias de ocupación que tienen allí los demandados "podría aceptarse que ella tiene relación con la parcela o lote denominado Las Fuentes".

De la superficie de los fundos Barrocolorado, La Patria y Tío Gil, que es de 4.997 hectáreas, del estudio de los planos de los mismos levantado por el Gobierno y de los títulos de los tres lotes adjudicados a los demandados "estiman los peritos que estos últimos están comprendidos dentro de las fincas de la sociedad actora".

Considera el recurrente que esta deducción la hacen los peritos, basados en los planos y títulos pero no en el resultado de su confrontación con la realidad física del terreno, ya que ellos mismos hacen constar que para la localización exacta de "los intereses de la parte demandada dentro de los de la demandante se requiere un levantamiento referenciado a coordenadas geográficas de un punto de la región".

Si los peritos, con la sola base de planos y de títulos, se declararon incapaces para determinar si hay o no una superposición de los predios de que se trata, es inadmisible que el sentenciador, profano en la ciencia de la ingeniería civil, hubiere llegado con los mismos datos a la "certeza necesaria para declarar singularizados e identifica-

dos los fundos en cuestión". Con razón tanto mayor, si se considera el punto b) del experticio, en el cual se dice que los lotes a que se refieren las resoluciones 99, 100 y 101 "no son identificables en el terreno porque no están relacionados a puntos o líneas arcifinios y sólo se menciona respecto de ellos la quebrada Barrocolorado como base pero bien podrían asentarse sobre el curso de ésta desde su desembocadura en la quebrada Arena hasta su origen en una extensión de seis kilómetros".

Transcribe varias doctrinas de la Corte sobre la necesidad que hay de demostrar la identidad de las cosas reivindicadas para prosperidad de la acción de dominio reivindicatoria; y sobre que la identidad de un bien raíz no es posible sino cuando su singularización o determinación se hace por sus linderos.

Y finaliza que, como consecuencia del evidente error de hecho en la estimación de las pruebas concernientes a la singularización e identificación de los inmuebles con los hechos relacionados en los expuestos en los números 5º, 6º y 7º de la demanda y reclamados en los numerales 1º a 4º de la parte petitoria de la misma, el fallo quebrantó los artículos 946, 950, 952, 961 del C. Civil los cuales aplicó indebidamente, y los artículos 2594 y 2663, así como los artículos 222 y 593 del C. Judicial, 15 de la Ley 40 de 1932 y 2º de la Ley 38 de 1945 que dejo de aplicar.

SE CONSIDERA:

La acción de dominio, que según el Tribunal agita este juicio, versa sobre cuatro inmuebles que están comprendidos dentro del de mayor extensión denominado La Patria, Barrocolorado y Tío Gil de propiedad de la sociedad actora. Dichos bienes son: Los adjudicados bajo los nombres de Las Fuentes, Los Almendros y La Teresita, "conforme a la declaración que de ellos se hace en las resoluciones 99, 100 y 101 de 1952 emanadas del Ministerio de Agricultura y por los linderos que en las mismas resoluciones se expresa...", y la "zona localizada al sur de la quebrada de Barrocolorado a lado y lado de la carretera al mar entre los kilómetros 23-415 y 24-565 de dicha carretera, abscisado, partiendo de La Punta de los Vacos, posesión que se concreta en unas mejoras consistentes en una casa pajiza, aproximadamente veinte hectáreas plantadas de pasto yaraguá Uribe, tres hectáreas aproximadamente en rastrojo y doce hectáreas, aproximadamente plantadas de maíz y arroz".

El libelo agrega que dicha zona "no corresponde exactamente en su determinación a los tres lotes mencionados antes" sino que parece comprender sólo el llamado Las Fuentes, y una extensión mayor que no corresponde a la ubicación de los otros dos".

Doctrina sostenida de la Corte es la de que la prosperidad de la reivindicación exige como elemento integrante, o indispensable de ella, la comprobación del dominio en el actor, la identidad de la cosa o cosas demandadas, y la posesión de éstas por la parte demandada. La falta de cualquiera de dichos elementos conlleva el fracaso de las súplicas.

La singularización o identidad de los bienes consiste en comprobar que los descritos en la demanda, y de los cuales tratan los títulos de dominio presentados por el actor, correspondan a los que poseen el demandado o demandados.

Y, en tratándose de bienes inmuebles, la manera de singularizarlos para su debida y fácil identificación es expresar en la demanda los linderos que los distinguen de los otros. Así se deduce del artículo 205 del C. J. que, en relación con lo que se demanda, dispone expresar con claridad y precisión los hechos. Y más concretamente, el 222 ibidem, que dice: "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".

Esta ha sido la doctrina constante de la Corte, que sobre individualización de los bienes raíces, ha dicho:

"La determinación de la finca raíz que se reivindica no puede hacerse sino por el señalamiento de sus linderos; y cuando ella hace parte de un globo mayor de tierra cuyos linderos se expresan no basta decir que la primera está comprendida dentro de los límites de la segunda, sino que es preciso determinarla señalándole delimitación especial". (T-XXX — 114 — XXXI-54).

"Esta razón esencial de la exigencia de la singularización de las cosas cuya restitución se busca con la acción de dominio, hecha sin ninguna ambigüedad en la demanda, es cosa que no puede lograrse tratándose de fundos, como se dijo, sino con la fijación de sus límites, según la norma general de la Ley como se desprende entre otros,

de los artículos 222 del Código de Procedimiento Civil. (T-LXVI-102).

"Cuando lo que se reivindica es tan solo una porción de un globo más grande de tierra, a que se refieren los títulos de la parte demandante es necesario señalar la manera precisa en la demanda cuáles son los linderos de la porción reivindicada, porque para la determinación del objeto de la acción no basta con especificar los generales del terreno del cual forma parte la porción reivindicada. (T-LXXVIII-389).

"Si se identifica el inmueble descrito en la demanda de reivindicación, con el poseído por el demandado y los linderos de la demanda son los mismos que trae el título de propiedad del actor, no hay nada que objetar en materia de identidad del bien como elemento de reivindicación. (LXXX - 82).

"Un predio es jurídicamente una cosa singular, como especie o cuerpo cierto. Pero para que pueda ser objeto de reivindicación, hay que indicar con toda precisión su ubicación y linderos, de modo que quede debidamente determinado y no haya lugar a dudas o confusiones. En armonía con lo expuesto, según el artículo 222 del Código Judicial, aplicable a la reivindicación de inmuebles, si lo que se demanda es una cosa raíz, deben especificarse los linderos y las demás circunstancias que lo den a conocer y la distingan de otras con que pueda confundirse. (LXXXI - 709).

Respecto a los predios Las Fuentes, Los Almendros y La Teresita, si bien la demanda no expone alinderación de cada uno de ellos, especialmente en el hecho 6º se habla de las adjudicaciones que como baldíos se hicieron a los demandados Rubén Gil González, Eduardo Henao Abad y Teresa Cárdenas de Gil, en su orden, agregando que según la determinación de tales adjudicaciones, aquellas están comprendidas dentro de las fincas La Patria, Barrocolorado y Tío Gil. Y en el 8º alude a que las adjudicaciones lo fueron por las resoluciones 99, 100 y 101 de 1952. Finalmente en la súplica 1ª atinente a la declaración de dominio de tales bienes, pide se haga "conforme a la determinación que de ellos se hace en las resoluciones números 99, 100 y 101 de 1952, emanadas del Ministerio de Agricultura y por los linderos que en las mismas resoluciones se expresan". A la demanda se acompañó copia auténtica de esos documentos, en los cuales consta la delimitación de cada inmueble.

No puede decirse, por tanto, que el libelo no especifica los linderos de las tres fincas dichas, si alude claramente a los títulos por los cuales dice les fueron adjudicados, y reclama el dominio de ellos por los linderos especificados en las resoluciones que acompaña a la demanda.

No ocurre lo mismo con la zona ocupada o poseída en común por los demandados a que se refieren los hechos 5º y 7º, respecto de la cual no se dan los límites sino que se localiza al sur de la quebrada de Barrocolorado, entre los kilómetros 23-415 y 24-568 de la carretera al mar partiendo de La Punta de la Vaca y la concretan en mejoras consistentes en una casa pajiza, aproximadamente veinte hectáreas sembradas de pasto yaraguá Uribe, tres en rastrojo y doce plantadas de maíz y arroz. Y agrega, por último, que parece comprender parte del terreno llamado Las Fuentes y una extensión mayor que no pertenece a los otros dos.

La diligencia de inspección ocular, en lo atinente a la identificación de los tres lotes expresa: "Teniendo en cuenta los informes de los vecinos y los planos de adjudicación hechos por el Gobierno a los demandados, pudo darse cuenta el personal de la diligencia de la ubicación de los tres lotes de terreno conocidos con los nombres de La Teresita, Los Almendros y Las Fuentes. Advirtió el Tribunal con los peritos el curso de la quebrada Barrocolorado y avanzando por la carretera pudo constatar la dirección que lleva el río Currulao".

La declaración rendida por Hugo Henao dentro de la diligencia lo único que contiene al respecto es que Gil González, Henao Abad y Cárdenas de Gil consiguieron que el Gobierno les adjudicara sendos lotes de doscientas hectáreas (200 h.) cada uno conocido con los nombres de Los Almendros, La Teresita y Las Fuentes, ubicados al norte y al sur de la quebrada de Barrocolorado y encerrados en su totalidad por los linderos de las fincas La Patria, Barrocolorado y Tío Gil; pero no expresa la alinderación de ninguno de los tres bienes.

Agrega el acta que, teniendo en cuenta los planos y croquis adjuntos relativos a las fincas de Haciendas Puerto César Limitada y a las adjudicaciones de baldíos a los demandados, "se dio cuenta del lugar por donde discurren las aguas de las quebradas Barrocolorado y El Medio, designadas en las resoluciones de adjudicación a los demandados de los respectivos lotes de terreno".

Si se atiende a que el acta de inspección ocular acerca de la identificación de los terrenos Las

Fuentes, Los Almendros y La Teresita, solamente afirma que el personal asistente a la diligencia, basado en los informes de los vecinos y en los planos y croquis aducidos al expediente pudo darse cuenta de la ubicación de aquéllos y del curso de las quebradas de Barrocolorado y El Medio citadas en las resoluciones por las cuales se adjudicaron dichos bienes, es evidente que no hubo una identificación de ellos, la cual según doctrina de la Corte, no solamente consiste en saber dónde están localizadas las fincas en litigio sino en el examen concienzudo mediante el recorrido y examen prolijo de los linderos "de ellas haciendo la debida comparación o confrontación con los expresados en la demanda y en los títulos, para llegar a la convicción que los inmuebles reclamados en el libelo corresponden a los que expresan los títulos y poseen los demandados". No consta que los asistentes al examen ocular hubieran recorrido los linderos de las tres fincas, objeto de la reivindicación, ni menos las de La Patria, Barrocolorado y Tío Gil, de las cuales se dice hacen parte aquéllas. Sobre el particular el silencio de la diligencia es completo.

Esta es la razón por la cual no se puede deducir que se hayan identificado los fundos de Haciendas Puerto César Limitada ni las porciones que les fueron adjudicados a los demandados, las que, se afirma, hacen parte de las primeras.

El dictamen pericial sobre este punto dice textualmente: "Los lotes titulados, que comprenden tres rectángulos, de cosientas hectáreas cada uno, a que se refieren las resoluciones ministeriales 99, 100 y 101 de 1952, no son identificables en el terreno porque no están relacionadas a puntos o líneas orcifinios, y sólo se menciona respecto de ellos, la quebrada Barro Colorado (sic) pero bien podrían asentarse sobre el curso de ésta desde su desembocadura en la quebrada Arena hasta su origén, en una extensión no menor de seis kilómetros". Estima que, dada la posesión antigua que tienen allí los demandados, localizada al sur de la quebrada base, "podría aceptarse que la ocupación se relaciona con la parcela o lote denominado "Las Fuentes". Y sobre estos supuestos dicen que los terrenos La Teresita y Los Almendros quedan al sur de la misma quebrada y atravesados por la quebrada El Medio.

Luego conceptúan que, habiendo estudiado el plano de las fincas La Patria, Barrocolorado y Tío Gil, ateniéndose al área de 4.997 hectáreas que él marca, al análisis de los títulos y planos de los tres lotes adjudicados en 1952 y la posición de la actual ocupación, "estos lotes y esta ocupación están comprendidos o superpuestos dentro de las fincas mencionadas". Pero dejan expresa constancia "de que para localizar exactamente los intereses de la parte demandada dentro de los de la demandante se requiere un levantamiento referenciado a coordenadas geográficas de un punto de la región".

De lo transcrito del peritazgo se destacan las siguientes afirmaciones:

1º—"Los terrenos Los Almendros, Las Fuentes y La Teresita no son identificables en el terreno en razón de que no están relacionados a puntos o líneas orcifinios.

2º.—La localización exacta de dichos inmuebles dentro de los de la parte demandada exige un levantamiento referenciado a coordenadas geográficas dentro de un punto de la región.

3º.—Podrían asentarse o localizarse sobre el curso de la quebrada de Barrocolorado desde su desembocadura en la quebrada Arenas hasta su origen en una extensión de seis kilómetros.

4º.—Sobre esta hipótesis el lote Las Fuentes quedaría al Sur y Los Almendros y La Teresita al Norte de la quebrada de Barrocolorado.

Las dos primeras aseveraciones son la negación de la identificación de un inmueble, porque, como lo tiene repetido la Corte, aquélla consiste generalmente en el recorrido de los linderos haciendo la debida confrontación de ellos con los que trae la demanda y los títulos presentados por los demandantes, para concluir que sobre ese bien radica el dominio del actor y la posesión de la parte demandada.

Las otras dos afirmaciones se refieren solamente a la localización de los tres predios, pero las exponen como simples hipótesis, no como consecuencia del estudio sobre el terreno, por la misma imposibilidad de establecer la identificación sin el levantamiento de planos referenciados a coordenadas geográficas.

La conclusión de que los tres predios adjudicados a Gil González, Henao Abad y Cárdenas de Gil se hallan comprendidos dentro de las fincas de la Sociedad Haciendas Puerto César Limitada, además de que está basada solamente en la consideración de los planos y de los títulos y en la hipótesis de localización de los tres lotes, tampoco es prueba de la identificación de éstos, ya que, cuando la finca raíz hace parte de un globo mayor

do tierra cuyos linderos se expresan en la demanda "no basta decir que la primera está comprendida dentro de los límites de la segunda, sino que es preciso determinarla señalándole delimitación especial".

Infiérese que, habiéndose producido una inspección ocular para identificar los terrenos denominados Las Fuentes, Los Almendros y La Teresita, por cuanto en la diligencia respectiva no consta que hubieran sido recorridos sus límites por el personal actuante en ella para compararlos con los expresados en la demanda y títulos de propiedad; ni tampoco que se hubiera hecho lo mismo con la alinderación de las fincas de la sociedad demandante, de los cuales, reza la demanda, hacen parte los primeros, sino que dicho personal se limitó a darse cuenta de su ubicación y del curso de las quebradas de Barrocolorado y El Medio, es indiscutible que el fallador incurrió en evidente error de hecho al aceptar como demostrada de identidad de dichos bienes, basado en un medio probatorio que evidentemente no la establece.

Y lo mismo cabe decir del dictamen pericial, toda vez que terminantemente afirma que aquellos predios no son identificables en el terreno, debido a que su localización exacta dentro de las fincas de la parte demandante exige un levantamiento a base de coordenadas. Y la mera ubicación de ellos a uno y otro lado de la quebrada de Barrocolorado la dan como simple hipótesis. Es decir, que cuando el fallador estimó que la pericia producida en el juicio demostraba la identidad de estos bienes raíces, lo hizo en virtud de un medio probatorio que no existe o que no obra en el proceso, pues el dictamen pericial actuante en el expediente no sólo no establece la identidad sino que considera la imposibilidad actual de verificarla.

En lo que se relaciona con la zona ocupada por los demandados, de que tratan los hechos 5º y 7º del libelo, el acta de examen ocular solamente da cuenta de que cerca de la carretera, a unos cincuenta (50) metros de la quebrada de Barrocolorado, y a unos seiscientos (600) de la barca donde estuvo tendida la carrilera del ferrocarril construído por la sociedad alemana Consorcio Albingia, está ubicada la casa de propiedad del doctor Gil G. cuyos moradores informaron que Emilio Orrego, mayordomo de los demandados, tiene un cultivo de maíz en un área de 162 metros cuadrados y Antonio Moreno, otra del mismo grano en una extensión de veinte (20) "puchas", que en los potreros de yaraguá Uribe pastan unas veintitrés reses del Fondo Ganadero de Antioquia, y que hay unas pocas matas de plátano. Agrega la diligencia que, al recorrer el personal los predios ocupados por los demandados transitando por la barca dicha "constató" que al Este de la carretera y a la derecha de la barca hay una plantación de maíz cultivada por el mayordomo Orrego y, a lindes de ésta, Moreno tiene otro pequeño cultivo en terreno de los demandados de unas veinte puchas. Nada dice sobre los potreros de pasto yaraguá.

El declarante Hugo Henao depone que Rubén Gil González y Eduardo Henao Abad en el cruce de la carretera con el antiguo ferrocarril construído por Consorcio Albingia ocupan materialmente un lote de terreno, que explotan en común, y el cual "está ubicado al lado y lado de la carretera al mar, y su mayor extensión está hacia el norte del cruce ya dicho hasta llegar a la quebrada de Barrocolorado".

A la constancia de que el personal de la inspección consideró detenidamente los planos de Haciendas Puerto César Limitada y los croquis de los predios adjudicados como baldíos a los tres reos, y de que se dio cuenta del curso de la quebrada de Barrocolorado y El Medio, prosigue: "recorrió la carretera por el lugar por donde los demandados ejercen posesión lo mismo que la antigua carrilera de la extinguida empresa Consorcio Albingia y advirtió que los demandantes tienen cultivos diversos en derredor de los lugares en donde ejercen sus actos de posesión los demandados". Y el experticio dice: "Hemos identificado la ocupación sobre que ejercen dominio hoy los demandados como la que partiendo del curso de la quebrada Barrocolorado hacia el sur avanza unos 1.750 metros por la carretera al mar, desde el punto de dicha quebrada hasta la llamada casa de zinc con una profundidad variable a cada lado de la carretera entre 650 y 1.200 metros. Luego agrega que, por estar localizada la ocupación al sur de la quebrada base, y por la circunstancia de ocupación vieja que allí tienen los demandados reconocida públicamente, "podría aceptarse que ésta hace relación con la parcela o lote denominado "Las Fuentes".

Estiman en 85 hectáreas aproximadamente las tierras mejoradas con pastos en explotación de tres a cinco años, las cuales están al sur de la quebrada de Barrocolorado.

Como se expuso arriba, la demanda, a la zona de que tratan los hechos 5º y 7º no le dio ningún alinderamiento. Por toda singularización de ella expresa que está localizada al sur de la quebrada de Barrocolorado, al lado y lado de la carretera al mar, entre los kilómetros 23-415 y 24-565 de ésta, partiendo de La Punta de las Vacas, que está ocupada con mejoras consistentes en una casa pajiza, aproximadamente veinte hectáreas con pasto yaraguá Uribe, tres en rastrojo y doce en maíz y arroz. La sola falta de linderos en la demanda sería suficiente, para concluir la imposibilidad de su identificación, en razón de que ellos serían en este caso el único término de comparación con los reales del terreno, pues sobre dicha zona no se ha alegado ningún título que la especifique. Pero es de advertir también que ni el acta de inspección ni el concepto pericial hablan de que ella se encuentre entre los kilómetros 23-415 y 24-565 de la carretera; ni de que parte de La Punta de las Vacas, ni de que su superficie sea de treinta y cinco hectáreas aproximadamente dados por la demanda. La primera localizó la casa del doctor Gil González y los pequeños sembrados de maíz que tienen Emilio Orrego y Antonio Moreno. El segundo le señala una extensión de 25 hectáreas sembradas todas de pastos, posiblemente localizada en el terreno denominado Las Fuentes, al paso que el libelo dice que al parecer parte está en dicho predio y parte en tierra que no corresponde a ninguno de los otros dos. Esta divergencia proviene indudablemente de la indeterminación de la zona en la misma demanda no sólo por la falta de linderos sino por las pocas señales de individualización que se dan de ella.

En definitiva, ni el acta de la visita ocular practicada por el Tribunal, ni el testimonio de Hugo Henao recibido dentro de ella, ni el dictamen de los peritos establecen separada ni conjuntamente la identidad de la porción de terreno ocupada por los demandados, a que aluden los hechos 5º y 7º del libelo, por cuanto la carencia de linderos en éste y de título imposibilitaron la confrontación correspondiente, y porque la ubicación precisa, el punto de partida, la extensión y cultivos detallados en la demanda no coinciden con los que reza la diligencia de inspección ni con los que exponen los expertos. Por lo mismo el fallador cometió un error evidente de hecho al estimar demostrada la identidad de tal inmueble con medios de juicio que claramente no la establecen, es decir, dio como acreditado este hecho en virtud de medios probatorios que no existen en el proceso.

Como consecuencia de este error incurrió en violación, por aplicación indebida, de los artículos 946 del C. Civil en cuanto declaró la propiedad de los bienes demandados cuya identificación no se estableció, del 961 y 964, ibidem, en razón de haber sido condenados los demandados Rubén Gil González y Eduardo Henao Abád a la restitución del lote de terreno localizado al sur de la quebrada de Barrocolorado, a lado y lado de la carretera al mar, entre los kilómetros 23-415 y 24-565 de dicha carretera, partiendo de La Punta de las Vacas, y a restituir los frutos del mismo bien a partir de la contestación de la demanda.

Como prospera el cargo, la sentencia debe casarse, y proferir la de instancia a lo cual se procede:

En relación con los presupuestos procesales se tiene:

La competencia del Juez del Circuito de Turbo en la primera instancia se la confiere la ley por razón de la cuantía del negocio y de las acciones reales sobre inmuebles ubicados dentro de aquella jurisdicción.

La capacidad para ser parte se deduce de que los demandados son personas naturales, y de la constitución y existencia de la sociedad Haciendas Puerto César Limitada demandante, cuya representación tienen los señores Camilo Mora C. y Luis H. Culson, según consta de los certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Medellín (fls. 98 a 103 cuad. principal).

Y ambas partes se hicieron representar en el juicio por medio de abogados inscritos, con lo cual se cumple su capacidad procesal.

En cuanto a la demanda en forma, se observa: La sociedad actora acumula de manera principal las acciones simplemente declaratorias de dominio de los terrenos denominados Los Almendros, Las Fuentes y La Teresita y la reivindicatoria de la zona poseída en común por los demandados. Esta acumulación en la misma demanda se acomoda a lo preceptuado en el artículo 200 del C. J. por la competencia del Juez, por seguir todas las súplicas el mismo procedimiento judicial, y no haber incompatibilidad ni contrariedad entre ellas, refiriéndose, como se refieren, a bienes diferentes.

La petición de que se declare, subsidiariamente a la primera, que las adjudicaciones hechas a los demandados por las resoluciones 99, 100 y 101 de 1952 son inoponibles al dominio que tiene Haciendas Puerto César Limitada sobre los fundos

La Patria, Barrocolorado y Tío Gil, tampoco es incompatible con la declaratoria de dominio, ya que, al parecer, la subsidiaria queda absorbida por la principal, que implica un estudio completo de la titulación presentada por las dos partes, para resolver cuál tiene el derecho de dominio, que es la súplica condicional. Pero en el supuesto de que la inoponibilidad se refiera a la acción de oposición, consagrada en los artículos 47 del C. J. y 6º de la ley 97 de 1913, por cuanto la adjudicación de baldíos a los demandados se hizo sobre bienes ya adjudicados, tampoco se ve óbice alguno para la acumulación subsidiaria.

La citación de los tres demandados, al juicio, no obstante que cada uno tiene su título sobre la parcela adjudicada, se justifica por existir un litis consorcio propio, en cuanto, pretendiendo Haciendas Puerto César Limitada el dominio de los lotes adjudicados a los demandados, hay conexión por este concepto, por la misma procedencia de las adjudicaciones y, además, por economía procesal.

En tratándose de un litis consorcio no necesario sino propio, en el cual hay pluralidad de personas demandadas o autónomas, no obstante darse una sola relación procesal, la autonomía de las acciones permite estudiar los presupuestos procesales respecto de cada demanda. Haciendas Puerto César Limitada hubiera podido demandar en juicios separados a Teresa Cárdenas de Gil con la acción principal de dominio y subsidiaria de inoponibilidad o de oposición respecto de la finca La Teresita, a Eduardo Henao Abad, en relación con Los Almendros, y a Rubén Gil González, en lo tocante con Las Fuentes; también en juicio aparte hubiera podido citar a los tres en acción reivindicatoria de la zona de terreno que dice poseen en común. La unión de acciones o demandas en un litis consorcio propio, hace que tanto los presupuestos estructurales como, llegado el caso, los elementos procesales de cada acción se consideren por separado. A propósito del consorcio no necesario dice Chiovenda: "La relación del litis consorcio nos presenta una relación procesal única con pluralidad de partes actoras o demandas autónomas... En cuanto a los presupuestos procesales éstos deben subsistir relativamente a cada uno de los litis-consortes... Todo litis-consorte es autónomo respecto de los presupuestos que le atañen... Las consecuencias del defecto de presupuesto respecto de uno de los litis-consortes varía según las figuras de litis-consorcio: mientras que en el litis-consorcio necesario aquel defecto produce necesariamente el cierre del proceso respecto de todos, en el simple, puede dar lugar a la escisión del consorcio cerrándose el proceso respecto de uno, siguiendo en cuanto a los demás consortes". (Princip. Derecho Proc. T. II pgs. 612-614).

Y el profesor Leo Rosenberg dice sobre el tratamiento jurídico a la acumulación de demandas: "Pero a pesar de la acumulación en un solo procedimiento, conservan su completa independencia las diversas pretensiones y relaciones de derecho procesal. De ello resulta: a) Los presupuestos procesales deben examinarse independientemente para cada pretensión y debe rechazarse la pretensión para la que falten". (Derecho Procesal Civil Tomo II pág. 95).

Ya se vió que en el litis consorcio propio o facultativo que se da en este proceso, existen los presupuestos procesales de competencia, capacidad para ser parte y capacidad procesal respecto de todas las acciones; que en lo que toca con el de demanda en forma, no hay ninguna observación por el aspecto de la acumulación de acciones, y el litis consorcio dicho y la alinderación de los predios La Teresita, Los Almendros y Las Fuentes. Por consiguiente, cabe el pronunciamiento de fondo sobre la primera súplica atinente a las acciones de dominio de estos tres inmuebles.

Pero como no se acreditó su identificación, elemento estructural de estas acciones, no se puede hacer la declaración impetrada sobre ellos. Por tanto debe absolverse a los demandados Cárdenas de Gil, Eduardo Henao Abad y Rubén Gil González al respecto.

Para esto ha de revocarse la sentencia del Tribunal y confirmar la del Juzgado del Circuito con la aclaración correspondiente.

En lo que se refiere a la acción reivindicatoria de la zona de que trata las peticiones 2ª y 3ª del libelo, cabe observar que, no habiéndose dado ninguna alinderación de ella, falta el presupuesto procesal de demanda en forma, de que trata el artículo 222 del C. Judicial, el cual exige que cuando se demanda "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".

En estas condiciones, no es posible el pronunciamiento de mérito sino inhibitorio, por no haberse formado la relación jurídico-procesal en esta acción. Por tanto debe revocarse la sentencia

del Tribunal lo mismo que la del Juzgado pero ésta solamente en lo atinente a las peticiones segunda y tercera.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de conformidad con lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de ocho de agosto de mil novecientos cincuenta y siete, en todas sus partes, y, en su lugar

RESUELVE:

1º.—Confírmase la de primera instancia, que tiene fecha veintisiete de agosto de mil novecientos cincuenta y seis, en los numerales 1º y 2º por los cuales deniega las declaraciones solicitadas en la demanda, pero solamente en lo que se relacionan con la petición primera y la condenación en costas.

2º.—Revócase la sentencia de primera instancia en la parte de los numerales 1º y 2º en que deniega las peticiones 2ª y 3ª de la demanda relacionadas con la reivindicación de la zona o lote de terreno determinado en el hecho 5º de la misma.

3º.—Inhíbese la Corte de hacer pronunciamiento sobre las peticiones 2ª y 3ª del libelo por falta del presupuesto procesal de demanda en forma en lo relativo a ellas.

Sin costas en el recurso y en la segunda instancia.

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

Enrique Coral Velasco. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Arturo C. Posada. — Antonio Rocha, Conjuez. — **Ricardo Ramírez L.**, Secretario.



ANTITECNICA E INEFICAZ ACUSACION CONTRA UNA SENTENCIA QUE SE NEGO A DECLARAR LA RESCISION, POR LESION ENORME, DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE UNA FINCA

1.—Cuando se impugna una sentencia por violación de la ley sustantiva y, en general, cuando los reparos se formulan a través de la causal primera de casación en cualesquiera de sus tres supuestos, como el desvío consistiría en transgresión de la ley sustancial, es necesario, en razón del carácter riguroso de este recurso extraordinario y por mandato del artículo 531 del C. Judicial, citar la norma sustantiva que el recurrente estime infringida, pues de lo contrario el recurso está condenado al insuceso.

2.—No es posible sustentar en casación error de hecho en la apreciación de la prueba cuando el fallador parte de la base de su presencia en el proceso y para no estimarla aplica en interpretación extensiva una disposición legal. Bien es cierto que la Sala de Casación Civil ha sostenido que el artículo 568 del C. Judicial —63 de la ley 63 de 1936— solamente es aplicable a los juicios de sucesión; pero la equivocada aplicación de tal norma hecha por el Tribunal, no puede dar fundamento al ataque de la sentencia por error de hecho.

3.—En casación la censura ha de ser de carácter concreto, y por tanto se debe señalar cada una de las disposiciones violadas y el concepto de su transgresión, según lo crea el recurrente. Así que no puede limitarse la demanda a señalar como violada una disposición sustancial 'y siguientes del Código Civil', porque en tal caso el cargo sería de carácter indefinido.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, abril catorce de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco)

Se resuelve el recurso de casación propuesto por la parte demandante contra la sentencia de 9 de junio de 1958, pronunciada por el Tribunal de Bogotá en el juicio ordinario de rescisión por lesión enorme de un contrato de compraventa, adelantado por Aurelio Larrarte Ramírez frente a Ana Ramírez de Iregui.

ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, Aurelio Larrarte Ramírez demandó a Ana María Ramírez de Iregui para obtener la declaración de rescisión por lesión enorme del contrato celebrado entre el demandante y la demandada, como vendedor aquél y ésta como compradora, convenio que consta en la escritura número 806 de 5 de julio de 1948, pasada en la Notaría Séptima de esta ciudad y según el cual se acordó la compraventa del derecho de dominio sobre la mitad proindiviso de la finca denominada "Yerbabuenita", ubicada en la zona del mismo nombre en los municipios de Sopó y Chía, cuyos linderos se detallan en la petición primera de la demanda; para que dentro del término que en la sentencia se fije, la demandada sea obligada a restituir al demandante el derecho de dominio transmitido por el instrumento referido, disponiendo, igualmente, que el demandante devuelva a la demandada el dinero que recibió como precio de la venta, y que en cuanto a expensas, mejoras, intereses, frutos y deterioros se cumpla con lo dispuesto por

los artículos 1.948 y 1.952 del C. C., salvo el derecho de la demandada a que se refiere la primera norma citada; y, por fin, que se condene a la demandada al pago de costas si hiciere oposición a la demanda.

Como hechos se expusieron los siguientes:

"Primero.—Por escritura ochocientos seis (806) de cinco de junio de mil novecientos cuarenta y ocho (1948) pasada ante el Notario Séptimo de Bogotá, don Aurelio Larrarte R. dio en venta real y enajenación perpetua a favor de la señora Ana R. de Iregui el derecho de dominio sobre la mitad proindiviso de la finca denominada 'Yerbabuenita' cuya ubicación y linderos quedaron expresados en la petición primera de esta demanda;

"Segundo.—En la referida escritura ochocientos seis (806) de cinco (5) de julio de mil novecientos cuarenta y ocho (1948) en la cláusula segunda se dijo lo siguiente:

"'Que el precio de esta venta es la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) moneda corriente, que el exponente declara recibidos a su satisfacción en dinero efectivo de manos de la compradora'. Agregó, aun cuando así lo reza la escritura, la presunta demandada efectivamente no entregó al vendedor sino la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda corriente, siendo ficticia la afirmación de que el precio fuera de diez mil pesos ($ 10.000.00) y que hubiera pagado esta suma en su integridad;

"Tercero. — Aun cuando hubiera sido cierto y efectivo el precio de diez mil pesos ($ 10.000.00) de que trata la citada escritura, tal precio, el día de la celebración del contrato, fue inferior a la mitad del justo precio del derecho proindiviso equivalente a la mitad del precio total, transferido por la citada escritura número ochocientos seis (806) de cinco (5) de julio de mil novecientos cuarenta y ocho (1948) corrida en la Notaría Séptima de esta ciudad".

La demandada, al contestar el libelo, se opuso a las declaraciones solicitadas y en consecuencia negó el derecho del actor. En cuanto a los hechos, afirmó que el precio del contrato al tiempo de la venta y aún en la época de la contestación de la demanda fue superior al pagado y convenido.

El 8 de marzo de 1956, el Juzgado de primer grado, en sentencia de mérito, negó las peticiones hechas en la demanda y condenó al actor al pago de las costas del juicio.

El Tribunal de Bogotá conoció del negocio por apelación oportunamente interpuesta por el demandante, y, por sentencia de 9 de junio de 1958, confirmó la del inferior.

LA SENTENCIA ACUSADA

Funda la confirmación de la de primera instancia en los siguientes razonamientos:

"En el caso concreto que se analiza, se advierte que la prueba pericial o diligencia de avalúo se llevó a cabo en este juicio a pedimento único y exclusivo de la parte demandante. (Véase cuaderno de pruebas número 6). De la misma manera se observa que la demandada aprovechó simplemente la oportunidad que le brindó la prueba decretada a solicitud del actor para designar el perito que le correspondía. De consiguiente, la prueba no es común, y no teniendo esta calidad, es indudable que el pago de los honorarios de los peritos le corresponde a la parte actora, quien la pidió y en cuyo favor se decretó.

"Ahora bien: el Juzgado en providencia de fecha veintidós de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro (cuaderno número 6, fl. 33) al correr el traslado legal de los dictámenes a las partes, reguló los honorarios para cada uno de los peritos. Vencido el término del traslado, sin objeciones, el referido funcionario dispuso en auto de cinco de febrero del mismo año se agregara al expediente el comprobante del pago de los honorarios de los peritos. El 4 de julio de 1955 el apoderado del demandante presentó el comprobante, de fecha 22 de febrero de 1954, expedido por el doctor Juan B. Tayeh Vega, perito tercero, sobre el pago del valor de su honorario. En auto de 24 de octubre de 1955 (fl. 27 v., cuaderno número 1) fueron citadas las partes para sentencia y en providencia de 7 de diciembre del mismo año, el Juzgado, antes de dictar sentencia, en vista de que en el juicio aparecía pagado el honorario del perito Tayeh Vega y no el de los señores Rodríguez y Arias, conminó a la parte demandante para que dentro del término de cinco días acreditara o verificara el pago de los honorarios de estos últimos peritos, o sean los principales. Este auto fue notificado por anotación en el estado del 13 de los mismos mes y año.

"El demandante en memorial presentado el 12 de enero de 1956 acompañó el comprobante del pago de los honorarios del perito Octavio Rodríguez y pidió al Juzgado que se le autorizara para consignar en el Banco de la República el valor correspondiente a los (sic) del perito Juan B. Arias. El Juzgado, en providencia de 17 de ene-

ro de 1956, accedió a tal solicitud y le señaló como término el de la ejecutoria de ella, sin que se hubiera hecho la referida consignación. Así las cosas, el Juzgado profirió entonces la sentencia que hoy se revisa.

"Ordenado, pues, el pago de los honorarios de los peritos por el Juzgado y apercibido o conminado el demandante para que verificara el de los señores Rodríguez y Arias, para cuyo efecto se le señaló el término de cinco días dentro del cual sólo acreditó el relativo al honorario del primero, más no el del segundo. Sin embargo, por amplitud, le fue prorrogado tal término, según la providencia de 17 de enero de 1956, por el de la ejecutoria de ésta, sin que tampoco lo hubiese verificado. Lo cual condujo al Juzgado a dar aplicación al artículo 60 de la Ley 63 de 1936, no estimando la prueba pericial y denegando, en consecuencia, las súplicas impetradas en la demanda.

"Cabe agregar a lo anterior que aquí en el Tribunal el comprobante del pago del honorario del perito Arias fue presentado el 21 de noviembre de 1956, esto es, mucho después de la ejecutoria del auto proferido sobre citación para sentencia, que lleva fecha 31 de octubre del mismo año, el que ya no podría tener en cuenta la Sala como para levantar la sanción impuesta por el Juzgado, porque, surtida la conminación o apercibimiento al demandante, que dio lugar a considerarlo en mora, la situación jurídica establecida por tales razones en el fallo, emanadas de la aplicación que le dio al inciso 3º del artículo 60 de la Ley 63 de 1936, acerca de la cual el legislador, en casos como el que aquí se controvierte, fijó la norma de la sanción, debe el Tribunal respetarla. Por estos motivos, no se accederá a modificar la resolución del inferior, que se encuentra ajustada a derecho".

EL RECURSO

El planteamiento de la demanda de casación permite agrupar los cargos primero y segundo en uno solo, pues se refieren a la misma materia y, además, el segundo es consecuencia del primero. Son ellos:

PRIMERO.—Ser la sentencia impugnada "violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida y también por interpretación errónea, por haber incurrido en errores de hecho y de derecho que aparecen de manifiesto en los autos".

"En el caso que nos ocupa, los Juzgadores de primera y segunda instancia han negado la validez a la prueba pericial con base en el tercer inciso del artículo 568 del Código Judicial. Dice: 'El Juez determinará de oficio el valor de los honorarios en el auto por medio del cual ordene correr traslado a las partes de la diligencia de avalúos y ellos sólo se deben a partir de la fecha de dicho auto. Pero no podrá aprobarse ninguna diligencia de avalúos en juicios mortuorios, ni tenerse como prueba la que se practique en otro juicio, sin que haya constancia en autos de pago o arreglo satisfactorio de los honorarios periciales' ".

"Este tercer inciso que es el agregado al artículo 568 del Código Judicial, es inaplicable en juicios ordinarios, porque dicho inciso se refiere al pago de honorarios por avalúos en los juicios mortuorios, porque el legislador que dictó la Ley 63 de 1936 no tuvo la intención de tutelar honorarios distintos a los que corresponden a los peritos en los juicios de sucesión, peritos, a que se refieren los artículos 52 a 65 del Capítulo V del Decreto 1.020, y los artículos 31 y 32 de la misma Ley 63. Y es lo cierto que los artículos 52 a 56 del Decreto 1.020 de 1936 reglamentario de la Ley 63 del mismo año, en cita, tratan exclusivamente de los peritos o expertos avaluadores en los juicios mortuorios. No hay duda de que la Ley 63 en nada afecta las disposiciones existentes, acerca del pago de honorario de otros peritos distintos a los de los juicios mortuorios, porque la misma enunciación del título de dicho estatuto es elocuente...".

"Entonces, si la sentencia acusada se apoyó, como es evidente en el inciso tercero del artículo 563 del Código Judicial, resulta probado a plenitud que la sentencia de 9 de junio de 1958, es violatoria de la disposición en cita, por aplicación indebida de la misma".

"SEGUNDO. — Porque la apreciación errónea del inciso tercero del artículo 568 del Código Judicial, en que incurrió el fallador, como se acaba de demostrar, produjo una nueva violación consistente en la 'falta de apreciación de determinada prueba', incurriendo en errores de hecho y de derecho que aparecen de manifiesto en los autos.

"Este segundo cargo es evidente, como paso a demostrarlo:

"El artículo 721 del Código Judicial establece que 'cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen unifor-

me, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba'".

Después de analizar la prueba pericial, concluye el recurrente así:

"...Prueba que por la indebida interpretación o apreciación errónea del inciso tercero del artículo 568 del Código Judicial, como ya se demostró, produjo la violación consistente en la falta de apreciación de la prueba pericial a que me vengo refiriendo, incurriendo el Tribunal en el error de hecho que implica no apreciar dicha prueba, y en el de derecho correlativo en no haberle dado su valor legal, desconociendo de plano el mandato del artículo 721 del Código Judicial".

La Corte considera:

a)—Cuando se impugna una sentencia por violación de la ley sustantiva, como ocurre con el primer cargo de la demanda de casación y, en general, cuando los reparos se formulan a través de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial en cualesquiera de sus dos supuestos, como el desvío consistiría en transgresión de ley sustancial, es necesario, en razón del carácter riguroso de este recurso extraordinario y por mandato del artículo 531 del código de procedimientos civiles, citar la norma sustantiva que el recurrente estime infringida, pues de lo contrario el recurso está condenado al insuceso, ya que la Corte no tiene libertad para juzgar sobre la sentencia atacada, en virtud de que "La casación está configurada en nuestro derecho como un recurso de los llamados **de relación** porque en ellos quien los decide no tiene libertad para juzgar sobre la providencia impugnada, sino que ha de seguir estrictamente la vía que el recurrente señale, y si ésta es inconducente la gestión fracasa porque al juzgador no le es dado el examen abierto y sin obstáculo al alcance de los Tribunales de instancia" (LXII, 734), y, como las normas que el demandante cree infringidas (artículos 668 del C. J. y 60 de la Ley 63 de 1936), no son de carácter sustancial, el cargo carece de la debida fundamentación y por tanto se lo rechaza.

b)—No es posible sustentar en casación error de hecho en la apreciación de la prueba cuando el fallador parte de la base de su presencia en el proceso y para no estimarla, como ocurre ahora, aplica en interpretación extensiva una disposición legal. Bien es cierto que la Sala de Casación Civil ha sostenido que el artículo 568 del C. J. —60 de la Ley 63 de 1936—, solamente es aplicable a los juicios de sucesión; pero, la equivocada aplicación de tal norma hecha por el Tribunal, no puede dar fundamento al ataque de la sentencia por error de hecho. No basta, por otra parte, invocar el error de derecho, si no se señala la disposición sustancial violada.

"Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de la ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria, es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considere infringida que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino e inútil. Y eso aún tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación o alcance... La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas, sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho, no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de la apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio, violación medio, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de las que propiamente llama el artículo 520 del Código Judicial, ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación" (LIII, 640).

TERCER CARGO

"Porque la sentencia acusada es violatoria de

la ley sustantiva por infracción directa del artículo 327 del Código Judicial".

Se considera:

No hace falta transcribir las razones expuestas por el recurrente para sustentar este cargo, porque el artículo 327 del C. J. no es una disposición de carácter sustancial, sino simplemente procedimental o rituario, cuyo objeto es determinar que ninguna resolución produce efectos antes de su notificación legal a las partes. Si dentro del proceso se le dicre efectos a una resolución que no se hubiere notificado a los litigantes, los remedios correspondientes deben buscarse oportunamente en el desarrollo de las instancias, sin que aisladamente la transgresión de la norma dicha tenga repercusión en sede de casación.

CUARTO CARGO

"Porque el Tribunal sentenciador al dejar de apreciar o desestimar la prueba pericial, como lo hizo, dejó de aplicar los artículos 1.946 y siguientes del Código Civil violando así la ley sustantiva".

El recurrente afirma que como las pruebas fueron presentadas en tiempo y el Tribunal no las apreció, hubo también desconocimiento del artículo 598 del C. J., y después de transcribir un aparte de la sentencia del Tribunal, afirma lo siguiente:

"Todas y cada una de las letras de la declaración anterior son violatorias del mandato expresado en el citado artículo 598 del C. J. porque con esos fundamentos, que ya se ha visto son inexactos y se basan en la aplicación indebida del artículo 568 del C. J., se dejó de apreciar la prueba pericial y por tanto no se aplicó como ha debido hacerse, el derecho sustantivo consagrado en los artículos 1.946 y siguientes del Código Civil, incurriendo así en su violación (error de hecho)".

Se considera:

En casación la censura ha de ser de carácter concreto, y por lo tanto se deben señalar cada una de las disposiciones violadas y el concepto de su transgresión, según lo crea el recurrente. Así que no puede limitarse la demanda de casación a señalar como violada una disposición sustancial "y siguientes del Código Civil", porque en tal caso el cargo sería de carácter indefinido.

En lo que respecta a la violación del artículo 1.946, por falta de aplicación, en ninguna parte de la sentencia el Tribunal ha negado la existencia de la acción de rescisión por lesión enorme, que esa acción define la citada norma, sino que, al contrario, no la encontró probada, lo que implica la debida aplicación del artículo 1.946 citado.

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 proferida en este juicio por el Tribunal de Bogotá, de fecha 9 de junio de 1958.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ALTA CORTE DE JUSTICIA

NO HUBO ERROR DE DERECHO EN LA SENTENCIA QUE ABSOLVIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL AL DUEÑO DE UN VEHICULO CON EL CUAL SE CAUSO UNA GRAVE LESION AL DEMANDANTE EN UN ACCIDENTE DE TRANSITO

1.—Considera el artículo 28 del C. de Procedimiento Penal cuatro hipótesis en las cuales no existe acción civil indemnizatoria, las dos primeras porque el hecho no le es imputable al sindicado quien por lo mismo no es responsable, y las dos últimas porque sin embargo de caberle imputabilidad física, su acción está recibida en derecho y no es tampoco sujeto de responsabilidad. El rasgo común de estas excepciones a los principios que distinguen los ilícitos penal y civil, consiste en la inexistencia de responsabilidad. De donde se deduce que cuando el fallo penal despacha absolución por ausencia de culpa en el sindicado, por modo que como causa única generadora del daño se encuentre el yerro de conducta en que la víctima incurriera, no hay base en derecho para que el poder jurisdiccional del Estado se exprese por otra vía —la civil— en sentido contrapuesto al pronunciamiento definitivo y firme de la justicia penal que la misma República administra por autoridad de la ley.

2.—La responsabilidad delictual y la responsabilidad por el ilícito simplemente civil obedecen a principios y normas que no les permiten ser equiparadas. Es así como por regla general la absolución por delito no interfiere la actividad jurisdiccional por cuanto hace a los efectos propios del ilícito civil. Pero si, por excepción, del pronunciamiento penal absolutorio se desprenden o la inexistencia del hecho, o para el agente causas de justificación o ausencia de imputabilidad o de culpa, en cuanto pertenece el error de conducta a la víctima y no al procesado, por ello absuelto concretamente sobre cierta lesión en determinada persona, ningún género de duda impide saber que el proceso civil mal podría convertirse en recurso extraordinario y desviado de revisión del proceso penal absolutorio por las mismas lesiones como debidas nada más que a culpa de la víctima, según lo establece y prueba la propia absolución en lo penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, catorce (14) de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

En el área urbana de Medellín, a eso de las diez de la noche del 9 de febrero de 1956, ocurrió un leve rozamiento entre los autobuses de servicio público números 18.503 y 19.277 conducidos en su orden por José Ignacio Mejía Ochoa y Gilberto Sánchez Cortés. A pesar de que los vehículos no recibieron daños de consideración, resultaron dos personas lesionadas. Gerardo Iván Correa, levemente por un trozo de vidrio, y Jesús Alberto Acevedo, pasajero del autobús 18.503, quien vino a experimentar la pérdida anatómica del brazo izquierdo.

Puso fin al respectivo proceso penal la sentencia de 27 de octubre de 1956, en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín absolvió a Gilberto Sánchez Cortés por las lesiones en la persona de Acevedo, y lo condenó a 40 días

de arresto y multa de $ 3.66 por las que experimentó Gerardo Iván Correa Toro.

EL LITIGIO

Contra Francisco Mejía Cuartas, propietario del vehículo que manejaba Sánchez Cortés, fue propuesta por Jesús Alberto Acevedo la demanda inicial del presente litigio con estas súplicas:

"A.—Que el demandado señor Francisco Mejía Cuartas es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales que por pérdida anatómica del miembro superior izquierdo he sufrido y sufriré, a consecuencia del choque de automotores ocurrido en la Carrera Carabobo crucero con la Calle Los Huesos de esta ciudad, a eso de las 10 p. m. del día 9 de febrero de 1956.

"B.—Que, en consecuencia de la anterior declaración, el señor Francisco Mejía Cuartas debe y está obligado a pagar a mi persona, inmediatamente quede ejecutoriada la sentencia definitiva, la suma de $ 20.000.00 m. l., o la que se determinare en el juicio, por concepto de perjuicios materiales, y la suma de $ 10.000.00 m. l., o la que se determine en el juicio, por concepto de perjuicios morales.

"Si en el juicio no existieren medios suficientes para determinar el valor de los perjuicios en cifras numéricas precisas, solicito que se haga la condenación en abstracto, para regularlos y liquidarlos luego por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial".

En primera instancia terminó el debate por sentencia absolutoria del 5 de mayo de 1959 proferida por el Juez 5º Civil del Circuito de Medellín, que apelada por el actor recibió confirmación de segundo grado en pronunciamiento del 4 de mayo de 1960.

Corresponde en oportunidad a la Corte decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la misma parte demandante.

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín observa que cuando la Sala Penal conoció de los hechos fue motivo cardinal de la absolución que para el conductor, en las circunstancias en que actuó, no era previsible que Acevedo llevara el brazo por fuera del vehículo: hecho éste que infiere con certidumbre, aunque al respecto "no hay una prueba testimonial completa", "porque no de otra manera podía sufrir el atroz machacamiento que le reconocieron los peritos y que obligaron la amputación de su brazo, porque es un imposible físico que eso hubiera ocurrido cuando los daños en la nave y maderamen del vehículo fueron mínimos, de tal suerte que como le dicen los peritos, solamente la imprudencia del ofendido al llevar el brazo fuera del autobús se debió el accidente, ya que de lo contrario apenas se habrían producido los leves daños que fueron constatados". (Pasos de la sentencia penal).

Frente al artículo 28 del Código de Procedimiento Penal expresa el sentenciador civil que es necesario "tener siempre presente que las decisiones absolutorias de los jueces de la jurisdicción penal inhiben al juez civil para conocer de aquellas acciones sobre indemnización de perjuicios cuando vienen cimentadas en el mismo hecho o infracción que analizado penalmente, fue considerado vacío de contenido culposo, porque entonces surge la valla legal infranqueable de la disposición transcrita que puntualiza cuando la acción civil no puede proponerse ante el respectivo funcionario de esta jurisdicción".

Después de varias consideraciones de orden doctrinal, expresa:

"Aplicando el criterio práctico de que se había en la jurisprudencia transcrita al caso enunciado en las premisas anteriores, debe considerarse si la sentencia de la autoridad penal se ajusta o comprende en alguno de los motivos restrictivos que enuncia el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, y si el problema jurídico investigado por esa jurisdicción es el mismo que ahora se le plantea o formula al juez civil, puesto que si puede puntualizarse la identidad, la presunción de verdad que conlleva el fallo penal deja sin piso o base a la acción civil, ya que por razones de orden público la cosa juzgada exige acatamiento y respeto.

"El juzgado de la jurisdicción del crimen, como ya se advirtió con la transcripción de los pasajes pertinentes del fallo, absolvió a Sánchez Cortés por las lesiones padecidas por Acevedo, por haber estimado que el chofer juzgado penalmente, ejercía una facultad legítima y que en su cumplimiento y desarrollo le fue imposible del todo prever que la víctima del accidente llevara su brazo por fuera de la ventanilla del bus en que viajaba y que a esta actitud normal o anormal se debió el destrozo de su miembro superior

izquierdo, pero que en forma alguna se puede responsabilizar penalmente a Sánchez Cortés puesto que su comportamiento antes y en el accidente está exento de toda culpa".

Más adelante añade:

"Si en el proceso penal entonces, se examinó la conducta del chofer Sánchez Cortés y llegó a la conclusión el funcionario de la jurisdicción del crimen, que al sindicado no podían aplicársele las sanciones previstas en el artículo 380 del Código Penal, por no haber incurrido en culpa, ese hecho juzgado penalmente no puede ser examinado de nuevo por los jueces de la jurisdicción civil, para deducirle responsabilidad de esta índole al empleador o patrono del chofer que accionaba el automotor, porque la providencia proferida por el juez penal, protegida por la presunción de verdad judicial, versó sobre el fondo del asunto sometido a su jurisdicción, sin dejar aspecto ni elemento alguno fuera de su estudio, apreciación y fallo, y no se funda en insuficiencia probatoria, en ese caso tal fallo sí inhibe por las elevadas razones de orden público ya dichas que ante otro juez se renueve la consideración y análisis de un hecho cuyo alcance y calificación jurídica ya fue establecida por el órgano judicial".

"Para llegar a deducirle responsabilidad al demandado, que vendría a ser la indirecta, sería indispensable, como requisito o condición necesaria, partir del hecho cierto de que su empleado —chofer— obró con imprudencia, negligencia, temeridad, puesto que el accidente no puede concebirse sin la actividad de éste causa inmediata y directa del daño sufrido por el demandante. La responsabilidad del demandado vendría a ser el reflejo o reflujo de la culpabilidad de su agente, puesto que aquél sólo responde por contragolpe y, entonces, para estructurarla sería condición necesaria, **sine qua non**, partir del hecho cierto e indubitable de la culpa de su empleado dependiente y al rastrear la conducta de éste frente al accidente, tropieza el funcionario de la jurisdicción civil con que la rama penal de la justicia en ejercicio de su actividad jurisdiccional ha dicho: '...se absuelve al acusado **Gilberto Sánchez Cortés**, de las condiciones civiles que constan en su indagatoria, por el delito de lesiones en la persona de Alberto Acevedo...' (fls. 14 vto., cuaderno 2). Y se ha operado la absolución, porque, según consta en los razonamientos de la parte motiva que sustentan el fallo, la conducta del incriminado está limpia de culpabilidad".

LA IMPUGNACION

El libelo invoca la causal 1ª por error de derecho en la apreciación probatoria de la sentencia que puso término al proceso penal adelantado contra el conductor Gilberto Sánchez Cortés, con violación indirecta de los artículos 1.494, 2.302, 2.347, 2.356 y 2.357 del Código Civil.

Comenta el fallo penal para deducir que si bien es **formalmente** absolutorio de Sánchez Cortés por las lesiones ocasionadas a Alberto Acevedo, no puede dejar de considerarse que lo condena "por las lesiones causadas a Gerardo Iván Correa Toro, con el mismo hecho y en el mismo accidente". De donde saca que el fallo penal "no es sustancialmente absolutorio por las lesiones causadas a Acevedo".

Añade a continuación:

"Absuelve por éstas, pero no por descartar la culpa que en ellas cupo a Sánchez Cortés, sino por la duda que asaltó al sentenciador de que el ofendido que represento hubiera llevado o no su brazo izquierdo por fuera del vehículo en el momento de recibir la herida, o mejor desde antes de ese instante".

Tal es el apoyo para la alegación de que el sentenciador de segunda instancia en el presente juicio civil "apreció erróneamente la prueba más importante allegada a este proceso, prueba ésta que se concreta e identifica en el fallo penal definitivo, o mejor en la copia auténtica que de él obra en los autos".

"Y dicho error —afirma— fue precisamente **de derecho**, porque el sentenciador no dio a esa prueba el valor y eficacia que le fija la ley, valor y eficacia que consiste en que siendo como es condenatorio el fallo penal, el juez civil no puede poner en duda que **el hecho existió** ni puede desconocer que **el procesado es responsable** del mismo y de sus consecuencias".

De todo lo cual desprende violación indirecta de las normas sustanciales atrás citadas.

SE CONSIDERA:

1.—De conformidad con el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal no existe acción civil indemnizatoria cuando ejecutoriados la sen-

tencia o el auto de sobreseimiento definitivo declaren cualquiera de estas cosas:

a) Que el hecho —infracción— no se cometió;

b) Que, aún cometido, no lo fue por el procesado;

c) Que obró en cumplimiento de un deber; o

d) Que lo ejecutó en ejercicio de una facultad legítima (por lo mismo, sin abuso o desvío).

El rasgo común de estas excepciones a los principios que distinguen los ilícitos penal y civil, consiste en la inexistencia de responsabilidad. Bien por no ser imputable al sindicado en las hipótesis a) y b); o porque sin embargo de caberle imputabilidad física en los supuestos c) y d), su acción está recibida en derecho y no es tampoco sujeto de responsabilidad ninguna.

2.—El análisis precedente demuestra que cuando el fallo penal despacha absolución por ausencia de culpa aunque el sindicado se hallara a tiempo del hecho en ejercicio de actividad peligrosa, por modo que como causa única generadora del daño se encuentre el yerro de conducta en que la víctima incurriera, no hay base en derecho para que el poder jurisdiccional del Estado se exprese por otra vía —la civil— en sentido contrapuesto al pronunciamiento definitivo y firme de la justicia penal que la misma República administra por autoridad de la ley.

Prueba, en efecto, la sentencia absolutoria contra la presunción de responsabilidad con que las normas amparan a la víctima de actividades peligrosas. Porque si en concreto el proceso punitivo demostró que de la colisión apenas habrían resultado leves daños para los dos vehículos y la lesión que por un fragmento de vidrio recibiera Gerardo Iván Correa Toro, pero de ninguna manera para Alberto Acevedo la pérdida del brazo izquierdo, desde luego que la naturaleza leve del rozamiento poseyó elocuencia bastante para formar en el sentenciador penal la convicción de que el perjuicio se produjo exclusivamente por causa que escapaba a la previsión del conductor, se desvanece la presunción legal de responsabilidad y el acto absolutorio en lo criminal aniquila en lo civil la acción.

3.—Para el sentenciador penal la única explicación físicamente posible del daño recibido por Acevedo —que tuviese el brazo por fuera del vehículo— le llevó a la absolución por ese hecho; con el significado obvio de ausencia de culpa en el conductor y yerro de conducta en la víctima, que por falta de elemental prudencia atrajo el peligro sobre sí mismo, con resultado deplorablemente adverso.

No se trata aquí de que el hecho exista, pero no con el carácter de delictuoso, lo que dejaría abierto el campo a la acción civil para medir las consecuencias privadas del ilícito cuya existencia no delictuosa reconoce la justicia penal. El supuesto consiste en que concretamente el sentenciador penal absuelve por cuanto el hecho de la pérdida del brazo es imputable únicamente a culpa de la víctima, ajena a la previsibilidad del conductor de seres animados y poseedores de libertad racional de movimiento, que están en la obligación de prever. Lo que significa que para la sentencia absolutoria el procesado no cometió el hecho, y esta es causa dirimente de la acción civil indemnizatoria.

4.—La responsabilidad delictual y la responsabilidad por el ilícito simplemente civil obedecen a principios y normas que no les permiten ser equiparadas. Es así como por regla general la absolución por delito no interfiere la actividad jurisdiccional por cuanto hace a los efectos propios del ilícito civil. Pero si, por excepción, del pronunciamiento penal absolutorio se desprenden o la inexistencia del hecho, o para el agente causas de justificación o ausencia de imputabilidad o de culpa, en cuanto pertenece el error de conducta a la víctima y no al procesado, por ello absuelto concretamente sobre cierta lesión en determinada persona —como en el caso sub índice— ningún género de duda impide saber que el proceso civil mal podría convertirse en recurso extraordinario y desviado de revisión del proceso penal absolutorio por las mismas lesiones como debidas nada más que a culpa de la víctima, según lo establece y prueba la propia absolución en lo penal.

No incurrió pues el sentenciador civil en yerro de derecho en la apreciación probatoria. Le ha reconocido a la sentencia penal el valor demostrativo que legalmente posee, y por ello la impugnación queda sin base.

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 4 de mayo de 1960 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

No aparecen costas causadas en el recurso.

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

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

NO HUBO VIOLACION DE LA LEY EN LA SENTENCIA QUE CONDENO AL PADRE DE FAMILIA A INDEMNIZAR LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL HECHO DELICTUOSO DE SU HIJO NO EMANCIPADO

1.—Cuando por culpa del agente se lesiona un interés jurídicamente protegido, asiste a la víctima el derecho a resarcimiento. Sólo que para legitimarse en la causa es regla general que a su cargo se encuentre la prueba de los elementos que envuelve la responsabilidad civil extracontractual: culpa, daño y relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio experimentado por la víctima. Sin embargo, la prueba de culpabilidad no corresponde al demandante si por motivos trascendentes las normas organizan presunciones que invierten la carga de la prueba. Presumida en el demandado la responsabilidad por el hecho dañino, le basta al demandante probar las demás condiciones de la acción para obtener sentencia indemnizatoria.

2.—Se presume por ley la responsabilidad del padre de familia por el hecho injurioso de sus hijos no emancipados (2º, 2.347 del C. C.). La proposición jurídica se justifica en fuerza de los poderes que el régimen de la familia reconoce al padre para el fiel cumplimiento de los deberes que la patria potestad comporta y exige. Si el hijo de familia lesiona el derecho ajeno, el hecho mismo posee elocuencia demostrativa de falla grave en el cumplimiento de los deberes del padre tocantes a la guarda, educación y vigilancia de la conducta del hijo. Para verse absuelto de responsabilidad es necesario al padre la demostración de estar exento de culpa, por cuanto a pesar de su celo y diligente esmero en la formación del hijo, estuvo en imposibilidad de evitar el hecho dañoso.

3.—Hay restricción probatoria para los actos o contratos de que surjan o se extinguan vínculos cuyo objeto valga más de $ 500.00. Se rechaza la prueba por testigos dentro del sistema organizado por los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887 y 608 del Código Judicial. Pero cuando se contempla el hecho ilícito y sus consecuencias, es notorio que la hipótesis se encuentra al abrigo de tal restricción y existe de suyo libertad de pruebanzas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, catorce (14) de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

En una fuente de soda de Santa Rosa de Cabal, a las diez y media de la noche del 12 de junio de 1956 el menor Gilberto Echeverri Salazar, hijo de Camilo Antonio y Soledad, hizo cinco disparos de revólver sobre Julián Lema Mejía, también menor de edad, quien experimentó otras tantas heridas que le causaron la muerte el 13 de septiembre siguiente en la Clínica de Pereira, después de tres hospitalizaciones. Gilberto fue declarado autor del homicidio por sentencia del 19 de agosto de 1957 proferida por el Juzgado de Menores de Manizales.

Estos hechos motivaron el presente litigio iniciado por Julia Mejía v. de Lema, madre de Julián, contra Camilo Antonio Echeverri y Soledad Salazar de Echeverri, con las siguientes súplicas:

"1ª—Que los señores Camilo Antonio Echeverri Arbeláez y Soledad Salazar Angel de Echeverri, cónyuges entre sí, y padres legítimos del me-

nor Gilberto Echeverri Salazar, están obligados a pagar tres días después de la ejecutoria del fallo o en la fecha que la sentencia determine, a la señora Julia Mejía v. de Lema o a quien sus derechos represente legítimamente, en Santa Rosa de Cabal, la cantidad de $ 30.000.00 moneda corriente, valor de los perjuicios o daños materiales causados por el menor Gilberto Echeverri Salazar, con la muerte violenta con arma de fuego, que dio al señor Gonzalo o Julián Lema Mejía, mediante hechos cumplidos el 12 de junio de 1956, a las diez y media de la noche, aproximadamente, en el teatro o bar del Teatro Cabal de Santa Rosa de Cabal, habiéndose producido la muerte del señor Lema Mejía, como consecuencia de esas heridas el 16 de septiembre del mismo año en la Clínica Pereira de la ciudad del mismo nombre.

"2ª—Que los señores Camilo Antonio Echeverri A. y Soledad Salazar de Echeverri, cónyuges entre sí y padres del menor Gilberto Echeverri Salazar, están obligados a pagar a la señora Julia Mejía v. de Lema o a quien legalmente represente sus derechos, tres días después de la ejecutoria del fallo, o en la fecha que la sentencia indique, la cantidad de $ 2.000.00, valor de los daños o perjuicios morales causados por el menor Gilberto Echeverri Salazar, con los hechos determinados en el ordinal 1º que antecede.

"**Subsidiaria de las anteriores:**

"Que la condenación por los daños y perjuicios morales y materiales de que tratan las dos peticiones anteriores, se haga por la cuantía que peritos determinen en el curso del juicio.

"Para el caso de que la justicia considere que sólo el padre legítimo del menor Echeverri es quien debe pagar los daños y perjuicios causados por éste con el delito de que trata la presente demanda, interpongo otra **subsidiaria**, la de que las declaraciones 1ª y 2ª de la parte petitoria de la demanda, se hagan contra el señor Camilo Antonio Echeverri Arbeláez, padre legítimo del menor Gilberto Echeverri Salazar.

"3ª—Que los demandados o en su lugar el demandado Echeverri A., paguen a mi mandante las costas de la presente acción".

Cerró el debate en primer grado el Juez Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal por sentencia del 16 de junio de 1956, condenatoria de Camilo Echeverri al pago de $ 2.000.00 por concepto de perjuicios morales subjetivos y de $ 24.060.00 por valor de los perjuicios materiales causados a Julia Mejía v. de Lema, además de las costas procesales; absolutoria de Soledad Salazar de Echeverri, y de ambos en las demás súplicas.

Abierta la segunda instancia por alzada de ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales la feneció con pronunciamiento de fecha 19 de febrero de 1960 que, al confirmar en todas sus partes el de primer grado, lo adiciona en el sentido de condenar a la demandante a pagar a Soledad Salazar de Echeverri "las costas útiles que ésta hubo de soportar para su defensa en ambas instancias".

Corresponde ahora a la Corte decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la parte demandada.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Después de considerar que el Juzgado de Menores de Manizales declaró a Gilberto Echeverri Salazar como autor del delito consumado de homicidio en la persona de Julián Lema Mejía; que con la necropsia y abundante prueba testimonial se acreditó a plenitud que Gilberto hirió gravemente con arma de fuego a Julián y le produjo lesiones que causaron su fallecimiento el 16 de septiembre de 1956; que Camilo Antonio Echeverri ejercía la patria potestad sobre su hijo Gilberto, el Tribunal se refiere a la responsabilidad del padre de familia por hechos de sus hijos, y expresa en relación con el artículo 2.347 del Código Civil:

"De allí que, aunque por regla general corresponde al demandante en acciones de responsabilidad civil extracontractual probar los tres extremos configurativos de aquéllas en tratándose de indemnización por daños ocasionados por personas que están a cargo de otras, opera en contra de éstas la presunción de culpa y entonces sólo pesa sobre el actor la carga de la prueba del daño sufrido como consecuencia de la actividad de la persona que depende del demandado. Ha dicho la Corte a este propósito:

" 'Tocante a la prueba de la culpa, es de otro modo cuando el sistema legal protege a la víctima por medio de presunciones de responsabilidad. Tal sucede con el deber de indemnizar el daño causado por el hecho de quienes se encuentran al cuidado del responsable por su guarda y

vigilancia, en las hipótesis previstas por el artículo 2.347 del Código Civil... O sea, que la víctima está amparada con la presunción legal de responsabilidad, que arroja a cargo del demandado la prueba de no haber podido impedir el hecho, a pesar de la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe. Esto es, que para quedar exento de responsabilidad debe probar, por lo menos, la ausencia de culpa.

"'Tradicionalmente se entiende que esta presunción de responsabilidad es anexa a los atributos y cuidados sobre la persona del hijo que la patria potestad confiere y prescribe al padre, y a falta de éste por cualquier causa legal a la madre, mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias, por lo que atañe a la filiación legítima...'.

"Sentado pues que sobre el padre de familia pesa una presunción de culpa por los hechos dañosos de sus hijos no emancipados, debe examinarse si en el caso de autos el señor Camilo Antonio Echeverri logró desvirtuar esa presunción legal de culpabilidad por el delito de homicidio cometido por su hijo Gilberto Echeverri Salazar en la persona de Gonzalo o Julián Lema Mejía.

"Conviene recordar ante todo que Gilberto tenía apenas diez y siete años de edad cuando cometió ese delito y que, por tanto, estaba bajo la patria potestad del señor Camilo Antonio Echeverri, pues no se demostró que hubiera sido emancipado. En tales condiciones, y de acuerdo con los artículos 2.347 y 2.348 del Código Civil, le correspondía a don Camilo Antonio demostrar que, con la autoridad y el cuidado que su calidad de padre le confiere y prescribe, no pudo impedir el hecho criminoso de su hijo Gilberto, y que tal hecho no provino de mala educación o de hábitos viciosos que éste le dejó adquirir. Solamente así podía el demandado desvirtuar la presunción de culpa y exonerarse, por ende, de toda responsabilidad.

"Pero resulta que el señor Camilo Antonio Echeverri no sólo dejó de probar que el cuidado y vigilancia sobre su hijo habrían bastado, en condiciones normales, para impedir el acto criminoso de éste, sino que por el contrario y aún de los propios medios de prueba por él aportados al juicio, se deduce que su comportamiento no fue el de un padre solícito y cuidadoso del bien de sus hijos, sino un mal ejemplo que indudablemente hubo de influír en la conducta desarreglada del menor Gilberto Echeverri.

"En efecto, entre las pruebas del mismo demandado figuran algunas declaraciones de testigos que dan cuenta del comportamiento poco edificante del señor Echeverri, y de cómo era público y notorio que éste tenía una concubina y se presentaba con ella y con otras mujeres de vida licenciosa en bares y cantinas de Santa Rosa, ciudad donde vivía con su familia y donde crecían sus hijos".

En seguida cita el sentenciador y comenta las declaraciones de Salvador Arango, Francisco Bustamante, Enrique Aristizábal, Samuel Londoño Vera, Hernando Osorio, Alfredo García, Fernando Díaz, Aurelio Tobón Alvarez, Manuel Antonio Idárraga, José Jesús Gómez, Salvador Arango, e Ignacio Sierra Ochoa. Después expresa:

"Frente a prueba testimonial tan copiosa, y aportada por una y otra parte, es imposible aceptar que el señor Camilo Antonio Echeverri se hubiera preocupado por vigilar y por dar buen ejemplo a su hijo Gilberto. Este, como era natural, ha seguido las huellas de su padre, según se desprende también de numerosas declaraciones de testigos que dan cuenta de cómo Gilberto se aficionó desde su más tierna juventud a una vida ligera y de parranda, sin que aparezca en parte alguna del expediente que su padre pusiera los medios adecuados para impedirlo.

"Por otra parte, nada valen a juicio del Tribunal los certificados y declaraciones de quienes afirman que Gilberto Echeverri estuvo estudiando en los mejores colegios de Santa Rosa, si de otro lado don Camilo Antonio, en lugar de esforzarse por completar la educación de su hijo, estaba por el contrario destruyendo con su ejemplo la labor de los maestros".

En lo que respecta al monto de los perjuicios, dice el sentenciador:

"Por concepto de perjuicios materiales resultantes de daño emergente, el Juzgado condenó al demandado a pagar a la demandante la suma de $ 24.060.00. Como fundamento de esta condenación se lee en la sentencia de primera instancia el siguiente aparte: 'En el caso a estudio tenemos que no se demostraron sino perjuicios actuales o sólo parte de estos; pues de autos no se sabe qué dineros se invirtieron en drogas, entierro, transportes, hospitales, etc. Hay sólo la constancia en el expediente de lo pagado a los doctores Alvarez Vélez y Osorio C. y al doctor Castaño Ro-

bledo en su carácter de gerente o jefe de la Clínica Pereira'.

"Obran efectivamente en el cuaderno número 2, a folios 20 y vto., 23 y 24, las declaraciones de los doctores Alonso Osorio Aristizábal, Mario Alvarez Vélez y Gilberto Castaño Robledo...

"A juicio del Tribunal en estas tres declaraciones se encuentra base suficiente para justipreciar el daño emergente sufrido por la demandante con motivo del acto delictuoso ejecutado por el menor Gilberto Echeverri Salazar, ya que los testigos deponen bajo juramento, no tanto sobre lo que presenciaron, sino ante todo como actores o intervinientes en el largo y penoso tratamiento médico de la víctima de ese delito. Estima por otra parte la Sala, ...que a tales declaraciones bien puede dárseles el valor de recibo, con la ventaja de que fueron expedidos ante el juez bajo juramento.

"Además, como corroborantes de estas declaraciones obran en el expediente, en copia auténtica, los reconocimientos médicos que, de acuerdo con la ley, se le practicaron a Julián o Gonzalo Lema Mejía. Tales reconocimientos fueron hechos ante la Inspección 3ª Municipal de Santa Rosa por los doctores Mario Alvarez Vélez y Albino Hoyos Z., y de ellos se deduce que los facultativos que atendieron al nombrado Lema hubieron de trabajar intensamente durante tres meses, tratando de salvarle la vida (folios 25 vto. y 26 del cuaderno número 2.) Así se deduce también, con mayor fuerza de convicción, del acta de necropsia visible a folios 26 vto. y 27 del mismo cuaderno, pieza ésta en la que se transcriben los hallazgos operatorios y el tratamiento médico quirúrgico que se le hizo a Julián Lema.

"No aparecen, pues, exageradas las sumas de dinero que los nombrados médicos declarantes dicen haber recibido por concepto de honorarios profesionales y de hospitalización de Julián en la Clínica Pereira, y estima por ello el Tribunal que es acertada la decisión de condena que sobre este punto tomó el Juzgado en la sentencia recurrida. Por otra parte, conviene observar que los peritos avaluadores llamados a rendir dictamen en esta segunda instancia, estuvieron todos de acuerdo en acoger, como base del valor del daño emergente sufrido por la señora demandante, las mencionadas declaraciones de los médicos; lo cual indica que ni siquiera vacilaron en tener como justas las erogaciones que aquélla hizo por este concepto, en la cuantía expresada por los testigos".

LA IMPUGNACION

Se encuentran formulados dos cargos por la causal 1ª:

I.—"Aplicación indebida de los artículos 2.347 y 2.348 del Código Civil, determinada por errónea apreciación de la prueba testimonial, y de los documentos visibles a los folios 30 y 35 vto. del cuaderno número 3".

El recurrente ensaya la crítica de los testimonios aportados al debate sobre la conducta de Camilo Antonio Echeverri, califica las declaraciones de vagas y contradictorias, y dice que "forman en su conjunto una telaraña de chismes parroquiales". Deduce de ahí que el Tribunal incurrió "en error evidente de hecho al darle valor de plena prueba de la mala conducta del señor Echeverri, a las declaraciones que el fallo reproduce, porque ellas no pueden alcanzar a demostrar el concubinato, ni la vida licenciosa, ni el mal ejemplo, que el sentenciador imputa al demandado".

Afirma que varios testimonios de personas que el libelo señala, "concuerdan en afirmar que los esposos Echeverri-Salazar son personas honorables, de buena posición social, que siempre se han esmerado por la mejor formación de sus hijos"; alude a los certificados (fls. 30 y 35 vto. cuaderno 3) de los colegios donde estudiara Gilberto Echeverri Salazar y a que su conducta fue buena; estima que por no estar presente el padre en el lugar del hecho perpetrado por el hijo, se demuestra en el progenitor la ausencia de culpa; e insiste en decir que el Tribunal incurrió "en error de hecho manifiesto y notorio" por no tener en consideración tales pruebas, que en sentir del recurrente desvanecen la presunción legal de responsabilidad del padre por los hechos del hijo de familia.

II.—"Violación indirecta de los artículos 2.341, 2.347 y 2.348 del Código Civil, determinada por la violación de los artículos 1.767 de la misma obra, 703 del Código Judicial, y 91, 92 de la Ley 153 de 1887, y la errónea apreciación de la prueba testimonial".

El libelo censura al sentenciador por haber tenido "como prueba de los perjuicios, en concepto de daño emergente, las declaraciones de los testigos doctor Alonso Osorio Arigtizábal, doctor

Mario Alvarez Pérez y doctor Gilberto Castaño Robledo". Y dice:

"Este medio probatorio resulta a todas luces incompleto e inconducente para el fin propuesto, y al aceptarlo el sentenciador incurrió en errores de hecho y de derecho, que lo condujeron a la indirecta violación de la ley sustantiva".

Más adelante añade:

"Que esta apreciación del fallador resulta equivocada, se evidencia al considerar que la prueba de testigos no es idónea para acreditar el pago de obligaciones de más de quinientos pesos. Esta restricción de la prueba testimonial se encuentra expresamente consagrada en el artículo 703 del Código Judicial, que extiende la prohibición contenida en los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887, al modo de extinguir las obligaciones. Y como el pago es uno de estos modos, según el artículo 1.625 del Código Civil, se concluye que no es apta, ni conducente la prueba de testigos para acreditar el pago de una suma mayor de quinientos pesos. En el caso de autos los honorarios profesionales que se dice fueron pagados a los doctores Osorio y Alvarez, sobrepasan el límite legal, y por ello ha debido traerse al menos un principio de prueba por escrito".

Por otra parte considera que los doctores Osorio y Alvarez al manifestar que sus honorarios les fueron pagados por los familiares de la víctima, no determinan que pagara Julia Mejía v. de Lema; que el doctor Castaño Robledo se refiere a servicios cuyo valor ascendiera a $ 17.860.00 aproximadamente; que los peritos de la segunda instancia no tuvieron base cierta para valorar el daño emergente, "porque ninguna certeza ofrecen los testimonios de los distinguidos médicos para fijar una cifra concreta"; y que "debe relievarse el hecho de que el fallo acusado no se fundamenta en el dictamen pericial, sino en la prueba testimonial que se deja reseñada".

Concluye así:

"Y es protuberante el error de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal, cuando estimó los perjuicios materiales, con base en una prueba incompleta, ineficaz e inconducente, con violación de las disposiciones que regulan la prueba testimonial y su restricción. Esta violación, como es obvio, llevó al H. Tribunal a pronunciar el fallo condenatorio, con fundamento en los artículos 2.341, 2.347 y 2.348, que resultaron también indirectamente infringidos".

SE CONSIDERA:

1.—Cuando por culpa del agente se lesiona un interés jurídicamente protegido, asiste a la víctima el derecho a resarcimiento. Sólo que para legitimarse en la causa es regla general que a su cargo se encuentre la prueba de los elementos que envuelve la responsabilidad civil extracontractual: culpa, daño, y relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio experimentado por la víctima.

Sin embargo, la prueba de culpabilidad no corresponde al demandante si por motivos trascendentes las normas organizan presunciones que invierten la carga de la prueba. Presumida en el demandado la responsabilidad por el hecho dañino, le basta al demandante probar las demás condiciones de la acción para obtener sentencia indemnizatoria.

2.—Se presume por ley la responsabilidad del padre de familia por el hecho injurioso de sus hijos no emancipados (2º, 2.347 C. C.). La proposición jurídica se justifica en fuerza de los poderes que el régimen de la familia reconoce al padre para el fiel cumplimiento de los deberes que la patria potestad comporta y exige.

Si el hijo de familia lesiona el derecho ajeno, el hecho mismo posee elocuencia demostrativa de falla grave en el cumplimiento de los deberes del padre tocantes a la guarda, educación y vigilancia de la conducta del hijo. Para verse absuelto de responsabilidad es necesaria al padre la demostración de estar exento de culpa, por cuanto a pesar de su celo y diligente esmero en la formación del hijo, estuvo en imposibilidad de evitar el hecho dañoso.

No es que el demandante tenga la carga de traer al debate judicial probanzas conducentes a formar convicción acerca del incumplimiento de los deberes del padre para con el hijo. Por manera que si el demandante, a más de la presunción que le favorece, abunda al aportar inferencias encaminadas a establecer que la conducta del padre en la formación moral del hijo estuvo alejada de darle buenos ejemplos, es obvio que la crítica del recurrente en casación sobre los testimonios aducidos al respecto, no encierra quebranto para el fallo acusado: a) porque son discrecionales los poderes del sentenciador para formar juicio sobre ello, y está lejos de haberse demostrado, menos por modo evidente, que la

sentencia se halle en pugna con la lógica elemental o el sentido común; b) porque el demandado no ha traído prueba capaz de desvirtuar la presunción de culpabilidad que por ley gravita en su contra.

3.—Que la muerte del hijo de la actora fuera causada por el hecho que ejecutó el hijo del demandado, es punto sustraído del debate por reconocimiento de todos los que en el proceso han intervenido. Nadie duda tampoco de que el hecho en sí mismo tiene aptitud eminentemente dañosa. La cuestión se reduce a objetivar el perjuicio, puesto que, además, el impacto de dolor en la madre es evidente.

4.—Hay restricción probatoria para los actos o contratos de que surjan o se extingan vínculos cuyo objeto valga más de $ 500.00. Se rechaza la prueba por testigos dentro del sistema organizado por los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887 y 703 del Código Judicial. Pero cuando se contempla el hecho ilícito y sus consecuencias, es notorio que la hipótesis se encuentra al abrigo de tal restricción y existe de suyo libertad de probanzas.

Si el daño se materializa y concreta en gastos por médicos y hospitalización, y quienes prestaron los correspondientes servicios declaran sobre ese hecho y el de haber recibido el importe de los honorarios y gastos clínicos, no hay en ello nada distinto del reconocimiento ante el juez por el acreedor de haber recibido las sumas adeudadas, y no la simple declaración de quien presenciara el acto del pago.

Si, por consiguiente, el sentenciador encontró probado el importe del daño por la declaración de los médicos que asistieron a la víctima directa del ilícito y de quienes tuvieron a su cargo la hospitalización, además de la prueba pericial de la segunda instancia, no hay base en los artículos 703 del Código Judicial, 91 y 92 de la Ley 153 de 1887 para que prospere la censura al respecto. Tanto más cuanto que no se discute, en función reguladora, el monto de tales gastos y honorarios.

Por otro aspecto, no es costumbre aceptada por la nobleza de la profesión —liberal y humanitaria por excelencia, además de sacerdocio en sus orígenes— exigir recibo por honorarios médicos. Lo que daría nota de imposibilidad moral de obtener prueba escrita del pago, sea que la cuantía exceda o no de $ 500.00.

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 19 de febrero de 1960 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

No aparecen costas causadas en el recurso.

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

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

CARECEN DE FUNDAMENTO LOS CARGOS HECHOS CONTRA UNA SENTENCIA QUE DECLARO RESUELTO, POR INCUMPLIMIENTO DE UNA DE LAS PARTES, UN CONTRATO DE PERMUTA DE BIENES RAICES

1.—La cláusula contractual, de común ocurrencia entre nosotros, en la cual expresan las partes que los bienes vendidos o permutados se encuentran libres de todo gravamen, implica un acuerdo de los contratantes sobre la transferencia de los bienes sin gravamen alguno. Con esa estipulación sobre libertad de los bienes buscan los interesados evitar que, por la existencia de gravámenes desconocidos o no declarados, llegue a romperse el equilibrio convencional que tuvieron en mientes al celebrar el contrato respectivo. La cláusula en mención no es, pues, un pacto caprichoso o anodino, sino que tiene un valor contractual que las partes no pueden echar en olvido sin someterse a las sanciones consiguientes.

2.—El artículo 1.880 del C. Civil, aplicable a la permuta, impone al vendedor o permutante la obligación de hacer entrega o tradición del bien enajenado, obligación cuyo cumplimiento, cuando se trata de inmuebles, se cristaliza en dos actos, la tradición por medio del registro y la entrega material. Pero no es esto solo, sino que dicho cumplimiento ofrece otras peculiaridades que vale recordar. El artículo 1.884 ibidem prescribe en efecto que el vendedor es obligado a entregar la que reza el contrato, y los artículos 1.627 y 1.648 disponen que el pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación. De acuerdo con estos preceptos el cumplimiento o pago de una obligación debe reunir, entre otros requisitos objetivos, los de la identidad y la integridad de la prestación. De donde se deduce que la declaración expresa de los contratantes sobre la libertad de los bienes permutados o vendidos, no es una manifestación vana y superflua, sino que entraña un acuerdo de las mismas partes para hacerse tradición de esos bienes exentos de gravámenes.

3.—La circunstancia de que el comprador de bienes gravados con hipotecas no declaradas por el vendedor, pueda demandar indemnización de éste por motivo del desposeimiento o de la evicción que le llegue a producir el ejercicio de la acción hipotecaria (C. Civil, 2.153 y 1.884), no priva a dicho comprador de los demás recursos que la ley le brinda para evitar estas consecuencias y las que se deriven del incumplimiento de las obligaciones contraídas a su favor, recursos entre los cuales se halla la acción resolutoria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL. — Bogotá, D. E., abril catorce de mil novecientos sesenta y uno.

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

ANTECEDENTES

A)—Por la escritura número 4.243, otorgada en la Notaría Tercera de Medellín el 24 de agosto de 1956, los cónyuges Jesús Gómez Arango y Genoveva Marín de Gómez, de una parte, y el señor Antonio Sánchez V., de otro lado, celebraron un contrato de permuta, en virtud del cual Sán-

chez transfirió a los señores Gómez y Marín el dominio de un predio rústico llamado "Linares" y de una porción de terreno adyacente, ubicados estos inmuebles en el Corregimiento de Yondó, Municipio de Remedios, Departamento de Antioquia. A su vez y a cambio de los bienes dichos, los contratantes Gómez Arango y Marín de Gómez transmitieron a Sánchez la propiedad de cuatro lotes de terreno situados dentro del área urbana de Medellín y mejorados algunos de ellos con edificaciones. El permutante Gómez Arango dijo haber adquirido tres de estos lotes por permuta celebrada con los señores Hernando, Antonio y Miguel A. Mejía, según escritura número 2.859, extendida en la Notaría Primera de Medellín el 24 de septiembre de 1956, es decir, un mes después de la permutación concertada con Antonio Sánchez. El cuarto lote urbano lo hubo la señora Marín por compra hecha a Alicia Tobón conforme a la escritura número 3.052, corrida en la Notaría Segunda de Medellín el tres de diciembre de 1955.

En la cláusula tercera de la escritura número 4.243 se expresó textualmente "que los bienes permutados están libres de todo gravamen, como censo, embargo judicial, registro por demanda civil, pleito pendiente y demás condiciones resolutorias y de hipotecas el inmueble que transmite el permutante Sánchez y la permutante Marín de Gómez, pero los bienes transmitidos por el Sr. Jesús Gómez Arango cargan con una hipoteca por la suma de seis mil pesos ($ 6.000.00) moneda legal, a favor del señor Abelardo Salinas, y de este gravamen se hace cargo el permutante Antonio Sánchez V.". Por la cláusula cuarta del mismo instrumento se estipuló que desde la fecha de éste los contratantes se hacen entrega recíproca de los bienes permutados con todos sus derechos y acciones consiguientes. Por la cláusula quinta se acordó que la finca transferida por Sánchez valía treinta mil pesos y otro tanto los bienes que permutaban los cónyuges Gómez y Marín, y que, como los transmitidos por Gómez tenían una hipoteca por seis mil pesos, de cuyo pago se hacía cargo Sánchez, el mismo Gómez se obligaba a pagar a éste esa suma de dinero dentro del plazo de un año y al interés del uno por ciento mensual, con garantía hipotecaria sobre la finca que el citado Sánchez transfería al propio Gómez Arango. La escritura que se relaciona fue oportunamente inscrita en las Oficinas de Registro de Medellín y de Segovia.

Al pie del instrumento en mención figura una nota suscrita en Medellín por el nombrado Antonio Sánchez, el nueve de enero de 1957, en la cual se expresa que éste cede al señor Antonio Chavarriaga Restrepo el crédito hipotecario que por seis mil pesos figura en esa escritura, con los intereses que se devenguen desde el 24 de octubre de 1956.

B)—Por la escritura número 2.859, extendida en la Notaría Primera de Medellín el 24 de septiembre de 1956, el señor Jesús Gómez Arango adquirió efectivamente, por permuta celebrada con los Sres. Antonio, Miguel Angel y Hernando Mejía los tres lotes urbanos que un mes antes había transferido al señor Antonio Sánchez por la mentada escritura número 4.243.

C)—El mismo 24 de septiembre de 1956 se otorgó en la Notaría Tercera de Medellín la escritura número 4.792, en la cual aparece que los cónyuges Jesús Gómez Arango y Genoveva Marín de Gómez le vendieron al señor Julio Restrepo R. la finca de "Linares" y la porción adyacente que a los vendedores les había transferido en permuta un mes antes el señor Antonio Sánchez por la escritura número 4.243.

D)—El 31 de enero de 1957 el nombrado Antonio Sánchez demandó ante el Juez Tercero Civil del Circuito de Medellín a los señores Jesús Gómez Arango, Genoveva Marín de Gómez y Julio Restrepo R. para que, por la vía ordinaria, se hicieran en la sentencia respectiva varias declaraciones, entre ellas las siguientes:

1)—Que es nulo y carece de efecto el contrato de permuta que se consignó en la escritura número 4.243, extendida en la Notaría Tercera de Medellín el 24 de agosto de 1956, por razón del dolo con que obraron los permutantes Gómez y Marín al celebrar esa convención.

2)—Que como consecuencia de la declaración anterior, carece también de valor y efecto el contrato de compraventa que los mismos demandados Gómez Arango y Marín celebraron con el señor Julio Restrepo respecto de la finca de "Linares" y de la porción colindante.

3)—Que como secuela de las dos declaraciones precedentes las cosas deben volver al estado que tenían antes de la celebración de la permuta aludida y que por tanto los demandados están obligados a restituir al actor los inmuebles rurales mencionados.

4)—Que los demandados Gómez Arango y Ma-

rín deben restituir o pagar al demandante los frutos naturales y civiles de los inmuebles, así como cubrirle también la suma de $ 15.000.00 por concepto de perjuicios materiales y morales y el valor de las costas del juicio.

5)—Como súplica subsidiaria el actor formuló la siguiente:

"Que no estando como no estoy obligado a perseverar en el contrato de permuta que celebré con los señores Jesús Gómez A. y Genoveva Marín de Gómez, cónyuges entre sí, porque éstos no sólo no me hicieron entrega material de lo que dijeron transmitirme, sino que aparecen esos bienes gravados con hipotecas que representan cantidades apreciables, siendo que garantizaron en la misma escritura de permuta todo lo contrario, tal contrato queda resuelto o rescindido y en ambos casos con obligación solidaria para mis demandados en cuestión de entregarme, dentro del término de seis días o el que se les fije, los bienes que de mí recibieron y a que se refiere la precitada escritura número 4.243, de 24 de agosto de 1956, de la Notaría Tercera de Medellín, entrega que debe hacerse por medio de la policía y aun haciendo uso de la fuerza si fuere necesario, y debiendo ordenarse la cancelación de los registros y matrículas de tal escritura a las respectivas oficinas".

E)—Fuera de estos antecedentes, el actor Sánchez dice en su libelo que él entregó a satisfacción de los demandados Gómez y Marín los inmuebles que les transfirió en permuta, ejecutando así sus obligaciones, y que en cambio éstos, con fines aviesos, procedieron a vender esos bienes al demandado Restrepo, que fue víctima del dolo cometido por los mismos Gómez y Marín, quienes con engaños le arrebataron su único patrimonio, ya que dijeron transmitirle unos bienes libres de gravámenes cuando sí tenían otros distintos de la hipoteca declarada, como lo establece el certificado del Registrador de II. PP.; que ese dolo vicia de nulidad el contrato de permuta y que dicha invalidez produce efecto contra el comprador Restrepo; que los permutantes Gómez y Marín no cumplieron la obligación de entregarle los lotes que le transfirieron y que además estos inmuebles aparecen con hipotecas no obstante que se le garantizó estar libres de gravámenes.

F) —Los tres demandados contestaron la demanda, admitieron unos hechos, negaron otros y propusieron varias excepciones. El señor Gómez Arango aceptó ser cierto que el demandante Sánchez entregó satisfactoriamente los inmuebles transferidos en permuta.

G)—La primera instancia del litigio concluyó con la sentencia de treinta de septiembre de 1958, en la cual se denegaron las súplicas de la demanda, se absolvió a los demandados y se condenó en costas a la parte actora.

LA SENTENCIA ACUSADA

En virtud de la alzada interpuesta por el mismo demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín profirió el fallo de primero de septiembre de 1959, por el cual se revocó la providencia apelada y en su lugar se dispuso:

"PRIMERO.—Declárese resuelto el contrato de permuta celebrado por Antonio Sánchez, Jesús Gómez Arango y Genoveva Marín de Gómez, por medio de la escritura pública número 4.243, de 24 de agosto de 1956, otorgada en la Notaría Tercera de Medellín.

"SEGUNDO.—El señor Julio Restrepo restituirá al demandante Antonio Sánchez V., dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, los lotes especificados en el numeral 2º del libelo de 30 de enero de 1957, con sus accesorios y con todos los frutos naturales y civiles que hubiera producido desde la contestación de la demanda como poseedor de buena fe, liquidación que se hará por los trámites del artículo 553 del C. de P. C.

"TERCERO.—El señor Antonio Sánchez V. está obligado a restituir a Jesús Gómez Arango y a Genoveva Marín de Gómez, dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, los inmuebles especificados en el hecho primero del libelo, con todos sus accesorios y con los frutos naturales y civiles producidos desde la contestación de la demanda, los cuales se liquidarán por los mismos trámites indicados, como poseedores de buena fe.

"CUARTO. Ordénase la cancelación del registro de las escrituras públicas números 4.243, de 24 de agosto de 1956, de la Notaría Tercera de Medellín, y 4.792, de 24 de septiembre de 1956, de la misma Notaría.

"QUINTO. —Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

"SEXTO. — No es el caso de hacer las demás declaraciones solicitadas en la demanda.

"SE CONDENA en costas a los demandados en ambas instancias".

La sentencia impugnada contiene varias consideraciones relativas a la acción de nulidad que se propuso con respaldo en el dolo que el actor atribuye a los demandados Gómez Arango y Marín, dolo consistente en haber afirmado éstos que los bienes transferidos al señor Sánchez estaban libres de gravámenes distintos de una hipoteca por $ 6.000.00 cuando en realidad sobre ellos pesaban varios de esos gravámenes, y termina esta parte desestimando dicha acción de nulidad.

Acerca de la acción subsidiaria de resolución dice el mismo fallo: "La acción resolutoria, subsidiariamente propuesta en el libelo, como ya se dijo, se basa en el pretendido incumplimiento del contrato, por no haber entregado los demandados los bienes objeto de la permuta y por no haber cancelado las hipotecas que los gravan.

"Respecto de la primera obligación, la escritura pública contentiva del contrato hace fe de que las partes recibieron materialmente los inmuebles, de acuerdo con la cláusula cuarta de dicha escritura, sin que, por otra parte, aduzcan elementos probatorios suficientes para desvirtuar esa declaración.

"Respecto de la obligación de entregar la cosa transmitida libre de gravámenes, es incuestionable que existía a cargo de los opositores con tanta mayor razón cuanto que la manifestación expresa de la escritura de hallarse libre de cargas formaba parte integrante del acuerdo. Del certificado de la Oficina de Registro correspondiente, aparece de manera clara que los gravámenes no fueron totalmente cancelados, de donde resulta que los demandados incumplieron una de las obligaciones esenciales del contrato.

"De conformidad con el artículo 1.546 del C. C. 'en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado', y, en tal caso, podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

"No es dudoso que la acción resolutoria debe ser acogida porque de la misma escritura de permuta aparece indiscutible que el demandante no estuvo en mora de cumplir sus obligaciones y, en cambio, Gómez y la señora Marín de Gómez incumplieron el contrato al abstenerse de cancelar las hipotecas no declaradas".

Haciendo referencia a los efectos de la acción resolutoria sobre el tercer poseedor en general y de manera particular sobre el demandado Julio Restrepo, dice el fallo que lo prescrito por el artículo 1.548 del C. Civil constituye una aplicación de la máxima "error communis facit jus" que protege a los terceros de buena fe; que la condición resolutoria tácita también produce efectos contra terceros, como lo tiene decidido la jurisprudencia, y que es la imposibilidad de conocer los defectos del título del tradente lo que justifica la medida protectora de esos terceros, pero que en cambio ellos deben sufrir las consecuencias normales de la tradición hecha por un no propietario o por un propietario cuyo dominio es resoluble cuando una diligencia ordinaria les hubiera permitido informarse de la existencia del hecho determinante de la resolución. "Así, en el caso de autos —afirma la sentencia— el señor Julio Restrepo no podía ignorar, sin negligencia grave de su parte, la existencia de los gravámenes y la posibilidad de que el contrato se declarara judicialmente resuelto por el incumplimiento de la obligación de extinguir dichos gravámenes". El fallo finaliza expresando que "de lo dicho se desprende que en la sentencia deben ser acogidas las acciones de resolución del contrato de permuta y de reivindicación contra el actual poseedor de la finca materia de dicho contrato, con las respectivas prestaciones. Las demás acciones deben desecharse".

EL RECURSO DE CASACION

El demandado Jesús Gómez Arango interpuso contra la sentencia del Tribunal el recurso de casación que la Corte procede a decidir por hallarse debidamente sustanciado.

Con invocación de la primera de las causales que señala el artículo 520 del C. Judicial, el recurrente formula contra el fallo los dos cargos que pasan a considerarse.

Primer cargo.—Consiste en la violación directa de los artículos 1.546, 1.956 y 1.880 del C. Civil, el primero por aplicación indebida y los dos últimos por falta de aplicación.

En desarrollo de este cargo y después de transcribir los pasos de la sentencia en que se da aco-

gida a la acción resolutoria, se expresa así el impugnante: "Es decir, que el Tribunal entendió: a) Que en la permuta va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los permutantes lo pactado; b) Que Sánchez cumplió con lo suyo al paso que los Gómez dejaron de cumplir, pues dijeron en la escritura que los inmuebles por ellos transmitidos no tenían gravámenes hipotecarios (salvo el que se declaró), y sucede que sí soportaban otros; c) Que por tanto la acción resolutoria debía prosperar. El primer aserto es cierto, mas no sucede lo propio con los otros dos, por las siguientes consideraciones: el art. 1.880 del C. C. establece como obligaciones del vendedor la entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida, sin perjuicio que pueda asumir potestativamente otra, como es obvio. La primera se descompone en dos, o sea en hacer la tradición propiamente dicha, esto es, obtener que el modo de adquirir el dominio se produzca mediante el registro, tratándose de bienes inmuebles, y que se entregue físicamente la cosa vendida, puntos cumplidos por los Gómez, pues no se discute que la escritura se registrara, lo que aparece de su copia, y el propio Tribunal, refiriéndose a la cláusula en que Sánchez declara haber recibido los bienes que se le transmitieron, expresa: 'Respecto de la primera obligación, la escritura pública contentiva del contrato hace fe de que las partes recibieron materialmente los inmuebles, de acuerdo con la cláusula cuarta de dicha escritura, sin que por otra parte aduzcan elementos probatorios suficientes para desvirtuar esa declaración'.

"De modo que no existía razón de orden legal para dar aplicación al artículo 1.546 del C. C., ya que, aunque se trata de contrato bilateral, los permutantes Gómez cumplieron las únicas obligaciones a su cargo en ese instante, o sea hacer tradición y entrega material; la otra gravita sobre ellos, pero sólo llegaría a ser de exigibilidad futura cuando los adquirentes fueren evictos en virtud de acción de terceros por motivos anteriores o concomitantes al momento de la permuta, obligación cuyo incumplimiento tiene consecuencias diversas, cuales son las de saneamiento.

"En parte alguna los Gómez adquirieron obligación de cancelar hipotecas vigentes sobre los bienes transferidos por ellos a Sánchez, ni la circunstancia de que existieran esos gravámenes al momento del contrato, no obstante haberse dicho que no existían, implica obligación incumplida, como parece entenderlo la sentencia recurrida.

"El pensamiento del Tribunal de Medellín de que entregar sin gravámenes formaba parte integrante del acuerdo, lo llevó a ignorar y no aplicar el artículo 1.880 del C. C., violándolo, pues si se hubiera percatado de él habría concluido que no existe obligación del comprador y por tanto de quien permuta un bien de entregarlo en tal forma, por lo cual la circunstancia de que apareciera con gravámenes hipotecarios no determina infracción contractual y mal podía con dicha base dar aplicación al artículo 1.546 ibidem y resolver el contrato, ya que no existía causal para proceder de conformidad. La violación del artículo 1.958 viene por añadidura, porque debió aplicarlo igualmente para dar entrada al 1.880, que no tuvo en consideración, ya que las obligaciones de quien transfiere en permuta un bien para quien lo recibe son iguales por este aspecto a las del vendedor para con el comprador.

"No niego que la aparición de gravámenes no denunciados en el acto de la permuta pueda dar lugar a acciones civiles del adquirente frente al tradente en contados casos, pero no es precisamente la resolución el camino adecuado, ya que se supone por motivos elementales que quien transfiere o recibe en permuta ha estudiado la titulación de los inmuebles respectivos, de modo que si no lo ha hecho incurre en culpa y nemo **auditer turpitudinem allegans.** Otra cosa fuera que el certificado del Registrador no se le haya expedido conforme a la realidad, pero en todo caso estos son puntos ajenos al recurso".

LA CORTE CONSIDERA:

En la cláusula tercera del contrato de permuta que atrás quedó transcrita, expresaron las partes que los bienes cambiados estaban libres de todo gravamen, con excepción de una hipoteca que pesaba sobre los inmuebles que transfería el permutante Gómez Arango y cuyo pago asumía el adquirente Sánchez. Entre nosotros esta cláusula es de común ocurrencia e implica un acuerdo de los contratantes sobre la transferencia de los bienes sin gravamen alguno. Con esa estipulación sobre libertad de los bienes buscan los interesados evitar que, por la existencia de gravámenes desconocidos o no declarados, llegue a romperse el equilibrio convencional que tuvieron en mientes al celebrar el contrato respectivo.

La cláusula en mención no es, pues, un pacto caprichoso o anodino, sino que tiene un valor contractual que las partes no pueden echar en olvido sin someterse a las sanciones consiguientes.

El artículo 1.880 del C. Civil, aplicable a la permuta, impone al vendedor o permutante la obligación de hacer entrega o tradición del bien enajenado, obligación cuyo cumplimiento, como bien lo anota el recurrente, se bifurca y cristaliza en dos actos, cuando se trata de inmuebles consistentes ellos en la tradición por medio del registro y en la entrega material del mismo bien. Pero no es esto solo, sino que dicho cumplimiento ofrece otras peculiaridades que vale recordar. El artículo 1.881 ibidem prescribe en efecto que el vendedor es obligado a entregar lo que reza el contrato, y los artículos 1.627 y 1.649 del mismo cuerpo legal disponen que el pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación y que el acreedor no puede ser forzado a recibir por partes lo que se le debe. De acuerdo con estos preceptos el cumplimiento o pago de una obligación debe reunir, entre otros requisitos objetivos, los de la identidad y la integridad de la prestación. El deudor de cuerpo cierto ha de entregar la cosa tal como se estipuló y no puede obligar a su acreedor a recibir otra distinta ni en forma parcial o fragmentaria. La ejecución tiene que ser siempre exacta, esto es, que ha de ceñirse estrictamente al tenor de la obligación para que pueda producir el efecto jurídico de extinguir ésta y de liberar al deudor.

En el caso presente la declaración expresa de los contratantes sobre la libertad de los bienes permutados, no es una manifestación vana y superflua, sino que entraña un acuerdo de las mismas partes para hacerse tradición de esos bienes exentos de gravámenes distintos de la hipoteca denunciada por el permutante Gómez Arango. Es decir, que esa declaración constituye sin duda una estipulación contractual y que por consiguiente la obligación de hacer entrega o tradición de tales bienes no se cumplía con la exactitud requerida por el contratante Gómez sino transfiriendo los inmuebles dados por él libres de gravámenes, con la salvedad conocida. Como estos bienes resultaron gravados con hipotecas no declaradas y como así los transmitió el citado Gómez, resulta obvio que éste no ejecutó exactamente su obligación y que este incumplimiento genera en favor del permutante Sánchez el derecho de solicitar la resolución del contrato de acuerdo con lo estatuído por el artículo 1.546 del C. Civil.

Por donde se ve que la sentencia no quebranta los artículos 1.880 y 1.958 del C. Civil, porque estos preceptos deben entenderse en armonía con los artículos 1.627, 1.649 y 1.884 ibidem, disposiciones todas que imponen al vendedor o permutante la obligación de hacer entrega o tradición de los bienes enajenados al tenor de las estipulaciones contractuales, esto es, con exactitud, y porque en este caso el permutante Jesús Gómez Arango no cumplió en su integridad la obligación de transferir bienes sin más gravámenes que el declarado por él mismo, como fue convenido. Tampoco infringe la sentencia el artículo 1.546 ibidem, porque esa falta de cumplimiento exacto de la obligación sobredicha confiere al demandante el derecho de pedir, como ha pedido, la resolución del contrato.

No sobra recordar que ya la Corte, en casación de 15 de septiembre de 1955, expuso esta misma doctrina en los términos siguientes: "Que, por otra parte, cuando el vendedor declara, al celebrar el contrato de venta, que la cosa vendida está libre de gravámenes, así debe entregarla al comprador; por consiguiente, si la cosa vendida aparece con algún gravamen, el vendedor falta al cumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato, y puede por tanto en tal caso el comprador ejercer los derechos establecidos en el artículo 1.546 del Código Civil" (LXXXI, 2157-2158, 134).

Tampoco huelga anotar que la circunstancia de que el comprador de bienes gravados con hipotecas no declaradas, pueda demandar indemnización del vendedor por motivo del desposeimiento o de la evicción que le llegue a producir el ejercicio de la acción hipotecaria (C. C., 2.453 y 1.894), no priva a dicho comprador de los demás recursos que la ley le brinda para evitar estas consecuencias y las que se deriven del incumplimiento de las obligaciones contraídas a su favor, recursos entre los cuales se halla la acción resolutoria.

Todo lo cual demuestra la carencia de fundamento del cargo.

Segundo cargo.—Se hace consistir en la viola-

ción indirecta de los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, 1.546, 1.875, 1.880, 1.955 y 1.958 del C. Civil, los dos primeros por aplicación indebida y los últimos por falta de aplicación, a causa del "error de hecho en la apreciación del contrato de permuta contenido en la escritura número 4.243, de 24 de agosto de 1956, de la Notaría 3ª de Medellín".

El recurrente expone este cargo así: "El Tribunal, teniendo en cuenta que Jesús Gómez sólo adquirió para sí los solares que transmitió a Sánchez en septiembre de 1956, vale decir, un mes después de la permuta con aquél, o sea, que no era aun dueño de lo que transmitió, dice: 'De estas escrituras de agosto y septiembre de 1956 claramente se deduce que cuando se celebró el contrato de permuta en agosto de 1956 las partes convinieron en que Sánchez transmitía la finca de Remedios de que ya era dueño inscrito, y en cambio Gómez y señora de Gómez le transferían un inmueble situado en el barrio Manrique Oriental, del cual era dueña la señora de Gómez, y además se obligaban a transmitirle tres (3) lotes situados en el barrio Antioquia y San Cristóbal, que eran ajenos, pero que debían adquirir en el mes de septiembre siguiente..... Como en el contrato de permuta de agosto de 1956 vino a constar la estipulación o condición de que dichos Gómez y señora quedaban obligados a adquirir tres (3) inmuebles, es conclusión que tal contrato y la transmisión de la finca de Remedios quedaron sometidos a una condición constante en el mismo instrumento público, esto es, adquisición de aquellos bienes raíces libres de hipoteca, salvo la de seis mil pesos tantas veces citada'.

"Al leer la escritura de permuta no aparece tal promesa ni tal condición; simplemente los Gómez dijeron transferir a título de permuta a Sánchez el derecho de dominio sobre los lotes allí descritos. No hay estipulación como la que el Tribunal sostiene que existe, de manera que dicha entidad *dio* por probado algo que no está demostrado en los autos.

"Entonces, si lo que el Tribunal consideró fue que hubo una promesa de permuta respecto de los inmuebles gravados con hipoteca, el error es manifiesto, pues el contrato no contempla tal convenio sino el de permuta. Este error lo llevó a no aplicar el artículo 1.955 del C. C. y a aplicar indebidamente el artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

"Y si lo que estimó el fallo fue que mi poderdante, dentro de la permuta, se obligó a liberar los bienes transferidos de los susodichos gravámenes, como la convención no incluye esta estipulación, incurrió en error de hecho manifiesto que lo llevó a violar los artículos 1.546, 1.880, 1.875 y 1.958 del C. C., ya que dichos preceptos regulan: el segundo, obligaciones del comprador, extensivas al permutante que transfiere, entre las cuales no se encuentra la que dio base al Tribunal para resolver el contrato; el tercero, que prevé el fenómeno ocurrido en este caso, o sea que quien transfiere el dominio a título de permuta adquiera el bien después de traspasarlo, y el primero establece la acción resolutoria que en este evento no opera, porque no hubo obligación de liberar los inmuebles de hipotecas, de modo que nada incumplió mi poderdante. Como corolario se transgredió el último de los preceptos citados, que extiende a la permuta las normas de la compraventa, en lo pertinente.

"En suma: Gómez transfirió cosa ajena, lo cual es válido (artículo 1.871), pero como luego adquirió los inmuebles permutados, el adquirente se miró como dueño de ellos desde la fecha de la tradición, que en últimas fue la de la escritura por retroactividad del registro, de todos conocida".

Se considera:

Es evidente que la sentencia expresa el concepto de que, por no haber sido Gómez Arango dueño de los tres solares el día en que dijo transferirlos en permuta al contratante Sánchez, la tradición de la finca de Remedios, hecha por éste, quedó subordinada a la condición resolutoria de que aquél adquiriese luego dichos inmuebles, y es también innegable que tal condición no aparece estipulada en el contrato aludido, en el cual obró Gómez Arango como propietario actual de los mismos bienes; pero no es menos cierto que esta apreciación no constituye el fundamento único del fallo. Este reposa primordialmente en la consideración de que el permutante Gómez Arango se obligó a transferir bienes libres de gravámenes distintos de la hipoteca que fue declarada y de que faltó al cumplimiento de esta obligación por haber transmitido esos bienes con tres hipotecas más que no figuran denuncia-

das, dando con esto lugar a la resolución del contrato. De manera que, aunque se concluyese que en verdad el fallo incurrió en un error de hecho al tener por estipulada la condición resolutoria sobredicha, tal conclusión no sería suficiente para producir la infirmación de la misma sentencia en razón de aparecer ésta fundada en otras consideraciones que le aseguran y conservan su firmeza jurídica.

La sentencia expresa asimismo que la acción resolutoria incoada debe ser acogida y prosperar en virtud de que los permutantes Gómez Arango y Marín de Gómez "incumplieron el contrato al abstenerse de cancelar las hipotecas no declaradas". El recurrente alega que la convención no contiene este pacto de cancelar las hipotecas no declaradas y que de consiguiente la sentencia yerra también de hecho al considerar establecida esa estipulación. Atrás se transcribió la cláusula tercera del contrato de permuta, en la cual expresaron las partes que los bienes cambiados estaban libres de gravámenes, con la excepción de una hipoteca por seis mil pesos que pesaba sobre los solares transferidos por el contratante Gómez Arango. Está dicho además que este pacto sobre libertad de los bienes que se transmiten mediante un título traslativo de dominio, constituye una estipulación contractual e implica la obligación de efectuar esa transferencia con exención de cualquier gravamen no declarado. El cumplimiento de esta obligación conlleva la necesidad de cancelar los gravámenes que no hayan sido denunciados. Si en este caso el Tribunal entendió que los contratantes Gómez y Marín quedaron obligados a obtener la cancelación de las hipotecas que no declararon, no incurrió por ello en un error manifiesto de hecho, toda vez que esa condenación era estrictamente necesaria para poder cumplir la obligación de transferir los bienes libres de todo gravamen diferente del que se denunció. Esta obligación no podía ser ejecutada sin cancelar las hipotecas no declaradas, de modo que no es en realidad un error de hecho estimar que tal obligación consistía en la cancelación referida, desde luego que con este acto se producía la libertad de los bienes y se daba cumplimiento al pacto relativo a esa misma libertad.

El cargo carece de fundamento.

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 primero de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este juicio ordinario de Antonio Sánchez V. contra Jesús Gómez Arango, Genoveva Marín de Gómez y Julio Restrepo R.

Sin costas.

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

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



NO EXISTIO EN EL PROCESO LA NULIDAD ALEGADA COMO MOTIVO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION EN JUICIO SUCESORIO

1.—El curador ad litem, conforme a los artículos 246 y 242 del C. J., tiene la representación del incapaz en el juicio en que se le ha asignado, a fin de que atienda a la defensa de los intereses de su pupilo. El cargo de curador ad litem debe ser discernido, pues el artículo 483 del C. Civil, que es de carácter general, dispone: "Toda tutela o curaduría debe ser discernida". Los actos "del tutor o curador que aún no han sido autorizados por el decreto de discernimiento son nulos" (artículo 465 ibidem). La curaduría que se da para un negocio particular es especial y dativa, como es la llamada ad litem, que la da el juez para un pleito según los términos de los artículos 435 y 583 del C. Civil. No queda, pues, duda alguna de que, buscando la curaduría ad litem la representación del menor en el juicio, la falta del decreto de discernimiento afecta de nulidad la actuación judicial adelantada con un curador en tales condiciones.

2.—En el juicio sucesorio de autos, tanto en la diligencia de posesión del curador ad litem del heredero menor de edad, como en el auto por el cual se le discernió el cargo, se incurrió en el error de hacer figurar al citado heredero con el nombre de Francisco Luis Correa en vez de Francisco Díaz Correa. Tratándose de una sucesión en que el único heredero menor era el mencionado Francisco, el yerro no alcanza a afectar el auto de discernimiento hasta el punto de que se considere como si éste no se hubiese dictado, pues el simple error en el nombre de una persona no llega hasta estimar inexistente el acto de que se trata, cuando no hay duda acerca de la identidad de ella (véanse artículos 748 y 1.116 del C. Civil). De otra parte, tanto el curador como el apoderado designado por el heredero cuando llegó a la mayor edad, cumplieron a cabalidad sus deberes. En una palabra el error no acarrea la nulidad alegada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL. — Bogotá, abril catorce de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada)

En el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, se radicó el juicio de sucesión de Miguel Jerónimo Díaz, muerto el 1º de abril de 1954.

Le sobrevivieron su cónyuge, Efigenia Correa, y sus hijos legítimos, María Elena, Luis Alberto, Julio Enrique, Ana Joaquina y Francisco Díaz Correa. Este se hizo presente designando curador ad litem, pues tenía diez y nueve años de edad entonces.

El Juzgado le reconoció el carácter de curador ad litem del menor Díaz Correa al abogado designado por éste, en auto de veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y siete. El curador tomó posesión del cargo el veintidós del mismo mes, pero en la diligencia el menor figura con el nombre de Francisco Luis Correa no de Francisco Díaz Correa, que es el que en realidad tiene.

En el auto de seis de abril de dicho año se le discernió el cargo de curador ad litem al abogado reconocido, pero en él también el menor aparece con el nombre de Francisco Luis Correa.

El curador ad litem pidió y le fue atendido el reconocimiento de su representado Francisco Díaz

Correa como heredero de Miguel Jerónimo Díaz. Obtuvo también la aceptación del mismo como cesionario de su madre en los derechos sobre la mitad de gananciales que ésta le vendió.

Finalmente solicitó autorización para demandar la partición de los bienes de la sucesión en la cual tiene interés su pupilo. Le fue concedida por auto de cuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Por demanda del representante del menor Díaz Correa, que lo era también de otro interesado en la mortuoria, se decretó y llevó a término la distribución de los bienes herenciales por un partidor nombrado por el Juez. El trabajo fue aprobado por sentencia de diez y nueve de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, y confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, en fallo de veinte de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, en el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Ana Joaquina de Muñoz y de Francisco Díaz Correa ya como mayor de edad.

El Tribunal basó la confirmación del trabajo de partición en que ninguno de los interesados opuso objeción alguna.

Inconforme el procurador apelante, interpuso el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, que se procede a resolver.

Impugna la sentencia, invocando la causal 6ª del artículo 520 del C. Judicial, por haber incurrido el fallador en la nulidad de que habla el numeral 2º del artículo 448 ibidem, proveniente de ilegitimidad de la personería adjetiva del abogado que actuó como curador ad litem del entonces menor Francisco Díaz Correa.

La indebida representación la deduce de que, si bien el menor adulto Francisco Díaz Correa designó al doctor Carlos E. Bernal Latorre como curador ad litem que fue reconocido por el Juzgado, y se ordenó darle posesión y discernirle el cargo, es el caso que "no se posesionó del cargo de curador ad litem de Francisco Díaz Correa sino de Francisco Luis Correa, persona manifiestamente distinta a Francisco Díaz Correa como puede verse del contenido del acta que obra al folio 44 v. y fue así como se le discernió el cargo de curador ad litem de Francisco Luis Correa y no de Francisco Díaz Correa, por auto de 6 de abril de 1957 (fol. 45), dejando así de cumplirse las diligencias y formalidades que deben preceder al ejercicio de la tutela o curaduría. (Título XXIII, Libro 1º del Código Civil)". Estima que no habiéndosele discernido el cargo, todos los actos del curador que no fueron autorizados por falta de esa formalidad, son nulos, al tenor de lo preceptuado por el artículo 467 del C. Civil.

La actuación afectada de nulidad, según el recurrente, viene desde el auto de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, por el cual se reconoció al menor Francisco Díaz Correa como heredero de Miguel Jerónimo Díaz.

SE CONSIDERA:

Dispone el artículo 246 del C. J. que "Cuando en un juicio universal, el padre o la madre de familia tiene interés opuesto en la causa, o está moralmente impedido para representar al hijo menor, se le nombra a éste un curador ad litem como se dispone en el artículo 242". Y éste autoriza al Juez para hacer la designación del curador o para confirmar el que nombre el menor si es adulto. Y el juicio se sigue con tal curador. Este tiene, por consiguiente, la representación del incapaz en el juicio en que se le ha asignado, a fin de que atienda a la defensa de los intereses de su pupilo. El cargo de curador ad litem debe ser discernido (artículo 463 del C. C.) y los actos "del tutor o curador que aún no han sido autorizados por el decreto de discernimiento son nulos". (Artículo 465 ibidem). El requisito del discernimiento toca también con las curadurías ad litem, pues el artículo 463, que es de carácter general, dispone: "Toda tutela o curaduría debe ser discernida". La que se da para un negocio particular es especial y dativa, como es la llamada curaduría ad litem, que, la da el Juez para un pleito según los términos de los artículos 435 y 583 del C. Civil.

No queda duda de que, buscando la curaduría ad litem la representación del menor en el juicio, la falta del decreto de discernimiento afecta de nulidad la actuación judicial adelantada con un curador en tales condiciones.

De lo expuesto sobre lo ocurrido en este juicio, se tiene que tanto en la diligencia de posesión del curador ad litem, designado por el menor adulto Francisco Díaz Correa, como en el auto por el cual se le discernió el cargo, se incurrió en el error de haber hecho figurar al menor con el nombre de Francisco Luis Correa, es decir, se puso el nombre de Luis donde debía figurar el apellido paterno Díaz.

Tratándose de una sucesión en que el único heredero menor es Francisco, el yerro no alcanza a afectar el auto de discernimiento hasta el punto de que se considere como si éste no se hubiera dictado, pues el simple error en el nombre de una persona no llega hasta estimar inexistente el acto de que se trata, cuando no hay duda acerca de la identidad de ella.

Así el Código Civil establece que el error en el nombre de la persona a quien se hace la tradición no la invalida (artículo 746), y que "el error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición si no hubiera duda acerca de la persona" (artículo 1.116). Dedúcese que no habiendo ocurrido en el auto de discernimiento sino un simple error en cuanto al apellido paterno del heredero menor adulto Francisco, tal yerro no puede llevar hasta sostener que no hubo discernimiento, si se considera que en el juicio sucesorio de Jerónimo Díaz no había ningún otro heredero menor de edad, y que el curador cumplió a cabalidad la representación de su pupilo haciendo todas las gestiones que le correspondían hasta cuando éste ya mayor de edad, hizo la designación de apoderado en el recurrente. En una palabra, el error en el apellido del menor en el auto de discernimiento de la curaduría ad litem no puede acarrear la nulidad alegada por lo atrás dicho y además, por cuanto el abogado designado por el mismo menor como su curador atendió debidamente a la defensa de sus derechos dentro del juicio de sucesión.

El cargo no prospera.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de veinte de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve.

Las costas del recurso a cargo del actor en él.

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

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

PESE AL ERROR DE HECHO EN QUE INCURRIO EL TRIBUNAL, LA CORTE NO INVALIDA LA SENTENCIA QUE SE NEGO A ORDENAR LA RESTITUCION DE UNOS PREDIOS RURALES, PUES RAZONES DE OTRA INDOLE IMPONEN IDENTICA DECISION

1.—Las pretensiones de las partes en un proceso civil contencioso tocan, en síntesis, con los presupuestos procesales, los elementos de la acción incoada y las excepciones oportunamente propuestas. En un litigio de reivindicación, comprenden los cuatro elementos de la acción —derecho en el actor, posesión en el reo, singularidad e identidad de la cosa— y en este caso particular, además, la prescripción, propuesta como excepción al contestarse la demanda y como acción en escrito de mutua petición. Desechadas las peticiones de la reconvención, los demandados no apelaron, de modo que la segunda instancia se reducía a resolver sobre la acción reivindicatoria y la excepción propuesta. El Tribunal no halló probada la identidad y por ello negó la reivindicación. No se ha dado más de lo pedido (ultra petita), ni menos de lo pedido (minima petita), ni por fuera de lo pedido (extra petita), que son las tres formas que asume la incongruencia entre lo fallado y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

2.—La alegación hecha por el apoderado de una prescripción adquisitiva, como excepción en la contestación de la demanda, y como acción en la contrademanda, dentro de un proceso reivindicatorio de cuerpo cierto, conlleva el reconocimiento de tres de los elementos de la acción de dominio: posesión en el demandado, singularidad e identidad de la cosa. Tal manifestación implica confesión de tales hechos, según el artículo 607 del C. J. De consiguiente, en el caso de autos hay identidad entre los terrenos cuya restitución se impetra y los terrenos cuyo dominio consideran los demandados haber adquirido por usucapión ordinaria. El error de hecho es manifiesto, pues el fallo acusado no encontró probada la identidad de los terrenos perseguidos, por cuanto pasó inadvertida o como si no existiera, no obstante formar parte del proceso, la demanda de mutua petición, pieza ésta llamada a demostrar dicha identidad.

3.—Si en el presente juicio reivindicatorio se tratara de una pugna entre títulos originados de una misma raíz causante, se resolvería en favor del más antiguo, de acuerdo con la regla del artículo 1.873 del C. Civil. Pero no dan cuenta de tal situación los autos, sino de la contraria, de modo que la litis no puede resolverse sino a la luz de la posesión. En consecuencia, por hallarse los demandados en posesión de los terrenos, esto es, protegidas por la presunción del artículo 762 del C. Civil; por estar probada esa posesión por el lapso de diez años y no aparecer establecido que se hubiese iniciado violentamente, se trata de una situación jurídica prevaleciente en el litigio, de suerte que la sentencia absolutoria acusada, vista en instancia, debe sostenerse.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, diez y ocho de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio de Andrés Avelino Garzón contra Augusto Sánchez y otros.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 23 de febrero de 1960.

Recurrente: el demandante.

- I -

ANTECEDENTES

1.—Mediante libelo presentado ante el Juez del Circuito de Chocontá, Andrés Avelino Garzón, mayor de edad y vecino de Guayatá, demandó a Augusto Sánchez, Gabriel Ayala Calderón, Felipe López, Romelia, Teódulo y Adelina Ayala, Benjamín y Januario Piñeros. Estos son los hechos fundamentales de dicha demanda:

a) Andrés Avelino Garzón compró por escritura número 369, de 4 de junio de 1924, de la notaría del circuito de Guateque, a Roque Sandoval y Lastenia Méndez de León un inmueble rural, situado en la vereda de "Madrid", de la jurisdicción de Manta (Cundinamarca) y comprendido dentro de los siguientes linderos generales: "Por el pie, desde un mojón de piedra a la orilla de la quebrada de "La Laja" donde antes existió una palma, atraviesa la quebrada y sigue sobre la derecha en línea recta por donde existió una cerca de madera a encontrar un mojón de piedra al pie de un arrayán junto a una roca de piedra, sigue de este punto, desviando a la izquierda hasta encima de la cuchilla de "La Peñuela", linda con tierras que fueron del señor Mariano Montenegro y que hoy son del demandado Benjamín Piñeros o de Evangelina Piñeros, y tierras de Gabriel Ayala; por un costado, toda la parte más alta de la cuchilla conocida con el nombre de "La Peñuela" limítrofe de Gachetá y Manta; por la cabecera toda la cordillera o cuchilla que divide los municipios ya citados a encontrar un mojón de piedra; y por el último costado, del punto anterior baja por una cuchilla a encontrar una quebrada, sigue la quebrada abajo a encontrar el mojón que está donde existió una palma, punto de partida y encierra, linda con tierras de Januario Piñeros, Rafael Garzón y del demandante Andrés Avelino Garzón".

c) Garzón poseyó tal inmueble hasta el 1º de abril de 1944, día en el cual Gabriel Ayala Calderón tomó violentamente posesión de una parte de él, que entregó luego, en varias porciones, a Augusto Sánchez, Felipe López, Romelia, Teódulo y Adelina Ayala, Benjamín y Januario Piñeros.

d) Andrés Avelino Garzón exigió insistentemente a Gabriel Ayala la restitución de sus terrenos, a lo cual el último repuso siempre empleando la fuerza.

e) La parte ocupada por Gabriel Ayala Calderón y los demás que de él recibieron tierras, talaron los bosques, de lo cual se beneficiaron en forma apreciable, así como de los demás frutos naturales y civiles producidos por las tierras en referencia.

2.—Demanda Andrés Avelino Garzón para que se declare que es propietario de las tierras compradas mediante la citada escritura número 369, de 4 de junio de 1924, de la notaría 2ª del circuito de Guateque, y para que se les condene a restituir al demandante, los terrenos que respectivamente determina por su situación y linderos en los puntos segundo a séptimo, inclusive, de la parte petitoria de la demanda, así como "el valor de las montañas que ellos destruyeron y de las cuales se beneficiaron en la explotación de maderas laborables", y los frutos naturales y civiles producidos por la finca o que hubiesen podido producir con mediana inteligencia y actividad, de haber estado ella en poder del actor, desde el 1º de abril de 1944 hasta el día de la restitución de los inmuebles.

3.—Los demandados, salvo Januario Piñeros, negaron los hechos alegados en la demanda, menos el de la posesión de las tierras; se opusieron a lo pedido y formularon la excepción de usucapión ordinaria del dominio.

4.—A la vez, exceptuado también Januario Piñeros, formularon libelo de mutua petición, con el objeto de que se declare haber adquirido por prescripción ordinaria la propiedad de los lotes de terreno descritos en las peticiones primera a quinta, inclusive, de la contrademanda.

5.—El reo en reconvención se opuso a su turno a que se hiciesen tales declaraciones, y seguida la litis, la sentencia de primera instancia, por una parte, negó las peticiones de la demanda principal, a excepción de las relacionadas con el demandado Januario Piñeros, a quien condenó a restituir al demandante el inmueble especificado en la petición séptima de dicha demanda, así como el valor de los frutos civiles y naturales producidos por el mismo terreno, desde la fecha en que

Piferos dio respuesta a la demanda; y por otro, condenó al actor en las costas procesales causadas con ocasión de las acciones que ejercitó contra los demandados que fueron absueltos, y nada resolvió sobre la contrademanda, en consideración a esto mismo.

6.—El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá conoció de la segunda instancia por apelación del actor y falló confirmando la sentencia del Juez, no por las razones que éste expone, sino por no haber sido probada la identidad de los inmuebles respecto de los cuales ejerce el demandante sus acciones.

7.—De acuerdo con la demanda, los terrenos adquiridos según la escritura número 369 de 4 de junio de 1924, de la notaría 2ª del circuito de Guateque, el actor vendió algunos lotes a distintos terceros, habiendo conservado el resto, que es el especificado en la petición primera de la misma demanda, y dentro del cual se hallan ubicados los terrenos poseídos por los demandados, a que se refieren las peticiones segunda a séptima, inclusive.

Según el fallo, no probó el actor cuál es la extensión que conserva, hechas las aludidas ventas; ni tampoco que en dicha extensión se hallen ubicados los terrenos objeto de la reivindicación.

El demandante recurrió ante la Corte para que se infirme este fallo; formuló su demanda, a la cual replicó la parte opositora, y se procede a decidir.

- II -

LA ACUSACION

En dos capítulos se formula la acusación a la sentencia, compuesto el primero de dos cargos apoyados en la causal primera de casación, y el segundo, de un solo cargo, fundado en la causal de inconsonancia, al cual se refiere ante todo la Corte.

Primero

Cargo de incongruencia

8.—Consiste en no haberse circunscrito el fallador de instancia al único elemento de la acción reivindicatoria a que quedó reducida la litis, en vista de la demanda de reconvención, el memorial de pruebas de los demandados y el acta de inspección ocular.

"De estos materiales probatorios aparecen establecidos —dice el cargo— la posesión de los demandados, la singularidad y la identidad de la cosa, de manera que la controversia vino a moverse únicamente en torno a la titularidad del derecho alegado por las partes, punto al cual debió limitarse la sentencia, y no habiéndolo hecho, puesto que se concretó a tratar de la identidad —que ya aparecía comprobada— la sentencia no está en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes.

Se considera:

9.—De la enunciación del cargo fluye su improcedencia. Las pretensiones de las partes en un proceso civil contencioso, tocan, en síntesis, con los presupuestos procesales, los elementos de la acción incoada y las excepciones propuestas oportunamente. En un litigio de reivindicación, comprenden los cuatro elementos de la acción —derecho en el actor, posesión en el reo, singularidad e identidad de la cosa— y en este caso particular, además, la prescripción que la parte demandada propuso como excepción al contestar la demanda, y como acción en su escrito de mutua petición. Sobre estas cuestiones versaba y versó la litis. Desechadas por el juez de primer grado las peticiones de la reconvención, los demandados no apelaron de tal decisión, de modo que la segunda instancia se reducía a resolver sobre la acción reivindicatoria y la excepción propuesta. El Tribunal no halló probada la identidad, y por ello negó la reivindicación. No se ha dado más de lo pedido (ultra petita), ni menos de lo pedido (minima petita), ni por fuera de lo pedido (extra petita), que son las tres formas que asume la incongruencia entre lo fallado y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Segundo

Cargo primero de violación de la ley

10.—Se acusa el fallo con apoyo en la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial contenida en los artículos 946, 947, 950, 952 y 957 del C. C., a causa de error de hecho en el examen de las pruebas, consistente en no haber considerado la contrademanda, en

su valor demostrativo de la identidad de los terrenos que se reivindican.

11.—Dice así la sentencia:

"Un cuidadoso estudio de los títulos presentados por el actor con el fin de acreditar su derecho de dominio sobre el inmueble que reivindica, y de la singularización que de éstos se hace en el libelo, ha llevado al Tribunal a la conclusión de que no se demostró en el proceso la identidad de los predios poseídos por los demandados con el globo de terreno de que pretende ser dueño el demandante; de que no se probó la existencia del cuarto de los presupuestos de la acción de dominio, razón por la cual el fallo que se dicta ha de ser forzosamente adverso a las pretensiones del actor.

"Para acreditar su derecho de dominio sobre el inmueble singularizado en la petición primera de la demanda adujo el actor copia debidamente registrada de la escritura 369 prenombrada y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Chocontá expedido el 6 de julio de 1954. De tales títulos aparece que el 6 de junio de 1924 Andrés Avelino Garzón compró a Roque Sandoval y Lastenia Méndez un globo de terreno situado en la vereda de Madrid, jurisdicción de Manta, por los linderos que en la citada escritura 369 se especifican; que mediante las escrituras relacionadas en el certificado del Registrador a que se hizo referencia, Andrés Avelino Garzón vendió a Januario Piñeros, Cipriano Ruiz, Margarita Piñeros de Garzón y Carmen Piñeros de Ros, sendas porciones del mencionado globo de terreno; que consecuencialmente, la inscripción hecha a favor de Andrés Avelino Garzón de acuerdo con la escritura 369 memorada, fue cancelada en parte con la inscripción de las ventas hechas por Garzón a las personas anteriormente mencionadas; y que según reza el certificado del Registrador, 'la parte que le pueda quedar al señor Andrés A. Garzón no aparece cancelada la inscripción por ninguno de los medios de que trata el artículo 739 del Código Civil'.

"Ahora bien, ignorándose, como se ignora, cuál fue la parte que le quedó al demandante después de hechas las ventas aludidas, le incumbía acreditar, de una parte, que el predio deslindado en la petición primera de la demanda corresponde exactamente a esa porción restante; y de otra, que dentro de esa porción se hallan comprendidos los lotes de terreno poseídos por los demandados. Ninguna prueba produjo el actor a ese respecto y, por consiguiente, el Tribunal se halla imposibilitado para determinar si realmente el inmueble singularizado en la súplica primera del libelo corresponde a la parte que le pudo quedar a Garzón, y si los lotes de terreno poseídos por los demandados forman parte de esa porción restante" (fls. 43 y 44 del c. número 89).

12.—Así motiva el recurrente este cargo:

"El H. Tribunal de Bogotá pasó inadvertido de la demanda de reconvención que obra de los folios primero a segundo del cuaderno cuarto y en cuya pieza el señor apoderado de los demandados, mediante la prueba por excelencia que es la confesión, dio por singularizados e identificados los terrenos materia de reivindicación y poseídos por los demandados, en la forma impetrada en los pedimentos segundo a séptimo de la demanda principal.

"La demanda de reconvención en lo pertinente dice: '....respetuosamente contrademando al señor Andrés Avelino Garzón, mayor de edad y vecino de Guayatá, para que en la sentencia que ha de fallar el juicio ordinario en referencia, y en caso de que Andrés Avelino Garzón resulte con escrituras en su origen más antiguas que las que aduzcan mis mandantes, se hagan las siguientes declaraciones:

"'Primero.—Que Adelina Ayala, como causahabiente de Gabriel Ayala Calderón, adquirió por prescripción ordinaria y, por tanto, es dueña, de un lote de terreno situado en la vereda de Palmar de la jurisdicción de Manta, que adquirió por compra que hizo a Gabriel Ayala Calderón mediante la escritura pública número 152 de fecha 3 de abril de 1948 de la notaría de Manta, determinado de acuerdo con la escritura y por los siguientes linderos: (aquí ellos)...'.

"Luego de singularizar el referido lote de terreno, dice: '...lote de terreno éste que corresponde al de que trata el pedimento sexto de la demanda presentada por Andrés Avelino Garzón, o sea el que éste alindera así: Por el pie, desde un mojón de piedra...

".....

"En el segundo pedimento al contrademandar para su representado Teódulo Ayala León, y luego de singularizar el terreno materia de prescripción, agrega: '...lote de terreno éste que corresponde al de que trata el pedimento quinto de la demanda presentada por Andrés Avelino

Garzón y que éste alindera así:' (reproducción total del singularizado en el pedimento quinto de la demanda principal).

"En el tercer pedimento al contrademandar para su representado Felipe López, luego de singularizar el bien materia de prescripción, dice: '...lote de terreno éste que forma parte del terreno a que se refiere el pedimento cuarto de la demanda presentada por Andrés Avelino Garzón y que éste alindera así: (reproducción textual del singularizado en el pedimento cuarto de la demanda principal)'.

"En el cuarto pedimento, al demandar para su representada Romelia Ayala la prescripción de un terreno que singulariza, luego de esto dice: 'Este lote forma parte junto con el determinado en el pedimento anterior del lote de terreno a que se refiere el pedimento cuarto de la demanda presentada por Andrés Avelino Garzón, o sea el que éste alindera así: (textual reproducción del singularizado en el pedimento cuarto de la demanda).

"Al demandar prescripción para su representado Gabriel Ayala Calderón en el pedimento quinto, y luego de singularizar el inmueble materia de prescripción, dice: Lote de terreno éste que corresponde al de que trata el pedimento tercero de la demanda presentada por Andrés Avelino Guzmán y que éste alindera así: (Reproduce textualmente el dicho pedimento de la demanda principal).

"Cuando demanda prescripción para su mandante Augusto Sánchez en el pedimento sexto y, luego de singularizar el inmueble de dicha prescripción, dice: 'Este globo de terreno que se acaba de alinderar corresponde al de que trata el pedimento segundo de la demanda presentada por Andrés Avelino Garzón y que éste alindera en su demanda con los mismos linderos que se acaban de determinar'. Efectivamente, esta identidad de inmuebles se refiere al que la demanda principal singulariza en el pedimento segundo" (fls. 1 a 4, c. 4º).

Se considera:

13.—No satisfechos siete de los demandados con haber propuesto al contestar el libelo inicial, la excepción de prescripción ordinaria del dominio sobre los terrenos objeto de la reivindicación, introdujeron demanda de mutua petición para hacer valer la dicha prescripción como acción, en el caso de que los títulos del demandante resultaran más antiguos.

La demanda de reconvención fue incoada por procurador, en representación de siete demandados: Augusto Sánchez, Gabriel Ayala Calderón, Felipe López, Romelia Ayala, Teódulo Ayala, Benjamín Piñeros y Adelina Ayala, y respecto de cada uno de ellos se solicita en las peticiones formuladas, la declaración de haber usucapido ordinariamente la propiedad de los respectivos lotes de terreno que poseen y que determinan identificándolos con los que el actor persigue de cada uno de ellos, en las peticiones de su demanda.

14.—La alegación hecha por apoderado de una prescripción adquisitiva, como excepción, en la contestación de la demanda, y como acción en la contrademanda, dentro de un proceso reivindicatorio de cuerpo cierto, conlleva el reconocimiento de tres de los elementos de la acción de dominio: posesión en el demandado, singularidad e identidad de la cosa. Tal manifestación implica confesión de tales hechos, según el artículo 607 del C. J.

De consiguiente, en el caso de autos, hay identidad entre los terrenos cuya restitución se impetra y los terrenos cuyo dominio consideran los demandados haber adquirido por usucapión ordinaria.

El error de hecho es manifiesto, porque la demanda de mutua petición hace parte del proceso; sin embargo, para el fallo pasó inadvertida, como si no existiera, en cuanto tal pieza estaba llamada a demostrar la identidad de los inmuebles perseguidos.

15.—Con todo, no podrá infirmarse la sentencia, porque ello a nada conduciría, ya que en instancia habría de quedar en firme, no por las razones expuestas en ella sino por las que invoca el fallo de primer grado.

En efecto:

Acreditadas la posesión, la singularidad y la identidad de los bienes raíces, objeto de la demanda, el punto a que se circunscribe el problema es el de la titularidad del derecho.

En cuanto a títulos, se han apoyado:

A)—El actor, en la escritura pública número 369, de 4 de junio de 1924, de la notaría segunda del circuito de Guateque, registrada el 25 del propio mes de junio y por medio de la cual compró a Roque Sandoval y Lastenia Méndez de León, "un terreno que lo adquirieron por compras a Joaquín S. Piñeros y Joaquín Piñeros Aldana y otros, parte cogacho, parte de terrenos cubiertos de montaña situado en la vereda de

Madrid, jurisdicción de Manta, en el Departamento de Cundinamarca, deslindado como reza la escritura citada".

Además, en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Chocontá, fechado el 6 de julio de 1954 (fls. 3 y ss. c. 1º), certificado del cual aparece que el actor vendió del inmueble adquirido por él, sendos terrenos a Januario Piñeros, Cipriano Ruiz, Margarita Piñeros de Garzón y Carmen Piñeros de Ros, terrenos determinados por los linderos que aparecen en el mismo documento.

B)—Los demandados se fundan en varios títulos en que constan compraventas de porciones de terreno, ubicados en la vereda de "El Palmar", sitio de "El Cedro", del Municipio de Manta, títulos otorgados de 1944 a 1954, salvo la adjudicación que en subasta pública le hizo a Ernesto Sánchez el juez del circuito de Chocontá, el 29 de abril de 1916, en el juicio mortuorio de Francisco Sánchez y Justa Cárdenas. Por no haberse hallado el expediente de la sucesión en ninguna de las notarías de los circuitos de Machetá, Gachetá y Manta (fls. 23, 24 y 25, cuaderno 2º), el acta de remate aparece inserta en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del mismo circuito, a los folios 26 vto. y siguientes del cuaderno 2º, al dar testimonio de la inscripción de la misma acta, verificada apenas el 1º de julio de 1938. De manera que sólo de esta fecha podría arrancar la titulación de la parte demandada, posterior, por tanto, al título en que el actor finca su derecho, inscrito el 25 de junio de 1924, como antes quedó anotado.

Si se tratara de una pugna entre títulos originados de una misma raíz causante, se resolvería en favor del más antiguo, de acuerdo con la regla del artículo 1.873 del C. C. Pero, no dan cuenta de tal situación los autos, sino de la contraria, de modo que la litis no puede resolverse sino a la luz de la posesión (v. entre otras, casaciones de mayo 30 de 1912, XXI. 1.064 y 1.065, 209; 27 de mayo de 1936. XLII. 1.909 y 1.910, 598; junio 7 de 1938. XLVI. 1.937. 626; 7 de diciembre de 1938. XLVI.

16.—Ya frente a la posesión alegada por ambas partes, se observa:

1º—Es punto de certeza en este litigio que, dentro del inmueble que al actor quedó en el fundo adquirido en 1924, después de vendidos los terrenos a que alude el certificado del Registrador del circuito de Chocontá, de folios 3 y siguientes del cuaderno 1º, se hallan ubicados los lotes cuya reivindicación se pide, y que estos son precisamente los que poseen los demandados, tal como figuran descritos en la demanda principal y en la contrademanda. Ello resulta no sólo de estas piezas, según lo expuesto al examinar el primer cargo de violación de la ley sustantiva, sino también de la contestación del libelo principal y del acta de inspección ocular efectuada en la primera instancia, a solicitud de ambas partes contendientes.

2º—Andrés Avelino Garzón afirma en los hechos B) y C) de la demanda, que sus tradentes Roque Sandoval y Lastenia Méndez de Calderón, le dieron "la pacífica y tranquila posesión del bien vendido", y que desde entonces al 1º de abril de 1944, estuvo poseyéndolo tranquila y pacíficamente con "actos de dominio propios de señor y dueño como rozándolo y encerrándolo en potreros, empradizándolo y arrendando algunas parcelas a diferentes personas".

En el hecho D), que el 1º de abril de 1944 Gabriel Ayala Calderón —uno de los demandados— "mediante actos de violencia y valiéndose de amenazas contra el legítimo dueño señor Andrés Avelino Garzón, tomó posesión de parte del inmueble", y agrega que "esta ocupación por medios violentos la ha ejercido sobre el terreno que quedó deslindado e identificado en el hecho primero de esta demanda".

Y en el hecho E), que después el mismo Gabriel Ayala Calderón, "entregó la posesión de parte de este fundo (el especificado en la petición primera), a los demás demandados, en la forma y extensión a que se refieren los pedimentos segundo, cuarto, quinto, sexto y séptimo de esta demanda", agregando que Gabriel Ayala Calderón se reservó solamente el terreno a que se refiere la súplica tercera.

3º—De lo cual se sigue que, de acuerdo con el libelo principal, el demandante recibió de sus vendedores el globo general de terreno, el día 4 de junio de 1924 y lo poseyó pacíficamente hasta el 1º de abril de 1944, fecha en la cual Gabriel Ayala Calderón tomó posesión de manera violenta, del área descrita en la petición primera de la demanda, o sea, la que a Garzón había quedado después de celebradas las referidas ventas, área que entregó a Ayala Calderón en sendos lotes, a los demás demandados, reservándose uno para él.

4º—La posesión no interrumpida y pacífica de Garzón aparece atestiguado por José Elías Díaz (fl. 10 c. 3º), Juan de la Cruz Piñeros (fl. 12 ib.), Agustín Calderón (fl. 11 ib.) y Roque Piñeros (fl. 12 ib.). Igualmente por el demandado Januario Piñeros, al consentir en los hechos de la demanda (fl. 16, c. 1º) y al absolver las posiciones formuladas por la parte actora (fl. 28, c. 3º). Juan de la Cruz Piñeros fue mayordomo de Garzón, y los demás testigos, arrendatarios de todo el terreno, o de partes de él solamente. Roque Piñeros (fl. 13 ib.) afirma que la posesión del actor comenzó "hace por lo menos veinte años" (declara en 1954), lo que concuerda con la época de la adquisición (1924), y agrega que él tuvo la finca, como arrendatario durante dos años, "hace unos quince años". Los demás testigos no precisan el tiempo en que la posesión comenzó, pero sí se realizó durante no pocos años, a juzgar por los mismos testimonios de quienes tuvieron la finca como arrendatarios de Garzón, posesión que se prolongó hasta el 1º de abril de 1944. Consistió, ya en actos materiales ordenados directamente por el titular, consistentes en el cerramiento del inmueble y separación de sus potreros, la tala de montes, beneficio de maderas, ensanche de colgaches, empradizamiento de tierras que el mayordomo señala en ocho fanegadas y los demás deponentes fijan en menos; ora en los ejecutados por el mayordomo y los arrendatarios en los diferentes lapsos en que ellos tuvieron la finca en su carácter de meros tenedores.

Esta posesión tiene su origen en la compraventa efectuada entre Roque Sandoval y Lastenia Méndez, como vendedoras, y el demandante Garzón, como comprador, compraventa contenida en la precitada escritura número 369, de 4 de junio de 1924, de la notaría 2ª del circuito de Guateque, y en la transferencia del dominio, verificada por la inscripción de dicho instrumento en la oficina de Registro del mismo circuito, el 24 de los mismos mes y año.

Es regular, por tanto, la posesión del demandante; reposa en un título justo de carácter traslaticio: es de buena fe, y cuenta con la tradición ejecutada mediante el registro (artículo 764). Se prolongó hasta el 1º de abril de 1944, por haberla perdido a manos de Gabriel Ayala Calderón, quien se valió de procederes violentos, según el actor, o de una simple toma de posesión, enteramente tranquila, según afirman los demandados, como consecuencia de la compraventa celebrada entre Ayala Calderón, como comprador, y Ernesto Sánchez, como vendedor, tal como aparece de la escritura número 181, de 27 de marzo del mismo año de 1944, de la notaría de Manta.

5º—Según la prueba testimonial aducida por la parte demandada (declaraciones de Francisco Cartagena Pineda, fl. 41, c. 3º; Benjamín Salamanca, fl. 43 ib.; Pedro Lino Sánchez, f. 45 ib.; Zacarías Castañeda, fl. 48 ib.; Leopoldo Infante, fl. 50 ib., y Pedro Antonio Ramos F., fl. 57 ib.), Gabriel Ayala Calderón, desde el 1º de abril de 1944, y también los demandados —con la salvedad de Januario Piñeros— a partir de las fechas de las respectivas escrituras de compraventa, otorgadas a su favor por aquél, han venido poseyendo el terreno que describe el actor de la petición primera de su libelo, o sea la extensión que continuó perteneciendo al mismo después de otorgadas las ventas que menciona el supradicho certificado del Registrador del circuito de Gachetá, de folios 3 y siguientes del cuaderno 2º.

La expresada posesión, según los declarantes —quienes dan la razón de sus afirmaciones— han consistido en pastoreo de animales, desmontes y cultivos, y en los hechos D) a I) de la demanda principal el actor conviene en que tal posesión cubrió la época comprendida entre el 1º de abril de 1944 y la fecha del mismo libelo (31 de julio de 1954).

Tal posesión tiene su causa en la venta que a Gabriel Ayala Calderón le hizo Ernesto Sánchez, por instrumento público número 181, de 27 de marzo de 1944, de la notaría de Manta, y Sánchez hubo su derecho, como está repetido, en la venta que le hiciera el Juzgado del circuito de Chocontá, en remate verificado dentro del juicio mortuorio de Francisco Sánchez y Justa Cárdenas, el 29 de abril de 1916, habiendo sido registrada el acta de remate el 1º de junio de 1938.

Esta posesión, por parte de varios demandados, se apoya en sendos títulos justos, todos traslaticios; y en la buena fe, que se presume; y los respectivos instrumentos fueron anotados en la oficina de Registro, de modo que la tradición quedó cumplida. La posesión regular no aparece desvirtuada por los testigos del actor, quienes son imprecisos en sus declaraciones sobre la iniciación de aquélla —que consideran violenta— ejecutada por Ayala Calderón el día 1º de abril de 1944. El demandante afirma que fue despojado por la fuerza de la posesión que venía ejecutando hacía años. Los demandados lo niegan, por

haber principiado la suya Ayala Calderón, en forma tranquila. Uno de los declarantes de la parte demandante afirma que "se oyó una detonación de bala entre el monte y posiblemente era un disparo entre Garzón y Ayala, y el mayordomo y los peones se alejaron". Otro asevera que "Garzón fue interrumpido en su posesión por miedo de actos de violencia ejecutados por Gabriel Ayala Calderón, quien usando la fuerza despojó de allí al señor Garzón", pero no se puntualizan los actos de violencia. Otro dice que Ayala llegó con amenazas, pero sin especificarlas. Otro, que llegó a echarles bala, pero sin saberse por qué ni para qué. De suerte que estas declaraciones no demuestran el hecho de la fuerza empleada, según el actor, para obligarlo a desocupar el inmueble. Algunos testigos agregan que Garzón intentó recuperar de modo directo y personal la dicha posesión, pero nada expresan que determine ni el tiempo en que ello ocurrió ni la forma en que ocurrió. El mismo demandante, en el libelo principal, tampoco expone la forma de la fuerza, ni precisa las amenazas que hubieren podido producir el abandono del fundo por parte de él. Y no ocurriendo las diversas circunstancias referentes a este hecho fundamental, no tiene apoyo la Sala para concluír que realmente se produjo el despojo, o sea el principio anormal, de violencia, que viciara la posesión de los demandados, frente a una posesión buena, como es la del actor.

17.—En la estimación de la posesión de los demandados —que tiene diez años, con título justo, buena fe y tradición—, posesión que el actor tilda de violenta, tiene mucha significación la pasividad de Garzón durante esos diez años, frente a quien lo arrebatara violentamente la posesión, según su demanda, ya que no consta en el proceso que hubiese iniciado ninguna de las acciones, de policía o posesorias, con que la ley protege al poseedor, especialmente cuando contra él se ha ejercido la fuerza. Lo cual está fuera de lo ordinario e implica un evidente descuido por parte del demandante en la conservación de su posesión y su derecho.

18.—En consecuencia, por hallarse los demandados en la posesión de los terrenos, esto es, protegidos por la presunción del artículo 762 del C. C.; por estar probada esa posesión por el lapso de diez años y no aparecer establecido que se hubiese iniciado violentamente, se trata de una situación jurídica prevaleciente en el litigio a que esta sentencia se refiere, y por ello, no obstante el motivo de casación procedente, según se expuso, no puede infirmarse aquélla, porque vista en instancia se sostiene, si bien en distintas razones de las expuestas en ella.

DECISION:

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintitrés (23) de febrero de mil novecientos sesenta (1960), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Andrés Avelino Garzón contra Augusto Sánchez y otros.

Sin costas en la casación.

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

Enrique Coral Velasco.—Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Arturo C. Posada. — El Secretario, Ricardo Ramírez L.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA

ERROR DE VALORACION DE PRUEBAS EN UNA SENTENCIA QUE NEGO LA RESTITUCION DE UN PREDIO RURAL

1.—La inspección judicial efectuada de acuerdo con las normas que la regulan hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez. Y como de la inspección cumplida por el juzgado de primera instancia aparece el testimonio del Juez respecto de lo que fue objeto de apreciación por sus sentidos, el Tribunal debió tener como plena prueba la que le suministraba el acta de inspección. Y si a eso se agrega el concepto de los peritos que intervinieron en tal diligencia, quienes con el funcionario afirman que el fundo poseído por el demandado, que constituye el objeto de la reivindicación, está comprendido dentro del inmueble de propiedad del demandante, es indudable el error de valoración en que cayó el juzgador de segunda instancia.

2.—Expresa el acta de la diligencia de inspección ocular practicada por el mismo Tribunal fallador, que el terreno de propiedad de quien demanda la restitución fue fácil de identificar por la objetividad de los puntos de referencia; que lo mismo ocurrió respecto al lote poseído por el demandado, ya que los puntos dados en la demanda e indicados en la diligencia, fueron fácilmente establecidos. Agrega el acta que, obtenidas las dos identificaciones, apareció notoriamente que el predio poseído por el demandado se encontraba comprendido dentro del lote de propiedad del demandante, "lo que fue fácil dada la extensión de éste y su incorporación ostensible dentro del mismo, con los meros datos que proporcionan los sentidos". Pues bien: lo fácil, lo ostensible, lo notoriamente apreciable con los meros datos que proporcionan los sentidos —como lo dice el Tribunal— determina la evidencia externa, la verdad inmediata, y ésta a su vez, constituye la plena prueba en el caso de inspecciones judiciales. Como la evidencia destruye la duda y excluye lo que teóricamente pudiera aparecer contradictorio, el sentenciador, por no dar valor a su propia inspección, incurrió en error de valoración de esta prueba de identificación.

3.—En el caso de alegarse la prescripción agraria de que trata el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, deben demostrarse los elementos que puntualiza el artículo 17 del Decreto 59 de 1938. De consiguiente, no puede presumirse la buena fe si las declaraciones no son concretas respecto a las circunstancias exigidas por el artículo citado, porque se trata de buena fe cualificada en que el excepcionante, además de llevar sobre sí el peso de la prueba en cuanto es actor de su excepción, lleva asimismo la obligación de demostrar los elementos de que pueda deducirse su buena fe, porque en este caso de prescripción agraria la buena fe no se presume, por expreso mandato legal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, abril diecinueve de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco)

ANTECEDENTES

Antonio San Román demandó ante el Juez Civil del Circuito de La Dorada a Deogracias Useche para que, previa tramitación de juicio ordinario reivindicatorio se condene al demandado:

a)—A restituírle el predio rural comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el Oriente, del pie de una peña donde principia un cerro de alambre, alambrado abajo a encontrar con lindero de Miguel Arcángel Campo y de los señores de La Cuesta; por el Occidente, del cerro del Golilludo por un caño abajo hasta encontrar una roca; roca abajo a encontrar un alambrado: alambrado abajo a encontrar otra roca, lindando con Isabel Romero; por el Norte con el cerro del Golilludo hasta dar al lindero de Miguel Arcángel Campo; de aquí se baja por un caño hasta encontrar un alambrado; se sigue por el alambrado hasta encontrar el lindero con los señores de La Cuesta; y por el Sur, del lindero con Isabel Romero se sigue por una grada hasta encontrar un alambrado, se sigue por el alambrado a encontrar el punto de partida lindero con los de La Cuesta"; y,

b)—A restituírle al demandante los frutos naturales y civiles que se hayan percibido y que hubiera podido percibir con mediana actividad e inteligencia, de estar la cosa en su poder, desde que lo compró el señor San Román hasta que la entrega del predio se verifique.

Los fundamentos de hecho, son los siguientes:

"1º—El señor Antonio San Román mi mandante, es dueño del predio que se reivindica, por formar parte del inmueble comprado por él a la sociedad "Juan B. Castaño e Hijos Ltda.", según escritura número 2.921 de 7 de diciembre de 1950.

"2º—El señor Deogracias Useche es el actual poseedor de la finca, y se niega a restituírla a mi poderdante.

"3º—El poseedor demandado ha percibido frutos del predio cuya reclamación demando y mi mandante hubiera podido percibir todo lo que es capaz de producir la finca mediante una administración diligente.

"4º—El demandado tiene y ha tenido conciencia de que el predio cuya reclamación le demando es de propiedad del señor San Román".

Deogracias Useche se opuso a las pretensiones del actor, negó los hechos de la demanda, afirmó ser dueño del inmueble en virtud de haber plantado mejoras y por compra del terreno, según escritura número 407 de 18 de mayo de 1954. Concluye la contestación, así: "Pero considerando por vía de hipótesis que el demandante San Román o los que le confeccionaron la escritura 2.921 en la que apoya sus pretensiones, hubiesen tenido algún derecho sobre el inmueble de que trata esta demanda en virtud de algún título oculto o de alguna ley especial confeccionada para ellos y no conocida por el común de los abogados, o cualquiera otro evento, aquél se habría extinguido por razón del fenómeno de la prescripción. Por tanto, subsidiariamente propongo la excepción de prescripción que se debe declarar con la calidad que aparezca probada, pues, como se dijo al principio de este escrito, en los últimos cincuenta años ninguna persona distinta de aquellas de que adquirió Useche, y éste mismo, ha poseído materialmente aquel terreno, posesión que se ha traducido en construcción de casa de habitación, cercas, abrevaderos, plantaciones agrícolas, pastos y cría de ganados, todo esto acompañado de justo título. Por consiguiente se le puede aplicar cualquiera de las prescripciones, bien sea la especial agraria de la Ley 200 de 1936, la ordinaria o extraordinaria del Código Civil".

La sentencia de primera instancia (agosto 8 de 1957), hizo las condenas solicitadas por el actor. En lo tocante a mejoras, proveyó: "3º—El señor Deogracias Useche tiene sobre el predio, cuya restitución se ordena, el derecho de retención hasta que el pago de sus mejoras se verifique o se le aseguren a satisfacción, previa regulación conforme a los trámites indicados por el artículo 553 del C. Judicial".

Ambas partes apelaron del fallo de primer grado. En la segunda instancia, después de practicar pruebas, el Tribunal, por sentencia de 30 de septiembre de 1959, revocó la del Juzgado y, absolvió a la parte demandada. En tal virtud, el recurso de casación fue interpuesto por el actor del juicio.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Absolvió el Tribunal a la parte demandada por no estar probada la identidad del inmueble y, porque encontró que la posesión del demandado es anterior a los títulos inscritos que exhibe el demandante.

Y así, después de desechar las inspecciones efectuadas sobre el inmueble en reivindicación

por el Juez del conocimiento, como la practicada por el mismo Tribunal, concluye el fallador:

"La falta de identidad del predio del demandante inhibe al juzgador para declarar que dentro de su predio se encuentre o haga parte el fundo que se demanda, echándose de menos, por lo tanto, uno de los presupuestos para la viabilidad de la acción de dominio".

No obstante la anterior afirmación, respecto a la falta de identidad del inmueble, pasa a sostener posteriormente que, sobre ese bien no identificado, el demandado tiene posesión anterior a los títulos del demandante. Dice:

"De estas dos situaciones jurídicas, se deduce que la posesión del demandante es anterior a los títulos inscritos que exhibe el demandante, quedando aquél, por lo tanto, amparado por la presunción de dueño que le otorga el artículo 762 del C. C., situación que igualmente hace inoperante la acción impetrada".

1º.—Por el Juzgado del conocimiento se practicaron sendas diligencias de inspección: El 21 de febrero de 1956, la primera, por petición del actor; la segunda, al otro día, el 22 de febrero, por solicitud del demandado. Posteriormente, en el segundo grado de la causa, el Tribunal, hizo diligencia de inspección, el 26 de febrero de 1958, por impetración del demandante.

El Tribunal no le atribuye valor probatorio a la inspección efectuada por el Juzgado —21 de febrero de 1956—, porque del acta respectiva no aparece que el Juez hubiese hecho el recorrido de los linderos del predio del señor San Román. En efecto, dice al respecto: "Como puede verse del acta de inspección antes transcrita, en parte alguna aparece que por el señor Juez y por el personal de la diligencia se hubiese hecho el recorrido y examen de los linderos del predio del señor San Román, tal como se individualiza en la escritura Nº 2921, a fin de identificarlo materialmente sobre el terreno, con absoluta precisión, que en este caso era aún más rigurosa, por cuanto la parte demandada niega firmemente que el lote que posee haga parte de aquella propiedad.

"Y no habiéndose precisado materialmente sobre el terreno la demarcación del inmueble que se singulariza en el título exhibido por el demandante, no puede admitirse, consecuencialmente, sin lugar a dudas, que el lote ocupado por el demandado se encuentre comprendido dentro de aquél. La afirmación que al respecto hacen los expertos carece de fundamento, pues tal concepto, como lo ha dicho la jurisprudencia citada, debe fundarse precisamente en los hechos y circunstancias observados por el Juez y faltando tal observación, aquél pierde su consistencia real, fuera de que carece de todo otro fundamento. Obsérvese que los peritos al responder a la letra B) del interrogatorio se refieren sólo a los linderos de la parte oriental y occidental del predio del señor San Román y ello de una manera general, tal como aparece en la escritura, pero no porque los hubieran constatado, omitiendo referirse a los otros dos extremos, respecto de los cuales también existen graves discrepancias entre las partes".

No hizo el Tribunal transcripción completa en su sentencia del acta de inspección referida, ni tuvo en cuenta para su apreciación, todo su contenido, pues según los párrafos copiados, "en parte alguna aparece que por el señor Juez y por el personal de la diligencia se hubiese hecho el recorrido y examen de los linderos del predio del señor San Román, tal como se individualiza en la escritura Nº 2921...", cuando, la verdad procesal es, precisamente, todo lo contrario, ya que en el acta citada, se lee:

"El Juzgado deja las siguientes constancias: Primera: Que en realidad de verdad, las partes en controversia estuvieron en el lugar del litigio. Segunda: Que las identificaciones hechas por los peritos, las hizo igualmente el Juzgado, en asocio de las partes. Tercera: Que las mejoras a que los peritos hacen referencia, en su dictamen fueron constatadas personalmente por el Juzgado. Cuarta: Que las partes estuvieron presentes en el acto de la diligencia". A continuación, el acta deja testimonio de la petición del abogado del demandante sobre fijación de honorarios para los peritos, y luego se firma por los que en ella intervinieron.

Al principio del acta de inspección, se establecen los linderos del predio ocupado por Deogracias Useche y se afirma: "Este lote que se lindera antes, se encuentra dentro de los linderos generales que contiene la escritura 2921 de 7 de diciembre de 1950, de la Notaría Quinta del Circuito de Bogotá, que comprende los linderos de la hacienda "El Horizonte", linderos los cuales

han sido constatados por el personal de la diligencia".

2º.—En el acta de la segunda inspección (22 de febrero de 1956), se lee:

En este estado interviene el doctor Jorge Orozco Valencia, apoderado del demandado y solicita lo siguiente: Pide al señor Juez, que la presente diligencia se concrete únicamente al literal b) del numeral 6º) de las pruebas que he solicitado, ya que prescindo de los demás puntos que contiene mi petición, por no haber llegado los documentos necesarios. El Juzgado acepta la petición formulada por el doctor Orozco Valencia y en consecuencia la diligencia versará únicamente sobre el punto al cual pide se concrete la diligencia el premencionado doctor Orozco Valencia. En este estado se procedió a la localización del punto denominado "Casaguilla" que es donde arranca la línea de que habla la hijuela de adjudicación del doctor Jorge Orozco Valencia y las partes estuvieron de acuerdo, cuál es el cerro que tiene este nombre, el cual fue señalado al Juzgado que es visible desde la carretera que desde La Dorada conduce hacia Honda. Acto seguido el Juzgado se trasladó al lugar donde desemboca la quebrada de "Burras" en la charca de Guarinocito, antiguo cauce del río Magdalena, quedando así plenamente identificados los dos puntos, el suscrito Juez por ante su Secretario y demás personal de la diligencia, sometió a consideración de los señores peritos el punto sobre el cual versa la diligencia y al efecto expusieron: 'Hemos tenido en cuenta la escritura Nº 407 de mayo de 1954, de la Notaría de Honda: también hemos leído los linderos de la adjudicación hecha a Jorge Orozco Valencia, según la escritura Nº 318 de 14 de julio de 1944 de la Notaría de Manzanares; y al mismo tiempo por el plano que obra en el juicio en el cuaderno de pruebas de la parte demandada, hemos recorrido el lindero que partiendo de las estribaciones bajas del cerro de "Goldludo" hasta la desembocadura, en línea recta de la quebrada de "Burras" encontrando el sitio seccional de esta línea recta en la carretera que conduce de La Dorada hacia Honda. Colocados en este sitio y enfrentados a las estribaciones antes dichas o sea las que miran hacia el Municipio de Victoria y trazando una línea recta imaginaria, rendimos nuestro concepto en las siguientes condiciones, advirtiendo previamente que por aceptación del Juzgado y a petición de la parte demandada el interrogatorio se contrajo al punto B) del numeral 6º del cuaderno de pruebas de la parte demandada., concepto que es el siguiente: El terreno vendido por Jorge Orozco Valencia al señor Deogracias Usecha y que se reivindica en el juicio, queda comprendido en los que le fueron adjudicados en la partición judicial llevada a cabo en el Juzgado del Circuito de Manzanares, cuyos planos figuran en la hijuela respectiva, a Jorge Orozco Valencia'. Es nuestro dictamen que es la verdad. 'Advertimos también que los demás linderos y puntos de referencia de que se habla en la citada hijuela hecha a Orozco Valencia, fueron aceptados de común acuerdo por las partes y los peritos pudimos constatar la existencia del globo general por los linderos allí anotados, en virtud de estas indicaciones'. 'El Juzgado deja las siguientes constancias: Primera: Que en realidad de verdad, las partes en controversia estuvieron en el lugar del litigio. Segunda: Que las identificaciones hechas por los peritos, las hizo igualmente el Juzgado en asocio de las partes en lo que hubo pleno acuerdo. Tercera: Que las partes estuvieron presentes en el acto de la diligencia. En este estado el señor apoderado del demandante doctor Gilberto Gartner, manifiesta que no acepta la manifestación de los señores peritos en cuanto que existe aceptación por las partes de los linderos y puntos de referencia de que se habla en la hijuela el doctor Orozco Valencia'. Los peritos en este instante interrogados personalmente por el señor Juez ante el suscrito Secretario y las partes en controversia, como sus abogados, que aclaren el punto y dijeron: 'Que la observación hecha por el doctor Gartner, se aclara en este sentido: excepción hecha al lindero a que nos referimos inicialmente y que fue recorrido personalmente, los demás linderos fueron conocidos por los peritos por las indicaciones de las personas conocedoras de la región y que indicaban dónde quedaba cada uno de los cerros indicados en la hijuela aludida. Es claro que no recorrimos personalmente dichas alinderaciones, pero que ocularmente y situados en la carretera que de Honda conduce a La Dorada, se pueden apreciar ocularmente. Así se firma en constancia esta diligencia una vez leída y aprobada por los que en ella intervinieron.—..... El suscrito Juez a petición de las partes fija los honorarios de los peritos en la suma de ciento cincuenta pesos para cada uno. Se firma en constancia".

3º.—Y por fin, la tercera y última inspección la practicó el Tribunal, el 26 de febrero de 1958. Una vez nombrados y posesionados los testigos actuarios, "Como en las diligencias que el mismo personal del Tribunal practicó en los días veinticuatro y veinticinco del presente mes y a solicitud de las partes en el presente juicio —para abreviar esta diligencia— se identificaron las extensiones territoriales objeto de la diligencia, así se hizo. En tal virtud, el doctor Luis Eduardo Gacharná mostró al Tribunal los siguientes puntos de referencia: 'Tomando una línea recta que partiendo de la desembocadura de "Las Burras" en el río Magdalena va a terminar en el cerro de Goliyudo o Golilludo, parte septentrional o norte donde existe una palma; de allí, en dirección sur, va a terminar en el cerro "La Hermita", cerca a la expresada quebrada de "Las Burras; y de aquí, quebrada abajo, a su desembocadura en el río Magdalena, punto de partida'. LOTE OCUPADO POR DEOGRACIAS USECHE. 'Por el oriente, del pie de una peña donde principia un cerco de alambre, alambrado abajo a encontrar con lindero de Miguel Arcángel Campo y de los señores de La Cuesta; por el occidente, del cerro de Goliyudo por un caño abajo hasta encontrar una roca; roca abajo a encontrar un alambrado; alambrado abajo a encontrar otra roca lindando con Isabel Romero; por el norte con el cerro del Goliyudo hasta dar al lindero de Miguel Arcángel Campo; de aquí se baja por un caño hasta encontrar un alambrado; se sigue por el alambrado hasta encontrar el lindero de los señores de La Cuesta; y por el sur, del lindero con Isabel Romero se sigue por una grada hasta encontrar un alambrado; se sigue por el alambrado hasta encontrar el punto de partida lindero de los de La Cuesta'. Hechas las anteriores identificaciones se constató de que en realidad el predio alinderado y ocupado por Deogracias Usechе se encuentra comprendido dentro de la figura geométrica primeramente descrita".

Después de atender distintas peticiones hechas durante el desarrollo de la diligencia, y para definir una de ellas, se dijo: "Para resolver el recurso (de reposición) interpuesto, EL TRIBUNAL, EN SALA DE DECISION, considera: El lote de terreno comprendido dentro de la figura geométrica formada por los puntos indicados por el doctor Gacharná o sean: 'Partiendo de la desembocadura de "Las Burras" en el río Magdalena al extremo norte del cerro Goliyudo y de aquí a la quebrada de Las Burras pasando por el cerro de La Hermita y de aquí siguiendo dicha quebrada al punto de partida', fue fácil de identificar por la objetividad de los puntos de referencia. Asimismo fue fácil identificar el lote ocupado por el señor Deogracias Usechе ya que dicho lote se encuentra debidamente determinado por los puntos dados en la demanda e indicados en la diligencia y los que fueron fácilmente establecidos. Obtenidas ambas identificaciones apareció notoriamente que el predio del señor Usechе se encontraba comprendido dentro del primer lote, lo que fue fácil dada la extensión de éste y su incorporación ostensible dentro del mismo, con los meros datos que proporcionan los sentidos".

4º.—Al estudiar los títulos acudidos por los contendientes, el Tribunal encuentra más antiguos los de la parte demandada, por cuanto ésta presentó la escritura 407 de 19 de mayo de 1954, por la cual adquiere el lote que se pretende reivindicar "y agrega a su posesión inscrita la de sus causantes, asumiendo la hijuela hecha al doctor Orozco V. en el juicio divisorio de los terrenos de Guarinocito, registrada el 21 de julio de 1945 en el Libro 1º, y certificado de tradición expedido por los señores Registradores de los Circuitos de Manzanares y La Dorada, la cual se extiende ininterrumpidamente hasta el año de 1917. Fuera de ello alega posesión por más de quince años, lo que demuestra que los testimonios de los señores Tomás Mesa, Angel Rueda Sevilla y Julio Colorado", al paso que el demandante presenta la escritura Nº 2921 de 1950, según la cual "Juan B. Castaño e Hijos Ltda." le hizo venta del inmueble "El Horizonte", que esa sociedad adquirió por adjudicación en la sucesión de la señora Isabel Angel de Castaño, "registrada el 17 de septiembre y 30 de octubre de 1947 en los libros de Causas Mortuorias y 1º, en su orden"; y ésta lo hubo por compra a Francisco Martínez Concha por escritura 498 de 11 de julio de 1938 de la Notaría de Fusagasugá, "sin dar cuenta de su registro".

LA IMPUGNACION

"Acuso el fallo recurrido —dice la demanda de impugnación—, por la primera causal de casación del artículo 520 del Código Judicial, o sea por ser violatorio de la ley sustantiva como consecuencia de la apreciación errónea de las prue-

bas de inspección ocular y peritación administradas oportunamente en el proceso, así como de los elementos de juicio que tuvo el sentenciador a la vista en el momento de fallar, en cuya apreciación incurrió el Tribunal en errores de derecho y en errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos. Así resulta del siguiente análisis, en que examino el fallo en el mismo orden en que he expuesto su esencia en el capítulo precedente".

Reproduce en seguida parte del acta de inspección practicada el 21 de febrero de 1956 por el Juez del Circuito, para concluir de este modo:

"Con esa acta probará el señor Antonio San Román hasta la consumación de los siglos que el predio que él reclama está dentro de los linderos de El Horizonte, su hacienda: como el Tribunal le negó el mérito probatorio a dicha acta, violó el artículo 730 mencionado y como consecuencia violó los artículos 740, 745, 756 y 946 del Código Civil, porque el señor demandante probó que compró la hacienda El Horizonte, probó que de ella se le hizo tradición, probó que el señor Useche posee una parte de su hacienda y, sin embargo, la sentencia acusada desconoce o viola directamente esos textos, que son los que autorizan al demandante para proclamarse dueño de lo ocupado por Useche y para pedirle al demandado que le entregue lo que ilegalmente posee.

"Si el sentenciador no leyó en aquella acta lo que dejo transcrito, incurrió en error manifiesto de hecho, y si lo leyó pero le desconoció el valor de plena prueba, incidió en error de derecho en la apreciación del acta de inspección ocular, que no podría provocarla y realizarla en mejores términos el más hábil litigante de cualquier foro; hacer constar que se identificaron unos linderos, o sean los del suelo y los de las escrituras y terrenos ocupados, y que al encontrarlos idénticos se vio, se observó, se constató, como dice el acta, que uno de los terrenos es parte de otro.

"Esa identificación la hizo no sólo el Juez sino todo el personal de la diligencia, aunque a la ley le habría bastado para darle fe que el solo Juez atestiguara que un predio estaba comprendido en el otro, pues el por qué de la fuerza incontrastable de la inspección ocular consiste sencillamente en que los sentidos externos son criterio de verdad, cuando en condiciones normales registran lo que cae bajo su imperio. Ver dos predios con los ojos, no con la inteligencia, identificarlos, llevar su realidad al alma mediante el sentido interno, que es el que hace de la imagen física, la idea correspondiente, es el hecho humano de ver, distinto del acto animal de mirar o del hecho que registra una máquina fotográfica. Cuanto más simple sea el hecho de ver, más persuasivo es porque se muestra simplemente como producto del uso adecuado del sentido externo. Precisamente son los razonamientos que haga un juez como fundamento de su aseveración de que vio o no vio lo que iba a examinar en la inspección ocular, lo que desnaturaliza la esencia de la prueba, porque entonces no hay simple función de los sentidos externos sino de otra función: la inteligencia, que con todo y ser lánguido reflejo de Dios, tiene tantas fallas, que mil veces ignora la causa de lo que ve".

Se considera:

a)—La falta de identidad del predio del demandante que el fallador de segundo grado tiene como razón para absolver al demandado y "para declarar que dentro de su predio (el del demandante) se encuentre o haga parte el fundo que se demanda, echándose de menos, por lo tanto, uno de los presupuestos para la viabilidad de la acción de dominio", tiene por causa la equivocada apreciación de las inspecciones judiciales cumplidas con todas las formalidades legales, tanto por el Juzgado como por el mismo Tribunal.

Vio éste de manera incompleta y así la transcribió en su sentencia, la diligencia de inspección practicada por el Juzgado el 21 de febrero de 1956 y, por eso, llegó a afirmar que "en parte alguna aparece que por el señor Juez y por el personal de la diligencia se hubiera hecho el recorrido del predio del señor San Román.....", cuando la verdad procesal es otra ,según aparece de dicha acta, pues allí sí quedó testimonio, sin protesta de la contraparte, de haber hecho el reconocimiento debido de los inmuebles, tanto por el Juez, como por los peritos nombrados para el caso.

La inspección judicial efectuada de acuerdo con las normas que la regulan hace prueba plena respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez. Y como de la inspección citada aparece el testimonio del Juez respecto de lo que fue objeto de apreciación de sus sentidos, el Tribunal debió tener como prueba plena la que le suministraba el acta de inspección. Y si a eso

se agrega el concepto de los peritos para ese efecto nombrados, quienes con el funcionario afirman que el fundo poseído por el demandado está comprendido dentro del inmueble "El Horizonte" de propiedad del demandante, es indudable el error de valoración en que cayó el juzgador de segunda instancia.

b)—Pero si se viera contradicción entre las dos inspecciones practicadas por el Juzgado de primera instancia, por cuanto en ambas se afirma por el Juez haber recorrido los linderos de los inmuebles y, en la primera se dice que el poseído por el demandado está dentro de los límites del fundo de propiedad del actor, al paso que en la segunda se deja testimonio aparentemente contrario, es decir, que "el terreno vendido por Jorge Orozco Valencia al señor Deogracias Usecho y que se reivindica en el juicio queda comprendido en los que le fueron adjudicados en la partición judicial llevada a cabo en el Juzgado del Circuito de Manzanares, cuyos planos figuran en la hijuela respectiva, a Jorge Orozco Valencia...", el Tribunal pudo prescindir de ambas y atenerse a su propia evidencia.

c)—En efecto, la Sala de Decisión, con relación a la propiedad del demandante, cuyos linderos detalla en el acta dijo que "fue fácil identificar por la objetividad de los puntos de referencia". Y respecto del bien poseído por el demandado, afirma: "Asimismo fue fácil identificar el lote ocupado por Deogracias Usecbe ya que dicho lote se encuentra debidamente determinado por los puntos dados en la demanda e indicados en la diligencia y los que fueron fácilmente establecidos. Obtenidas ambas identificaciones apareció notoriamente que el predio del señor Useche se encontraba comprendido dentro del primer lote, lo que fue fácil dada la extensión de éste y su incorporación ostensible dentro del mismo, con los meros datos que proporcionan los sentidos".

Lo fácil, lo ostensible, lo notoriamente apreciable con los meros datos que proporcionan los sentidos, como lo dice el Tribunal, determina la evidencia externa, la verdad inmediata, y ésta a su vez, constituye la plena prueba en el caso de inspecciones judiciales. Como la evidencia destruye la duda y excluye lo que teóricamente pudiera aparecer contradictorio, por no dar valor a su propia inspección, el sentenciador incurrió en error de valoración de esta prueba de identificación y, por eso, la casación del fallo recurrido se impone.

ch)—Si lo poseído por Useche está comprendido dentro del triángulo que forma parte de la hacienda "El Horizonte", por cuanto éste fue excluído de la venta que hiciera el Banco Agrícola a Manuel A. Ramírez y otros, de la finca Guarinocito, por escritura número 2.156 de 11 de agosto de 1938, pasada en la Notaría 4ª de Bogotá, es claro que el título exhibido por el demandado y con el cual quiere demostrar mejor derecho, no tiene eficacia frente al presentado por el demandante.

En efecto, el actor adujo para demostrar su dominio la escritura número 2.821 de 7 de diciembre de 1950, extendida en la Notaría 5ª del Circuito de Bogotá, por la cual Antonio San Román compró a la sociedad "Juan B. Castaño e Hijos Ltda.", en liquidación, el inmueble rural llamado "El Horizonte" y trajo al juicio un certificado sobre la tradición del dominio de dicho inmueble, en el que consta que su vendedor hubo este predio en mayor extensión, en virtud de adjudicación que se le hiciera en la mortuoria de Isabel Angel de Castaño, según hijuela inscrita el 17 de septiembre de 1947.

El demandado allegó al proceso la escritura número 407 de 19 de mayo de 1954, pasada ante el Notario de Honda, por cuyo medio Jorge Orozco Valencia vendió a Deogracias Usecbe, "el derecho de dominio y posesión que tiene sobre un lote de terreno, situado en Guarinocito, jurisdicción del Municipio de La Dorada" y comprendido dentro de los linderos que allí se expresan. A su vez, Jorge Orozco Valencia, tradente de Deogracias Usecbe, hubo lo vendido a éste por adjudicación que se le hiciera de un predio de mayor extensión llamado "Casablanca", en la partición judicial de la hacienda de "Guarinocito", según hijuela inscrita el 1º de julio de 1944. Esta heredad, de "Guarinocito", fue transferida antes por el Banco Agrícola a Manuel A. Ramírez, Rafael Luna Ponce, Isabel Luna de Ospina y Horacio Luna Pardo, como consta en la escritura número 2.156 de la Notaría 4ª de Bogotá, corrida el 11 de agosto de 1938. Según este instrumento, el Banco Agrícola había adquirido y enajenó el inmueble con exclusión del terreno que en forma de triángulo abarca el lote en litigio.

"No cabe duda de que el Banco, al excluir de la transferencia de la hacienda de "Guarinocito" el triángulo en referencia, lo hizo en el concepto

de no haber adquirido para sí ni pertenecerle tal porción de terreno ni de ser ésta parte integrante del inmueble enajenado. Al efectuar la exclusión el Banco no estaba obligado a expresar que el terreno excluído correspondía a la hacienda de "El Horizonte" ni a ninguna otra. Para los efectos de la transferencia del fundo de "Guarinocito", le bastaba al Banco con decir que excluía la porción del triángulo, porque no era de su propiedad. Si se considera además que este predio, según los linderos que se leen en la propia escritura número 2.156, colindaba precisamente por la parte del triángulo con tierras del general Juan B. Castaño, que eran las mismas de "El Horizonte", fluye la conclusión de que si dicho triángulo no correspondía a "Guarinocito", sí hacía parte de "El Horizonte" como inmueble adyacente o colindante. Si dicho triángulo hubiera estado interpuesto, como predio independiente, entre esas dos haciendas, es obvio que no habría podido declararse que ellas colindaban. La sola declaración de colindancia entre tales heredades, hecha por el Banco, lleva implícito el reconocimiento de que el triángulo excluído formaba parte del fundo adyacente, esto es, de "El Horizonte", que eran las tierras del general Castaño". (Sentencia de abril 4 de 1961, dictada en el juicio ordinario de Antonio San Román contra Isabel Romero de Leytón).

De donde se concluye que lo poseído por Usuche no está amparado por la hijuela adjudicada a Orozco Valencia en 1944, en virtud de la presencia del título 2.156 de 1938, en que el Banco Agrícola Hipotecario excluyó de la venta de "Guarinocito" el triángulo donde se encuentra ubicado el terreno en litigio. Igualmente, se concluye, que están comprobados los elementos de la acción reivindicatoria, o sea, la cosa singular, la identificación de ella, la posesión del demandado y el dominio del demandante.

d) — El demandado propuso la excepción de prescripción, bien sea la especial agraria de la Ley 200 de 1936, o la ordinaria o extraordinaria, reguladas por el C. Civil.

No es posible la ordinaria por falta de titularidad, según las razones anteriores. Tampoco la extraordinaria en virtud de que al absolver posiciones el demandado, dijo que su posición era de más de catorce (14) años (respuesta a la pregunta 5ª). Y respecto a la prescripción agrícola, establecida por el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, "en favor de quien, creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías, posea en los términos del artículo 1º de esta ley, durante cinco años continuos, terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación ni comprendidos dentro de las reservas de la explotación, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo artículo. Para los efectos indicados, no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado por cerramientos artificiales, o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular".

En el caso de alegarse la prescripción agraria por quien pretende ampararse por ella, deben demostrarse los siguientes elementos:

"a)—Que el terreno de que se trata, no era objeto de una explotación económica en la época en que se inició la ocupación; y

"b)—Que el globo general del cual forme parte el terreno poseído, no estaba, en el momento de iniciarse la ocupación, demarcado por cerramientos artificiales, ni existían en él señales inequívocas de las cuales apareciera que era de propiedad particular.

"Parágrafo.—Si no se presentan las pruebas que acrediten las circunstancias indicadas en el numeral b) de este artículo, o si en el curso del juicio se demostrare que el globo general del cual forme parte el terreno poseído, estaba demarcado por cerramientos artificiales o existían señales inequívocas de las cuales aparezca que se trataba de una propiedad particular, quien invoque la prescripción deberá probar su buena fe, la cual en este caso no se presume". (Artículo 47, Decreto 59 de 1938).

No puede presumirse la buena fe si las declaraciones no son concretas respecto a las circunstancias exigidas por el artículo citado, porque, se trata de buena fe cualificada en que el excepcionante, además de llevar sobre sí el peso de la prueba en cuanto es actor de su excepción, lleva asimismo la obligación de demostrar los elementos de que pueda deducir su buena fe, porque en este caso de prescripción agraria la buena fe no se presume, por expreso mandato legal.

De las declaraciones de Tomás Mesa, Angel Rueda Sevilla y Julio Celemín Polanía, no se infiere esa buena fe, pues en ellas no se da testimonio de los elementos que para determinarla exige el artículo referido, ya que en ellas se

atestigua solamente que el demandado es el mejorante del terreno en un tiempo aproximado de catorce años, sin hacer afirmación ninguna respecto a las exigencias legales sobre presunción de buena fe.

Lo anterior demuestra la pertinencia del cargo.

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 del Tribunal Superior de Manizales, dictada en este juicio el 30 de septiembre de 1959, y en su lugar CONFIRMA en todas sus partes la del Juez del Circuito Civil de La Dorada, de 8 de agosto de 1957.

Costas de segunda instancia a cargo del demandado.

Sin costas en el recurso.

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

Enrique Coral Velasco. — Con salvamento de voto, **José J. Gómez R.** — **Gustavo Fajardo Pinzón.** — **José Hernández Arbeláez.** — **Enrique López de la Pava.** — **Arturo C. Posada.** — **Ricardo Ramírez L.**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE J. GOMEZ R.

RESUMEN.—No comparte el Magistrado disidente la tesis según la cual el artículo 12 de la ley de tierras estatuye, expresamente, que en relación con la usucapión agraria, no se presume la buena fe del usucapiente. En verdad que la regla excepcional de que lo que se presume es la mala fe, debería ser expresa, ya que la presunción de buena fe es la norma general conforme al artículo 769 del C. Civil. Pero tal presunción excepcional no se encierra en el mencionado artículo 12 ni expresa ni tácitamente. La sentencia toma por presunción de mala fe la que, según el artículo 12, son simples hechos con los cuales se puede desvirtuar la presunción de buena fe del poseedor.

En cuanto al artículo 47 de la Ley 59 de 1938, llamado reglamentario de la Ley 200 de 1936, es ilegal porque no es de reglamento reformar los artículos 66 del C. Civil y 661 del C. Judicial, invirtiendo la carga de la prueba en tratándose de presunciones legales. E inconstitucional además, porque adquirido el dominio rural por el usucapiente mediante la posesión económica, quieta y pacífica de cinco años, se vulnera ese derecho adquirido al imponer al poseedor la carga de probar lo que incumbe a quien se pretende dueño, carga que por ello envuelve el desconocimiento del mismo derecho.

De nuevo me corresponde la penosa tarea de salvar mi voto en la sentencia de esta fecha, dictada en el juicio ordinario de Antonio San Román contra Deogracias Useche, no por estar en desacuerdo con el motivo de casación alegado, por errores de hecho y de derecho en el examen de las pruebas de inspección ocular y de peritos, errores que motivaron en el sentenciador el concepto de no hallarse probada la identidad del inmueble, sino por no haber declarado demostrada la usucapión que opuso el demandado, con apoyo en el artículo 12 de la Ley 200 de 1936.

- I -

Se trata de un negocio entre el propietario inscrito, de un lado, y el poseedor de la tierra, de otro; entre títulos inscritos, no sólo sin el respaldo de la posesión, sino contra la posesión realizada por otros, en su forma material, la única verdadera, y en su sentido económico, el único adecuado para conservar la tierra rural.

Proscrita la posesión tabular a partir de la casación de 27 de abril de 1955, esto es, negada a las inscripciones de los títulos en el Registro

Público toda acepción posesoria, parece como si en la sentencia de que me he separado, sobreviviera la llamada posesión inscrita, de manera tan fuerte que no pudieran contra ella ni la posesión económica, ni la usucapión, con que la ley protege al colono que vincula material y públicamente su esfuerzo a la tierra por el lapso de cinco años, frente al abandono del titular de ella.

- II -

1.—Dice la sentencia:

"d) —El demandado propuso la excepción de prescripción, bien sea la especial agraria de la Ley 200 de 1936, o la ordinaria o extraordinaria, reguladas por el C. Civil.

"No es posible la ordinaria por falta de titularidad, según las razones anteriores. Tampoco la extraordinaria en virtud de que al absolver posiciones el demandado, dijo que su posesión era de más de catorce (14) años (respuesta a la pregunta 5ª). Y respecto a la prescripción agraria, establecida por el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, 'en favor de quien, creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías, posea en los términos del artículo 1º de esta ley, durante cinco años continuos, terreno de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación ni comprendidos dentro de las reservas de la explotación, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo artículo. Para los efectos indicados, no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado por cerramientos artificiales, o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular'.

"En el caso de alegarse la prescripción agraria por quien pretende ampararse por ella, deben demostrarse los siguientes elementos:

" 'a)—Que el terreno de que se trata, no era objeto de una explotación económica en la época en que se inició la ocupación; y

" 'b) —Que el globo general de cual forme parte el terreno poseído, no estaba en el momento de iniciarse la ocupación, demarcado por cerramientos artificiales, ni existían en él señales inequívocas de las cuales apareciera que era de propiedad particular.

" 'Parágrafo.—Si no se presentan las pruebas que acrediten las circunstancias indicadas en el numeral b) de este artículo, o si en el curso del juicio se demostrare que el globo general del cual forma parte el terreno poseído, estaba demarcado por cerramientos artificiales o existían señales inequívocas de las cuales aparezca que se trataba de una propiedad particular, quien invoque la prescripción deberá probar su buena fe, la cual en este caso no se presume'. (Artículo 47, Decreto 59 de 1938).

"No puede presumirse la buena fe si las declaraciones no son concretas respecto a las circunstancias exigidas por el artículo citado, porque, se trata de buena fe cualificada en que el excepcionante, además de llevar sobre sí el peso de la prueba en cuanto es actor de su excepción, lleve asimismo la obligación de demostrar los elementos de que pueda deducirse su buena fe, porque en este caso de prescripción agraria la buena fe no se presume, por expreso mandato legal.

"De las declaraciones de Tomás Mesa, Angel Rueda Sevilla y Julio Colemón Polanía, no se infiere esa buena fe, pues en ellas no se da testimonio de los elementos que para determinarla exige el artículo referido, ya que en ellas se atestigua solamente que el demandado es el mejorante del terreno en un tiempo aproximado de catorce años, sin hacer afirmación ninguna respecto a las exigencias legales sobre presunción de buena fe".

- III -

2.—En esta sentencia repite la Corte la doctrina que a su turno reitera el fallo de 4 del presente mes de abril, en juicio ordinario de reivindicación de Antonio San Román contra Isabel Romero de Leytón. Los casos son esencialmente iguales, de manera que tomaré ahora lo sustancial del salvamento que formulé al suscribir dicha decisión.

3.—En la parte inserta del fallo la H. Sala reproduce el artículo 47 del Decreto 59 de 1938, reglamentario de la ley de Tierras, Decreto que en mi modesta opinión es no sólo ilegal sino también inconstitucional y en el cual no podía basarse el fallo —dicho sea con todo respeto hacia mis ilustres colegas—, si otras razones prestaban apoyo a su tesis de que en el caso del artículo 12 de la ley de Tierras, no se presume la buena fe del usucapiente.

4.—Me separo categóricamente, con mucha pena, de la afirmación de que en la usucapión de dicho precepto no se presume la buena fe, por "expreso mandato legal".

El mandato que encierra el artículo 12 no contiene la regla excepcional de que en vez de la presunción de buena fe, es la de la mala fe la que estatuye. Excepción que en verdad debería ser expresa, ya que la presunción de buena fe es la norma general que establece el artículo 769 del C. C. Pero, no sólo no es expresa, porque ni siquiera es tácita la que consagra el artículo 12. No podría concebirse cómo el legislador de 1936, empeñado en zanjar las graves dificultades que la propiedad inscrita de dilatadas áreas territoriales incultas, había venido creando entre nosotros, por el individualismo abrupto del siglo XVIII que nos caracteriza todavía, hubiese querido, para sarcasmo de las clases desposeídas, erigir una tan tajante como dolorosa excepción sancionando a los colonos con una presunción de mala fe por el hecho de haberse establecido con explotación económica, allí donde no había explotación económica de nadie, ni rastro de esfuerzo humano vinculado a la tierra, ni siquiera unas hiladas de alambre en sus contornos.

5.—La sentencia toma por presunción de mala fe, lo que según el artículo 12, son simples hechos con los cuales se puede desvirtuar la presunción de la buena fe del poseedor. Sobre este particular dije en el referido salvamento de voto:

"Ha habido una confusión palmaria: lo que en el artículo 12 indica qué hechos desvirtúan la presunción de buena fe, implica para la sentencia el traslado de la carga de la prueba, del propietario, interesado en destruir la presunción, al poseedor, amparado con ella. El Senado, al proponer la adición aludida no intentó jamás invertir esa carga; no hay una sola prueba que demuestre lo contrario.

"La adición dice:

'Para los efectos indicados, no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado con cerramientos artificiales, o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular'.

"El Senado, en su afán de defender por sobre todo al propietario inscrito, hizo nugatoria la usucapión en un noventa y nueve por ciento de los casos, y la prescripción, por tanto, no funciona: a) en aquellos terrenos cerrados con cercas artificiales (como si éstas demostrasen posesión económica de la tierra) y b) en aquellos donde haya señales inequívocas de propiedad privada.

"La modificación tuvo esa finalidad: que tal prescripción no se aplicara a tierras cercadas o en las cuales hubiera demostraciones irrefragables de dominio privado. Mas, no que el poseedor tuviera que probar otros hechos distintos al de su posesión económica. El artículo 762 del C. C. enseña que al poseedor se le reputa dueño mientras no se le pruebe lo contrario; pero, al poseedor del artículo 12, según la sentencia, no se le reputa dueño, con base en su posesión económica, si él no prueba, además: a) el **hecho negativo** de que el globo general de que hace parte su parcela 'no está o ha estado' demarcado con cercas artificiales; b) el hecho, **también negativo**, de que no había explotación económima cuando se inició la ocupación: y c) que tampoco había otra señal, también **hecho negativo**, de que se trataba de propiedad particular.

"En lo que se ha escrito sobre la Ley 200 no he encontrado nada sobre este particular. Sólo las siguientes palabras de una importante tesis de grado: 'Por manera que en este caso, no existiendo la prueba documental, el **interesado** podrá acreditar la **mala fe del** ocupante **por medio de la prueba testimonial o bien valiéndose de indicios.**

"'Cuanto a las señales de dominio privado, está muy bien que sean inequívocas. Es el único medio de imposibilitar al ocupante para demostrar que, a pesar de esas señales, en su ánimo no existió la plena conciencia de haber ocupado la cosa lícitamente, sin ningún vicio. Más todavía, **por este medio se pone a cubierto la buena fe del ocupante.** Si el legislador no hubiera dicho nada sobre este particular, bastaría con que el interesado en desvirtuar la buena fe presentara testimonio sobre la existencia de señales equívocas para echar por tierra, sin fundamento verdadero, la justa prescripción del colono.

"'En relación con estos requisitos relativos a la buena fe del ocupante y a las señales inequívocas de dominio particular, el artículo 47 del Decreto reglamentario de la ley sobre Régimen de Tierras, sienta importantes disposiciones, algunas de las cuales, en concepto nuestro, **no sólo desvirtúan el espíritu de la reforma sino que están en desacuerdo con los principios generales de derecho sobre la materia**, anomalía ésta que nos confirma en nuestra idea de que el tal decreto no fue redactado en todas sus partes por unos mismos juristas'. (Guillermo Fonseca Sierra. 'Los Fundamentos de la Ley sobre Régimen de Tierras'. 1938). (Subraya el suscrito).

El Decreto reglamentario de la Ley 200, a que se refiere el aparte anterior, es sin duda contrario a la ley, porque no es cosa de reglamento invertir la carga de la prueba, contra lo que dispone el artículo 661 del C. J.; y a la Constitución, porque adquirida la propiedad de la tierra rural por el usucapiente, mediante la posesión económica, quieta y pacífica de cinco años, se vulnera ese derecho adquirido al imponerle la carga de una prueba que implica el desconocimiento de ese mismo derecho".

- IV -

5.—Al reproducir la sentencia el artículo 47 del Decreto número 59 de 1938, ha sentado las siguientes conclusiones:

1º—Que el artículo 12 de la Ley 200 de 1936 impone al usucapiente la prueba de su buena fe, lo que quiere decir que ésta no se presume en dicho caso, no obstante estar protegido el poseedor con la presunción legal que prescriben, en términos generales el artículo 769 del C. C., y en el caso de la prescripción agraria, el citado artículo 12 de la Ley 200.

2º—Que el poseedor es quien debe demostrar: primero, que al ocupar la parcela tuvo de buena fe la creencia de que era baldía; segundo, que se trataba de terreno inculto, esto es, no explotado económicamente; y tercero, que tampoco estaba demarcado con cercas artificiales, el globo general de terreno, ni había otros signos inequívocos de propiedad privada. Y

3º—Que los puntos 3º y 4º que anteceden han sido consagrados en las sentencias de la Corte Suprema, que corren publicadas en los tomos LVIII, número 2.017, pág. 586 y LXXXVIII, número 2.198, págs. 184 y 197.

6.—Débese tomar nota de los siguientes hechos:

a)—Hay una ausencia total de prueba acerca de que la parte demandante y sus antecesores en la titularidad de las tierras de "El Horizonte", hubiesen poseído materialmente la parcela en referencia, y mucho menos en la forma que prescribe la Ley 200 de 1936;

b)—Por ello, que no es sino efecto natural de la conservación inscrita de la tierra, fue por lo que el demandado Deogracias Useche pudo cercar el fundo de la reivindicación, preparar la tierra para el cultivo, poner en él plantíos y sementeras de diferentes clases y construir habitación, en no pocos años, sin que se hubiesen visto perturbados por los dueños inscritos, quienes al parecer por el abandono en que mantuvieron la tierra, con quebranto de su obligación legal de poseerla económicamente, fue por lo que no se dieron cuenta oportuna de lo que venía ocurriendo;

c)—No hay prueba en el expediente de que los terrenos de "El Horizonte", del demandante, hayan sido delimitados con cercas artificiales, de suerte que se trata de extensos territorios en donde no había siquiera unas hiladas de alambre, y mucho menos una explotación económica, lo cual significa que se trataba únicamente de conservarlos mediante el Registro Público y no con el trabajo; ni tampoco de ninguna señal inequívoca que demostrase que ellos eran de dominio privado.

Estas anotaciones son necesarias para fijar el verdadero alcance de la prescripción agraria, tan ligada al problema de la tierra, acentuado por los propietarios inscritos que no se han percatado aún de que la propiedad tiene una función social que impone obligaciones.

La H. Sala, al dictar sentencia de instancia, niega que esté acreditada la posesión requerida para adquirir mediante la prescripción consagrada en el artículo 12 de la Ley 200 de 1936.

- V -

La usucapión agraria

7.—Deogracias Useche compró a Orozco Valencia el dominio del terreno, en el cual existían mejoras de tiempo atrás, puestas por él allí, consistentes en cercas de alambre, algunos cultivos y casa de habitación. A la compra del dominio procedió la ocupación con explotación económica, unos quince años con anterioridad a la fecha en que declaran los testigos (febrero de 1956). Si tal ocupación fue ejecutada por el demandado más o menos a contar de 1940, y si luego la posesión se desarrolló por dicho lapso, en manos de Useche, no hay duda de que la prescripción de cinco años del artículo 12 de la Ley 200 de 1936, se cumplió ampliamente. A los testigos presentados por el demandado les consta de manera directa y personal, que éste ejecutó mejoras en dicho terreno, y que en tal forma económica lo poseyó hasta el momento en que le fue notificado el libelo inicial del presente juicio. Los testimonios no abundan en detalles y explicaciones, pero sí son

suficientes para probar la posesión requerida, frente a una ausencia total de posesión del actor en toda la extensión territorial a que se refiere su título, cuando el propietario de la tierra, según el artículo 6º de la Ley 200, debe explotarla económicamente para conservarla. A veces se exige una prueba excesiva al tratarse de demostrar la posesión frente a las inscripciones. Rezagos de la posesión inscrita, colmada de privilegios contrarios a la realidad de la vida y que aplicada en su aberrante literalidad contribuyó en no poca proporción a crear los problemas de la tierra que ahora agobian al país.

8.—El hecho de haber celebrado Useche con Orozco Valencia la compraventa del dominio del terreno, no daña en nada la situación de Useche, porque careciendo éste de un título instrumental que garantizara el derecho adquirido mediante la posesión económica, quiso lograrlo mediante la escritura número 407, de 19 de mayo de 1954. No puede ello significar, por tanto, que ningún derecho tenía hasta allí, ya que lo compraba; ni que hubiese procedido de mala fe a ocupar la parcela, porque, intrínsecamente, ello no puede probar tal extremo, y además, la buena fe exigida por la ley se refiere al momento de la iniciación de la posesión únicamente. Esa escritura, cuando más, podría implicar un nuevo título de adquisición, proveniente de quien aparecía en ese momento como el titular inscrito de la tierra.

- VI -

La buena fe protege al poseedor que invoca la usucapión agraria.

A)

9.—Dice el artículo 12 de la Ley 200 de 1936: "Establécese una prescripción adquisitiva del dominio en favor de quien, creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías, posea en los términos del artículo 1º de esta ley, durante cinco años continuos, terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación ni comprendidas dentro de las reservas de la explotación, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo artículo. Para los efectos indicados, no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado por cerramientos artificiales, o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular".

10.—Esta disposición puede descomponerse así:

1º—Se trata de una prescripción especial, para las tierras rurales, sin que hayan quedado por ello eliminadas las prescripciones de derecho común, ordinaria y extraordinaria.

2º—Requiere posesión con explotación económica, tal como la contempla el artículo 1º de la ley, por el término de cinco años continuos y comprende el terreno así poseído, sin afectar las zonas de reserva a que provee el mismo precepto.

3º—Se interrumpe en favor de los absolutamente incapaces y de los menores adultos, y por ser prescripción especial, no se suspende en favor de los incapaces, ni el tiempo se duplica entre ausentes, como sí sucede con la ordinaria.

4º—Esta prescripción no requiere inicialmente título distinto de la misma ley que la consagra (artículo 12, Ley 200); sin embargo, pueden alegarse títulos traslaticios o por causa de muerte, de unos a otros poseedores.

5º—En cuanto a buena fe, se presume, según el ordenamiento general del artículo 769 del C. C. y en especial del artículo 12: "...no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado por cerramientos artificiales; o existen en él señales inequívocas de propiedad de las cuales aparezca que es propiedad particular".

B)

11.—Al acoger el fallo el artículo 47 del Decreto 59 de 1938, el poseedor que alega la prescripción agraria, debe probar:

a)—que ha poseído en forma quieta y pacífica durante cinco años continuos;

b)—que ha realizado la posesión con explotación económica, mediante trabajos agrícolas, industriales o pecuarios;

c)—que ha tenido de buena fe la creencia de tratarse de terrenos baldíos;

d) que el terreno era inculto o carecía de explotación económica al iniciarse la posesión; y

e)—que no había cerramientos artificiales ni otros signos inequívocos de tratarse de dominio privado.

En una palabra, que la buena fe del poseedor debe estar exenta de culpa, o sea que se trata de una buena fe cualificada que le impone la carga de probar los mencionados factores y con ellos el error excusable de su creencia sobre la calidad de baldío del terreno, "porque en este caso la

prescripción agraria —dice la sentencia— la buena fe no se presume".

El artículo 47, meramente reglamentario, se enfrenta a la ley y a la Carta, como antes expuse, y desconoció el propósito del legislador al establecer esta usucapión, de favorecer a quienes poseyeran la tierra con explotación económica y sancionar a quienes la mantuvjesen en abandono, y de esta suerte frustró en este punto la reforma.

12.—Considero que los hechos mencionados en los puntos a), b) y c) debe acreditarlos el poseedor para que opere la presunción legal de buena fe. Quien está amparado con una presunción debe probar los hechos en que ésta descansa (artículo 661 C. J.). La exigencia de los demás hechos, dicho sea con toda consideración hacia mis honorables colegas, es contraria a los antecedentes del precepto, a la técnica de la presunción consagrada y a la finalidad de la usucapión agraria.

C)

Conviene rastrear en los antecedentes de ésta:

13.—Sabido es que sendos proyectos de ley sobre los problemas de la tierra presentó el Gobierno a las Cámaras Legislativas, en 1933, 1935 y 1936.

En el primero figuró esta fórmula:

"Artículo 4º—Establécese una prescripción adquisitiva del dominio a favor de quien posea, cultivándolo o explotándolo comercialmente con ánimo de señor y dueño, por un lapso no menor de cinco años, un terreno de propiedad privada inculto o no explotado comercialmente en el momento de iniciarse la ocupación, siempre que el globo general del cual forma parte el terreno poseído no esté ni haya estado alinderado por límites arcifinios conocidos y precisos o por cercas artificiales.

"Esta prescripción no cubre sino el terreno aprovechado o cultivado con trabajos agrícolas industriales o pecuniarios que se hayan poseído sin interrupción civil o material durante los cinco años".

En el segundo, la siguiente:

"Artículo 12.—Establécese una prescripción adquisitiva del dominio a favor de quien posea, cultivándolo o explotándolo, por un lapso no menor de cinco años, un terreno de propiedad privada inculto o no explotado en el momento de iniciarse la ocupación.

"Esta prescripción no cubre sino el terreno aprovechado o cultivado con trabajos agrícolas, industriales o pecuarios que se haya poseído durante los cinco años, en los términos del artículo 981 del Código Civil".

En el tercero ésta:

"Artículo 11.—Establécese una prescripción adquisitiva a favor de quien, creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías, posea, en los términos del artículo 1º de esta ley, y durante cinco años continuos, terrenos de propiedad privada no explotados en la época de la ocupación por su dueño de acuerdo con lo dispuesto en el mismo artículo.

"Cuando los propietarios del terreno sean absolutamente incapaces, y lo hayan adquirido a título de herencia o legado, el plazo de que trata este artículo sólo se contará desde que cese la incapacidad".

Entre las varias fórmulas sustitutivas, figura la siguiente, introducida en el Senado:

"Artículo 11.—Establécese una prescripción adquisitiva del dominio en favor de quien, creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías, posea en los términos del artículo 1º de esta ley, con posterioridad a la fecha de su vigencia y durante cinco años continuos, terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación ni comprendidos dentro de las reservas de la explotación de acuerdo con lo dispuesto en el mismo artículo. Para los efectos indicados, no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado por cerramientos artificiales, o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular".

La Comisión de la Cámara que estudió para segundo debate esta fórmula, se mostró contraria a ella:

"La modificación propuesta consiste en un cambio de redacción para la primera parte del inciso 1º, en una adición al mismo y en la supresión del segundo inciso aprobado por la honorable Cámara. Esta comisión acepta el cambio de redacción propuesto por la comisión del honorable Senado, excepción hecha de la frase 'con posterioridad a la fecha de la vigencia', por las razones expuestas al comentar el artículo 69.

"Respecto a la adición propuesta por la Comisión del honorable Senado, esta Comisión no la encuentra aceptable, por cuanto ella viene a pro-

teger el acaparamiento de terrenos incultos, sustrayéndolos por tiempo más o menos largo a una explotación económica". (Subraya el suscrito).

14.—Sin duda, la mejor fórmula de los tres proyectos originales, es la del presentado en 1935, porque se limita a consagrar la usucapión de cinco años, a base de explotación económica por parte del poseedor, en terrenos incultos de propiedad privada. Era la forma de enfrentar al propietario de extensas áreas incultas, en espera de la valoración por el trabajo ajeno, con el colono, despescido de la tierra, con la garantía en favor del primero, de contar con cinco años para darse cuenta de las labores del último e interrumpir la prescripción. Propietario que no se percate en ese lapso de la ocupación de su propiedad, es porque carece de toda explotación en ella, porque la tiene abandonada, porque no la posee, en una palabra, y si deja discurrir ese tiempo, sin ejercer las acciones legales, la prescripción resulta apenas una sanción a él por su abandono, y una recompensa al poseedor por su trabajo.

A dicha fórmula, el proyecto de 1936 le introdujo el factor de la buena fe en el poseedor, consistente en la creencia de éste de tratarse de tierras baldías; y la fórmula definitiva del Senado le agregó lo referente a los hechos contrarios a la presunción de buena fe: "Para los efectos indicados, no se presume la buena fe si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o haya estado demarcado con cerramientos artificiales, o existen en él señales inequívocas de las cuales aparezca que es propiedad particular".

La comisión que en la Cámara estudió dicho texto, tachó esta última parte, por considerarla, con razón, propicia al acaparamiento de tierras, ya que basta con que un terreno "esté o haya estado" cercado para tener la posesión de él, contra lo que el mismo artículo 1º de la Ley 200 prescribe al excluir los cerramientos del concepto de posesión económica; o que existan señales, así sean antiguas, que indiquen que puede haber un titular inscrito, cuya inercia calculada sea digna de mover la protección de la ley.

15.—La sentencia de que me he separado sustiene que el poseedor debe probar su buena fe y que ésta es una buena fe cualificada. No lo he creído así. Es al propietario a quien corresponde, como ocurre en la prescripción ordinaria, demostrar la mala fe del usucapiente. Si la buena fe se presume, de acuerdo con el artículo 769 del C. C., el artículo 12 de la Ley 200 no puede hacer excepción a esta regla de derecho natural y social. Y si se presume en el poseedor, mal se hace en cargar sobre él la obligación de probar su propia buena fe.

16.—No de ahora sino de años atrás he sostenido esta interpretación en mis Conferencias de Derecho Civil, Curso Segundo (Bienes), como puede verse a los números 415 y 416, edición mimeográfica de la Universidad Nacional, Facultad de Derecho, 1960.

"Se presume la buena fe, de acuerdo con la norma general del artículo 769 y la especial del artículo 12 de la ley al decir: 'Para los efectos indicados, no se presume la buena fe...'. **Ampara, pues, al colono con explotación económica, la presunción expresada**, y debe, por tanto, reputársele **poseedor de buena fe**. Esta presunción es legal, porque el **propio artículo 12 señala los hechos que la desvirtúan**: el cerramiento artificial del globo general, dentro del cual se halla la zona poseída, y otras señales inequívocas de tratarse de propiedad privada.

"416.—**Carga de la prueba.**—Siendo presunción legal, la **carga de la prueba recae sobre el interesado** en **desvirtuarla**, de acuerdo con lo que dispone el inciso tercero del artículo 66 del Código. Así, pues, le corresponde al propietario probar que al comenzar la posesión existían o habían existido cerramientos artificiales u otras señales de dominio privado; pero, **en ningún caso el colono**, como erróneamente lo preceptúa el artículo 47 del Decreto número 69 de 1938, reglamentario de la Ley 200. Al poseedor material le basta **probar la posesión económica durante cinco años**, posterior al día en que entró a regir la citada ley. El propietario, como interesado en desvirtuar la presunción, es quien debe probar los hechos del caso". (Conferencias citadas mimeográficas. Universidad Nacional, ed. 1960).

D)

17.—Comparada dicha usucapión, tal como está concebida en la ley, con la extraordinaria de derecho común, resulta inferior a ésta, y como lo concibe la jurisprudencia referida, linda con lo imposible.

Mientras el artículo 2531 del C. C., que estatuye la usucapión extraordinaria, presume de **derecho**, la buena fe del poseedor, el artículo 12 de la ley 200 la presume **legalmente**. Esto es:

mientras aquel texto le prohíbe al propietario que demuestre la mala fe en el usucapiente extraordinario, el artículo 12 se lo admite al dueño de la tierra rural. Lo que significa que al paso que el artículo 2531 sanciona al propietario que se cruza de brazos, negándole el derecho a probar mala fe en el poseedor, el artículo 12 lo premia recibiéndole esa prueba.

Tal inferioridad de la prescripción comparada con la extraordinaria, viene en aumento según la citada doctrina, porque a la facultad que le otorga al propietario el artículo 12, para probar mala fe al poseedor, ya que la presunción de la buena fe es legal, le ha exigido al poseedor —repito— la prueba de su buena fe, o lo que es lo mismo ha desplazado esa carga del propietario —llamado a desvirtuar la presunción— al poseedor, favorecida con ella.

Y ha logrado asimismo la mencionada doctrina hacer de la prescripción agraria un medio de adquisición del dominio también inferior a la usucapión ordinaria de derecho común, porque en ésta la buena fe se presume legalmente y el propietario debe acreditar, por tanto, la mala fe del prescribiente, si quiere desvirtuar la presunción, al paso que la doctrina le exige al poseedor económico de la tierra que prueba su buena fe.

En una palabra, tanto por el texto del artículo 12, como por la expresada doctrina, la prescripción en referencia no ha desempeñado papel alguno en pro de la posesión económica de la tierra.

VII

En síntesis:

1º.—Al permitir el artículo 12 de la ley 200 de 1936 que el titular inscrito pueda desvirtuar la presunción de buena fe del poseedor, instituyó una prescripción inferior a la extraordinaria, en la cual esa desvirtuación no es permitida (artículo 2531 C. C.).

2º.—Al permitirla en la prescripción agraria mediante la prueba de hechos demostrativos de propiedad privada o de cerramiento artificial del globo general, la referida usucación es prácticamente inoperante, y desde luego contraria a los fines de la posesión, a la función social de la propiedad y a los objetivos de una ley agraria.

3º.—Al decir la doctrina que ahora reitera la Corte, que al poseedor corresponde probar, fuera de su posesión económica, quieta y pacífica de cinco años continuos, los hechos negativos de que a la época de la ocupación no habría en la misma parcela ninguna explotación económica, que el terreno general no se hallaba demarcado con cercas artificiales y que no había signo alguno de dominio privado, se le impone al poseedor la carga de la prueba de su buena fe, cuanto está protegido con la presunción de la misma, según los artículos 769 del C. C. y 12 de la ley 200, lo cual acentúa la inoperancia de la usucapión en referencia.

4º. Al titular inscrito, si quiere desvirtuar la presunción y frustrar en consecuencia la usucapión, concierne establecer los hechos positivos contrarios, de haber existido explotación económica, cerramiento general artificial, o un hecho cualquiera que sea señal inequívoca de propiedad particular.

5º.—No hay una sola prueba, en los antecedentes de la ley, de que el legislador de 1936 se hubiese propuesto invertir la carga de la prueba y no determinar simplemente algunos de los hechos que permitiesen al propietario desvirtuar la presunción de buena fe del poseedor. En lo jurídico, lo social y lo humano.

6º.—El artículo 47 del Decreto Nº 59 de 1938, llamado reglamentario de la ley 200 de 1936, es ilegal porque no es de reglamento reformar los artículos 68 del C. C. y 661 del C. J., invirtiendo la carga de la prueba en tratándose de presunciones legales; e inconstitucional además, porque adquirido el dominio rural por el usucapiente mediante la posesión económica, quieta y pacífica de cinco años, se vulnera ese derecho adquirido al imponer al poseedor la carga de probar lo que incumbe a quien se pretente dueño, carga que por ello envuelve el desconocimiento del mismo derecho.

7º.—Se afianza esta interpretación en los artículos 30 de la Carta y 6º de la Ley de Tierras. Si la propiedad tiene una función social que implica obligaciones, y la propiedad agraria revierte a la Nación cuando deja de explotarse económicamente, no es dejando de laborar la tierra inscrita, en espera de que otro venga a valorizarla, para excluirla luego, con apoyo en el artículo 47 del Decreto Nº 59 de 1938 y la doctrina ju-

risprudencial, que hacen casi imposible la usucapión, como se realiza la función social y se obliga a los propietarios a cumplirla.

8º.—Acreditada en el caso de autos, la posesión económica del demandado, por el lapso de cinco años no interrumpidos, sin que de parte del titular inscrito se hubiese probado que cuando se inició la ocupación tenía allí una explotación económica, o que el fundo se hallaba cerrado artificialmente, o que existían señales demostrativas de que se trataba de tierras de dominio privado, era el caso de reconocer la usucapión alegada.

En estos términos, por lo demás, y como lo dije en el salvamento a que he aludido, queda rectificada por parte del suscrito, la doctrina opuesta que expone la casación de mayo 25 de 1956, al apoyarse en el artículo 47 del Decreto número 59 de 1938 (LXXII. 2167. 585), firmada por quien formula el presente salvamento.

Fecha, ut-supra.

José J. Gómez R.



INFUNDADA ACUSACION, POR ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS, CONTRA LA SENTENCIA QUE DENEGO LA RESTITUCION DE UN APARATO TOCADISCOS

En repetidas ocasiones ha expresado la Corte que hay error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas "cuando se tiene por demostrado un hecho del cual en realidad no aparece prueba en el proceso; o cuando existiendo ella, no se le toma en cuenta o se le da por el fallador un significado manifiestamente contrario al contenido de la prueba, considerada en sí misma". También ha dicho la Corte que "la mera divergencia conceptual entre el fallador y el recurrente sobre los medios probatorios no genera por sí sola el error de hecho".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, D. E., abril diecinueve de mil novecientos sesenta y uno.

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

El dos de octubre de 1958 el señor Joaquín Cardona Rúa demandó al señor Carlos Arcila Sierra ante el Juez Primero Civil del Circuito de Medellín para que, por la vía ordinaria, se condenara en la sentencia al demandado a restituir al actor un fonógrafo, piano o tocadiscos marca "Wurlitzer", modelo Nº 1900, completamente nuevo, serie Nº 252940, chasis Nv 0018-B, con amplificador modelo Nº 530.

Los hechos expuestos en la demanda pueden compendiarse así:

1).—El demandante Cardona compró a Octavio y Conrado Echeverri, de Támesis, los derechos o el contrato que éstos tenían sobre el piano o fonógrafo aludido.

2).—Los nombrados Echeverris habían a su vez adquirido el mueble dicho por compra que hicieron a la sociedad llamada "Importaciones Cabo, Limitada", de Bogotá.

3).—Al celebrarse el negocio de la compra del fonógrafo se lo hizo al demandante "traspaso del documento, de las letras o recibos de abono y de los papeles indispensables en esta clase de contratos", y el propio Cardona acudió a la sociedad primeramente vendedora, en Bogotá, para que cancelara lo que los Echeverris aún le debían.

4).—Antes de cerrar el negocio mencionado, el demandante conoció el fonógrafo en el Bar Andaluz, de Medellín, donde, según se le dijo, se hallaba en poder de Carlos Arcila a título de arrendamiento.

5).—Al regresar Cardona de Bogotá y presentarse a reclamar el tocadiscos con los documentos del caso, encontró que el nombrado Arcila alegaba ser propietario del aparato diciendo que por habérselo comprado a un señor de apellido Arango. Arcila no tiene documento que lo acredite como dueño, fuera de que el mueble dicho se hallaba sometido a un pacto de reserva del dominio que "hacía irrito todo contrato celebrado antes de cancelar su valor total".

6).—El señor Arcila es el tenedor actual del fonógrafo.

El demandado se opuso a las pretensiones del actor diciendo que desde el mes de mayo de 1958 él había adquirido un piano o fonógrafo por compra hecha a Octavio y Conrado Echeverri, por conducto del señor Emilio Arango, mandatario de éstos, y que si los Echeverria habían vendido el mismo aparato al señor Cardona, era é. (Arci-

la) quien tenía derecho al mueble por haber obtenido primero su tradición. Dicho demandado propuso además varias excepciones.

La primera instancia del litigio se surtió con la correspondiente recepción de pruebas y se clausuró con la sentencia de 30 de abril de 1959, en la cual se denegó la restitución demandada y se condenó en costas al actor.

LA SENTENCIA ACUSADA

En virtud de la apelación interpuesta por el propio demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín profirió el fallo de tres de octubre de 1959, en el cual se confirmó la decisión de primer grado y se condenó también en costas al recurrente.

La sentencia del Tribunal hace una relación de las pruebas aducidas por las partes y luego las analiza diciendo que la acción instaurada es la reivindicatoria, que es un hecho establecido en los autos que el demandado Carlos Arcila está en posesión del fonógrafo que se reivindica y que esa posesión no adolece de vicio alguno, se halla amparada por la entrega que al mismo Arcila le hizo el señor Emilio Arango en virtud de un título traslativo de dominio y aparece "exteriorizada" por la explotación comercial del aparato, por el pago de impuestos y por los abonos de partes del precio que Arcila le ha hecho al citado Arango.

Haciendo referencia al título de dominio que alega el demandado, dice el fallo: "Carlos Arcila compró el mueble a Enrique Arango, antiguo agente de 'Importaciones Cabo Limitada' y mandatario de Conrado y Octavio Echeverri, como se deduce de los documentos privados de fs. 7 y 8 del C. de P., a sabiendas de que dicha empresa conservaba el dominio hasta tanto se le cancelara el saldo de $ 2.620.oo que aún estaba pendiente; de suerte que la adquisición de la propiedad se hallaba supeditada al cumplimiento de la condición de no transferir el dominio sino en virtud del pago del precio. Dicha condición se cumplió, como consta en la declaración hecha por el gerente Hernando Alvarez en el documento visible a folios 28 del C. de P. del D., de suerte que si se admite que Arango tenía poder de Conrado y Octavio Echeverri para enajenar, es claro que Arcila se hizo propietario desde el día en que 'Importaciones Cabo, Ltda.' se desprendió de todos los derechos, pues la tradición de la cosa vendida se operó brevi manu en favor de dicho tenedor, en virtud de lo preceptuado en el numeral 5º del artículo 754 del C. C., salvo naturalmente los derechos que hubiera podido adquirir Joaquín Cardona de los mismos vendedores, ya que ambos litigantes pretenden derivar su título de Octavio y Conrado Echeverri.

"En concepto de la Sala, Cardona no puede invocar mejor derecho en frente del demandado, porque, en primer lugar, no demostró que se le hubiera hecho la tradición de la cosa vendida; y, en segundo lugar, del documento en que consta el contrato de compraventa no aparece que dicho contrato se hubiera perfeccionado en una fecha anterior a la negociación hecha por Arcila, pues, respecto de terceros, la fecha del documento es la de su presentación en juicio, en este caso".

El fallo prosigue expresando que la declaración del gerente de "Importaciones Cabo Limitada" en favor de Joaquín Cardona "no constituye título idóneo, porque no emana de los únicos que podían disponer del derecho una vez verificado el pago del precio, es decir, de Octavio y Conrado Echeverri". Afirma asimismo que, aunque se alega que Emilio Arango no estaba facultado para enajenar el fonógrafo sin previa consulta, lo cierto es que los poderes de Arango resultan claramente establecidos del documento en que los Echeverris le dieron "autorización amplia para negociar" el aparato dicho y ratificaron las operaciones ya realizadas por él, entre las cuales debió quedar comprendida la que ejecutó con Arcila.

La sentencia termina así: "En síntesis, se puede concluir que el demandado, como poseedor de buena fe, se halla amparado por la presunción de dominio de que trata el artículo 762 del C. C.; que el título de adquisición es de mejor calidad que el del demandante, porque de los términos del mandato conferido a Arango para vender, se infiere que ya los Echeverris tenían conocimiento del negocio pendiente con Arcila cuando ratificaron los compromisos anteriores; y que, en el supuesto de que el actor estuviera provisto de un título de igual calidad al de su contrincante, a éste lo favorece la aplicación del adagio 'in pari causa melior est causa possidentis'.

Expresa finalmente la sentencia que la acción reivindicatoria no puede prosperar y que el fallo

de primera instancia debe ser confirmado, pero que al demandante Cardona le quedan a salvo sus derechos para reclamar lo que hubiere desembolsado para cubrir lo que por los Echeverris se adeudaba a "Importaciones Cabo, Limitada".

EL RECURSO DE CASACION

La parte demandante recurrió en casación contra el fallo de segunda instancia, recurso que la Corte procede a decidir por hallarse debidamente sustanciado.

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, el recurrente formula contra la sentencia el cargo de violar, en forma indirecta, las siguientes disposiciones, a consecuencia de los errores de hecho que luego se indicarán:

"1º).—Los artículos 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 954, 955, 957 del C. C., por no haberlos aplicado el sentenciador al caso del pleito, siendo aplicables, en relación con el 669 de este cuerpo legal;

"2º).—Los artículos 754, 763, 765, 766, 768, 2157, 2158 del C. C., por no haberlos dado aplicación siendo aplicables;

"3º).—El artículo 744 del C. C., en relación a todos los citados bajo la numeración 2º), por no haber sido aplicado, siendo aplicable;

"4º).—Los artículos 637, 638, 639, 645 del C. J., a través de cuyas violaciones para (sic) no haberlos aplicado el sentenciador, en lo relativo a la valoración legal, a través de los cuales se infringieron los artículos 744, 754, 762 y ss. del C. C. y los artículos 946, 947, 948, 949, 950, 951 952 a 957 del mismo cuerpo legal;

"5º).—Los artículos 754 y 762 por errónea aplicación".

En orden a poner de relieve los errores de hecho de que habla el impugnante, trae éste a colación las pruebas siguientes a)— el documento en que consta que Octavio y Conrado Echeverri autorizaron a Emilio Arango para negociar el fonógrafo; b)— una carta que "Importaciones Cabo, Limitada" dirigió a los Echeverris y en la cual les dice que tiene conocimiento de que se le arrendó a Carlos Arcila el tocadiscos con la obligación de cancelar las letras relativas al precio, les informa que éste no ha cumplido y los amenaza con retirarles la tenencia de dicho aparato; c)— el documento en que figura el contrato celebrado entre "Importaciones Cabo Limitada" y los mismos Echeverris, contrato por el cual aquella sociedad vendió a éstos el fonógrafo con pacto de reserva del dominio, y documento del cual tuvo conocimiento Arcila al negociar dicho aparato con Emilio Arango; d)— el documento suscrito por "Importaciones Cabo, Limitada", en que consta que Joaquín Cardona pagó el resto del precio del referido fonógrafo, se canceló el pacto de reserva de dominio y se le confirió al propio Cardona la propiedad del mueble.

Con relación a estos elementos de prueba afirma el recurrente que ellos "no fueron estimados por el sentenciador de segundo grado, lo que implica comisión de grave error de hecho, cuanto a la apreciación de la prueba, que aparece de manifiesto en los autos, en los lugares que dejo indicados, y a través de tan ostensibles y flagrantes errores vino el sentenciador a violar la ley sustantiva en varios de sus ordenamientos".

Continúa expresando el impugnante que el fallo se limita a enunciar los documentos mencionados, pero sin estimar su valor probatorio, y que tan cierto es esto que parte del supuesto desacertado de considerar que ambos litigantes derivan sus derechos de los hermanos Echeverris, lo que constituye un error grave del sentenciador, toda vez que al demandante Cardona le hizo tradición de dominio la sociedad "Importaciones Cabo, Limitada", que era quien tenía ese derecho. Afirma luego que, por el contrario, el demandado Arcila nubo de quien no podía enajenar, porque carecía de facultad para ello, porque el dominio estaba bajo reserva y porque los mismos documentos aludidos demuestran que el propio Arcila tenía el fonógrafo a título de arrendamiento; lo que le impedía mudar su tenencia en posesión. Agrega finalmente que el demandado carece de justo título, porque el suyo procede de Emilio Arango, quien obró en calidad de mandatario de los Echeverris sin serlo de veras y porque la tradición del dominio no podía efectuarse sin pagar antes la parte del precio que aún se adeudaba a quien se había reservado ese derecho, todo lo cual indica que ese título de Arcila adolece del vicio señalado en el ordinal segundo del artículo 766 del C. Civil, en relación con el 744 ibidem, que exige para la validez de la tradición en que intervienen mandatarios que éstos obren dentro de los límites del mandato.

LA CORTE CONSIDERA:

El cargo que en síntesis se formula contra la

sentencia estriba en la violación indirecta, por falta de aplicación, de varios preceptos sustantivos, a causa del error manifiesto de hecho que consiste en no haberse estimado las pruebas documentales que el recurrente cita y en admitir que Emilio Arango estaba facultado para vender el fonógrafo, que el demandado Arcila hubo este aparato de quien podía enajenarlo, que los títulos de los litigantes tienen el mismo origen y que es mejor el del mismo demandado que el del actor por haber recibido aquél primero la tradición del dominio de ese mueble.

En repetidas ocasiones ha expresado la Corte que hay error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas "cuando se tiene por demostrado un hecho del cual en realidad no aparece prueba en el proceso; o cuando existiendo ella, no se le toma en cuenta o se le da por el fallador un significado manifiestamente contrario al contenido de la prueba, considerada en sí misma" (LXXVII-2138-2139, 157). También ha dicho la Corte que "la mera divergencia conceptual entre el fallador y el recurrente sobre los medios probatorios no genera por sí sola el error de hecho" (LXXXI, 2157-2158, 67).

En la sentencia figuran relacionados todos los documentos que el impugnante menciona, como él mismo lo reconoce, aunque agregando éste que no se apreció su valor demostrativo. La ponderación de esas pruebas condujo al fallador a tener por establecidos estos hechos: que el demandado Arcila compró el fonógrafo a Emilio Arango; que éste había sido autorizado por los hermanos Echeverris para negociar ese aparato y que aún éstos ratificaron las operaciones efectuadas por Arango, entre ellas la venta del mueble aludido; que a Arcila se le hizo la tradición del mismo tocadiscos y que en cambio Cardona no recibió esa tradición, fuera de que su título proviene de "Importaciones Cabo Limitada" y no de los nombrados Echeverris, quienes eran los dueños reales del fonógrafo. De suerte que el sentenciador sí tuvo en cuenta y estimó los elementos probatorios que el recurrente señala y dedujo de ellos las conclusiones anteriores. Si estas conclusiones fuesen desacertadas, como lo sostiene el mismo impugnante, tal desacierto no constituiría un error de hecho y menos de carácter manifiesto, porque no proviene del supuesto olvido de las pruebas dichas ni de atribuirles a éstas un significado contrario a su sentido elemental.

La mayoría de las consideraciones expuestas por el recurrente se encaminan a refutar las conclusiones que la sentencia deduce de las pruebas allegadas por las partes, lo cual demuestra que lo ocurrido en este caso concreto es que el impugnante aprecia esas pruebas con un criterio distinto del seguido por el sentenciador. Esta divergencia de criterios no es idónea para demostrar el error de hecho que se le atribuye a la sentencia.

El cargo no aparece demostrado.

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 tres de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este juicio ordinario de Joaquín Cardona Rúa contra Carlos Arcila Sierra.

Sin costas.

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

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

NO ALCANZA LA ACUSACION A DESTRUIR TODOS LOS SOPORTES DE LA SENTENCIA QUE SE NEGO A DECLARAR NULO, POR CAUSA ILICITA, EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE UNA FINCA RURAL

Estudio de la causa ilícita como motivo de nulidad de los contratos.

1.—La Corte ha aplicado reiteradamente el ordenamiento del artículo 1524 del C. Civil en la plenitud de su sentido, esto es, comprendiendo en la causa, al lado de su valor orgánico e intrínseco, la intención del sujeto al celebrar el acto. No es que la teoría de los móviles haya suplantado la concepción clásica de la causa, sino que en forma más humana, real y ponderada, dentro del desarrollo del Derecho y en seguimiento de una finalidad ética, ha aumentado el ámbito del viejo criterio; y, por lo mismo, en situaciones normales, la causa, como elemento estable, tendrá un funcionamiento que necesariamente habrá de ceder cuando los móviles íntimos y determinantes se aparten de aquella concepción.

2.—La causa de los actos y contratos debe ser lícita, de acuerdo con el artículo 1524 del Código Civil. Causa ilícita, según el mismo texto, es la "prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público". De manera que la ilicitud de la causa puede hallarse en el ámbito de la ley, del orden público o de las buenas costumbres.

3.—Requirió el Juez a la prometiente vendedora para que otorgara escritura al prometiente comprador, con prevención de que si no procedía así en el plazo señalado, el Juez daría cumplimiento a la disposición de la ley 96 de 1945. Pero la requerida, en vez de perfeccionar el contrato prometido, hizo escritura de venta en favor de tercera persona, y a ella entregó el inmueble; por manera que la que luego otorgó el Juez y la entrega que decretó, quedaron sin efecto. Se ve, en esta venta, sustituída la causa invariable de los clásicos, por un motivo o fin propulsor diverso, consistente en frustrar la orden del órgano judicial, dejando de antemano sin efecto la escritura otorgada por el Juez, y todo, además, para escándalo de las gentes y afrenta de la justicia. Lo cual afecta el orden público en lo que respecta al funcionamiento del órgano judicial y particularmente al encargo a él confiado dentro de la vida del Estado. Luego es indudable que, al menos por parte de la vendedora, tal contrato tuvo causa ilícita.

4.—En el orden de la causa y tratándose de contratos bilaterales, el móvil viciado debe ser común a las partes (V. Josserand 'Les Moviles', Nº 160). En el contrato de autos, este móvil ilícito, no obstante su indudable presencia en la conducta de la vendedora demandada en acción de nulidad, no aparece demostrado en el otro demandado, el comprador, quien por consiguiente no puede ser perjudicado con la nulidad del contrato, a menos que se hubiera demostrado fehacientemente su participación en la causa ilícita.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, veinticuatro de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio ordinario de Manuel Tovar González contra María Helena Cabezas de Forero y Juan B Bonilla.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, fechada el 15 de septiembre de 1959.

Recurrente: el actor.

ANTECEDENTES

1. María Helena Cabezas de Forero y Manuel Tovar González celebraron el 13 de mayo de 1956 una promesa bilateral de compraventa de un lote de terreno, ubicado en el Municipio de Armero (Departamento del Tolima), y alinderado de este modo: por el norte, con terreno de Carmen Elías Cabezas de Bonilla y hacienda de El Pindal; por el sur, con el barrio denominado La Ratonera, hoy La Esperanza: por el oriente, con la carretera nacional que de Armero conduce a La Dorada: y por el occidente, con terrenos de Miguel Cabezas.

2.—El precio de la venta fue fijado en $ 25.000, a cuenta del cual Tovar González entregó a la prometiente vendedora la suma de $ 13.500.00. La escritura de venta debía otorgarse el 13 de julio de 1956.

3.—Por incumplimiento de la prometiente vendedora, fue demandada por Tovar González ante el Juez del Circuito de Armero, quien en sentencia de 29 de octubre de 1956, ordenó requerirla para que otorgase la escritura dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo, apelado el cual lo confirmó el Tribunal Superior de Ibagué por sentencia de marzo 21 de 1957, la que se ejecutorió el 11 de abril siguiente.

4. Ante la renuencia de la demandada, el juez, de acuerdo con lo prescrito en la Ley 66 de 1945, otorgó, en nombre de ella, la escritura número 654, de 30 de octubre de 1957, de la notaría de Armero, escritura que fue inscrita en el Registro Público el 25 de noviembre del mismo año.

5.—Al tratar de verificar el Juez la entrega del fundo a Tovar González, con base en la citada escritura, se opuso Juan B. Bonilla, invocando la calidad de poseedor y también de propietario, con apoyo en la escritura pública número 998, de 15 de noviembre de 1956, de la notaría del circuito de Honda, inscrita en el Registro el 23 del mismo mes. La entrega no se hizo y en el trámite seguido con motivo de la oposición del actor, venció Bonilla, considerado como tercero a quien no podía perjudicar el fallo a que se ha hecho referencia.

6.—Esta escritura contiene la venta que del fundo prometido hiciera María Helena Cabezas de Forero a Juan B. Bonilla, por la suma de $ 30.000.00, el 15 de noviembre de 1956, después de haber sido requerida para perfeccionar la promesa el 11 del mismo mes, y habiéndose hecho posible la inscripción de la nueva escritura por haber revocado el Tribunal el embargo preventivo del inmueble, revocación de que se dio cuenta al Registrador el 15 de noviembre, fecha del expresado instrumento número 998.

7.—Con estos antecedentes Tovar González promovió el presente juicio a quienes figuran como vendedora y comprador en este último contrato, con el objeto de que se declare la nulidad absoluta de la venta celebrada por medio de la escritura número 998, de 15 de noviembre de 1956, otorgada en la notaría de Honda, "y quede con plenos efectos legales la venta que de ese mismo lote de terreno hizo el Juzgado Promiscuo del circuito de Armero, a nombre de la mencionada María Helena Cabezas de Forero, en favor de Manuel Tovar González, que consta en escritura número 654, de 30 de octubre de 1957, otorgada en la notaría de Armero"; y se condene al demandado Bonilla a restituir al demandante el inmueble de que se trata, y con la codemandada, además, a pagarle los perjuicios que le fueron causados por el incumplimiento del contrato, así como las costas procesales.

8.—Se opusieron los demandados, quienes formularon excepciones de contrato cumplido, petición de modo indebido y prescripción de la acción. La primera instancia concluyó con sentencia favorable al actor, apelada la cual por aquellos, fue revocada por el Tribunal Superior de Ibagué, en fallo que ahora examina la Corte, por recurso de casación interpuesto por el demandante.

LA SENTENCIA

9.—Despachó el Juez favorablemente las súplicas de la demanda, con fundamento en el motivo que impulsara a las partes a celebrar la venta que contiene la escritura número 998, de 15 de noviembre de 1956, pues no fue otro que "dejar burladas las aspiraciones del prometiente comprador, y a este despacho, en otras palabras, a la Justicia...".

10. — Según la sentencia recurrida, se trata, simplemente, de dos ventas sobre un mismo bien;

la celebrada mediante el instrumento número 998 en la notaría de Honda, el 15 de noviembre de 1956, inscrita el 23 de este mes en la oficina de Registro del mismo circuito, y la perfeccionada por medio de la escritura número 654, de 30 de octubre de 1957, en la notaría de Armero, registrada en la misma oficina, el 25 de noviembre de 1957, y con fundamento en el artículo 1.873 del C. C. da la prelación a la primera y niega la nulidad impetrada.

Dice luego:

"En el caso de estudio se descarta la nulidad absoluta porque cuando se efectuó la primera venta, cuya nulidad se pide en este juicio, el bien no estaba embargado, no existía registro de la demanda, es decir, el bien podía ser negociado con cualquier persona y, en caso de incumplimiento de la promesa de venta las partes podían acudir al pago de los perjuicios, en el evento de que se hubiese hecho imposible el cumplimiento de la promesa de venta por ejemplo, por venta a un tercero; como no se observan vicios susceptibles de acarrear la desaparición del negocio jurídico tampoco es dable declarar la nulidad relativa.

"El actor no determinó en el libelo de demanda las causales de nulidad; únicamente en el capítulo sobre 'DERECHO' habla de que la venta hecha por Cabezas de Forero a Juan B. Bonilla se hizo en fraude de los derechos de Manuel Tovar González, a conocimiento de ambas partes; lo que parece indicar de que pretende plantear el fenómeno jurídico de la acción pauliana".

Y más adelante:

"Como el Juez a-quo, desconociendo lo prescrito en el artículo 1.873 del C. Civil, ya estudiado, y considerando que la primera venta adolecía de vicios, que la hacen nula, resolvió declarar la nulidad absoluta de esta compraventa; y como esta Sala no comparte el criterio del Juez de primera instancia, por las razones ya aducidas, procederá a revocar en todas sus partes el fallo objeto de la apelación y no acceder a las peticiones del demandante".

LA CASACION

11.—Dos cargos se formulan, basados en las causales primera y segunda.

- I -

El de incongruencia no es procedente según constante doctrina jurisprudencial, porque la sentencia es totalmente absolutoria.

- II -

12.—El cargo por la causal segunda, consiste en errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, con quebranto, en primer lugar, de los artículos 1.873, 2.491, 1.546, 1.740, 1.741 y 1.766 del C. C.; en segundo lugar, el artículo 1.873 ib., y en tercer lugar, los artículos 47, 593, 597, 630, 632, 337, 661 y 664 del C. J., por una parte, y 6º, 1.502, 1.521, 1.523, 1.524, 1.740, 1.741 y 1.746 del C. C., por otra.

13.—Respecto de estos últimos textos dice el recurrente:

"El H. Tribunal violó los artículos 6º, 1.502, 1.523, 1.524, 1.740, 1.741 y 1.766 del C. C. Las violaciones obedecieron esencialmente a que además de no haber entendido la demanda y haberla interpretado indebidamente, no se tuvieron en cuenta todas las pruebas para probar el dolo, el propósito o motivo determinante de la celebración del contrato a favor del demandado Juan B. Bonilla. En efecto además de pasar por alto sobre el significado de los artículos 741 y 593 del C. J. sobre la demanda, no se tuvieron en cuenta las escrituras públicas contentivas de los contratos celebrados por María Helena de Forero, ni las copias de la acción judicial que había determinado la obligación de vender a favor del demandante, así como el hecho relevante de que había sido notificada dicha demandada personalmente, y luego a los cuatro días había otorgado la venta a Juan B. Bonilla. Estas pruebas no fueron leídas y menos tenidas en cuenta, con violación de los artículos 593, 597, 630, 632, 637, 661 y 664 del C. J. Por causa de esos errores se violaron las disposiciones mencionadas y que reconocían el derecho de la parte demandante.

"Todo lo anterior explica, como se dice en la sentencia acusada, que ha debido proponerse la acción del artículo 1.546 del C. C., como si se tratara de una acción para obligar al deudor al cumplimiento de sus obligaciones, y no de una acción para anular sus actos indebidos.

"Si se tratara solamente de acción de simulación y nada más como lo dice la sentencia erróneamente y por el mal entendimiento de la demanda, para nada hubiera tenido relevancia alegar la mala fe objetiva y subjetiva junto con el perjuicio que se sigue para el demandante, como que con sólo probar el acuerdo simulato-

rio quedaría sin efectos el respectivo contrato. Pero no, el demandante postuló el hecho de que era irreal, supuesto el contrato, con el objeto de demostrar que el propósito, el motivo, su fin, era desobedecer el mandamiento del Juez y dejar sin efectos la resolución que obligaba a la demandada a enajenar el bien a Manuel Tovar González, y esto es muy diferente. Es decir que la causa del contrato era ilícita y con ello el contrato nulo de acuerdo con los artículos 6º, 1.521, 1.523 y 1.524 del C. C.".

14.—Se acusa la sentencia, de consiguiente, por violación de los artículos 1.524 y 1.741 del C. C., en razón del "propósito o motivo determinante de la celebración del contrato a favor del demandado Juan B. Bonilla", y ello "por no haberse tomado en cuenta las escrituras públicas contentivas de los contratos celebrados por María Helena Cabezas de Forero, ni las copias de la acción judicial que había determinado la obligación a favor del demandante, así como el hecho relevante de que había sido notificada dicha demanda personalmente, y luego a los cuatro días había otorgado la venta a Juan B. Bonilla": y agrega el recurrente que estas pruebas "no fueron leídas" y que "la causa del contrato era ilícito y con ello el contrato nulo de acuerdo con los artículos 6º, 1.521, 1.523 y 1.524 del C. C." Se apoya, por tanto, la violación indirecta de la ley sustantiva en los errores de hecho consistentes en no haber apreciado, en no haber leído los referidos documentos, de los cuales se sigue que la causa de la venta contenida en el instrumento número 998, fue ilícita, dado el motivo determinante que guió en su celebración a la actora.

Se considera:

La Corte ha aplicado reiteradamente el ordenamiento del artículo 1.524 del C. C., en la plenitud de su sentido, esto es, comprendiendo en la causa, al lado de su valor orgánico e intrínseco, la intención del sujeto al celebrar el acto. Así aparece, entre otras, de las casaciones de 5 de julio de 1935 (XLII. 1.897. 55), septiembre 11 de 1935 (XLII. 1.901 y 1.902. 946), febrero 28 de 1936 (XLIII. 530), octubre 7 de 1938 (XLVII. 1.941. 247), 6 de noviembre de 1943 (LVI. 2.001 a 2.005. 243), 9 de septiembre de 1944 (LVII. 2.010 a 2.014. 600) y 8 de marzo de 1946 (LX. 2.029 a 2.031. 81).

Para la Corte, en el artículo 1.524 del C. C., están comprendidos los móviles determinantes, que, en lo general, coinciden con el factor inmodificable que en las distintas especies de contrato representa la causa, de acuerdo con la concepción tradicionalista, pero que la voluntad de los contratantes puede modificar al impulso de sus intereses. O en otras palabras: al lado de la causa como factor estable, impersonal, abstracto e intrínseco, actúan los motivos particulares que en un caso dado inducen a contratar y constituyen la verdadera causa, pero ya naturalmente variable, personal, concreta y extrínseca. La causa como factor constante y orgánico, es la misma, toda vez que en los contratos bilaterales engendra inalterablemente en forma recíproca las obligaciones de parte y parte; en los unilaterales, la entrega, y en los gratuitos, la mera liberalidad. Pero, sin aptitud así concebida, para resolver los problemas en que la moral desempeña papel preponderante en las relaciones contractuales, de manera que la teoría de los móviles ha actualizado y rejuvenecido la vieja teoría, tal como aparece del artículo 1.524 del C. C., de suerte que en el examen judicial de los contratos se mire asimismo a la intención y no sólo al factor estratificado de la causa de Domat y Pothier. "La teoría de la causa —dice Hamel, citado por Alsina Atienza— perdió su originalidad y se convirtió en 'arma de combate' para defender el orden público y las buenas costumbres". Por esto, no es que la teoría de los móviles haya suplantado la concepción clásica de la causa, sino que en forma más humana, real y ponderada, dentro del desarrollo del Derecho y en seguimiento de una elevada finalidad ética, ha aumentado el ámbito del viejo criterio; y, por lo mismo, en situaciones normales, la causa, como elemento estable, tendrá un funcionamiento que necesariamente habrá de ceder cuando los móviles íntimos y determinantes se aparten de aquella concepción.

16.—Da cuenta este negocio de los siguientes hechos:

a)—Una promesa de venta fue celebrada el 13 de mayo de 1956, la que debía perfeccionarse dos meses después, y en virtud de la cual el prometiente comprador pagó un poco más del cincuenta por ciento del precio.

b)—No cumplió la prometiente vendedora, motivo por el cual fue demandada por quien prometió comprar, invocando la Ley 66 de 1945. Los fallos de ambas instancias fueron favorables al

último. El del Juez, de 29 de octubre de 1956, ordenó requerir a la demandada para que otorgase la escritura de venta dentro del término de seis días, con la prevención de que si no procedía así, la otorgaría el mismo funcionario de acuerdo con lo prescrito en la citada ley.

c)—No atendió la parte requerida la orden y por ello el Juez, el 30 de octubre de 1957, otorgó en la notaría de Armero, en representación de la demandada renuente y a favor de Tovar González, la escritura de venta número 654. El comprador satisfizo el saldo del precio.

d)—La demandada, requerida el 11 de noviembre de 1956, en vez de perfeccionar el contrato prometido, otorgó en la notaría de Honda, el 15 del mismo mes, fecha en que fue cancelado el embargo del fundo, la escritura número 998, mediante la cual vendió el mismo bien a Juan B. Bonilla por el precio de $ 30.000.00.

e)—Este instrumento fue inscrito el 23 del propio mes de noviembre de 1956, en tanto que el otorgado por el Juez lo fue el 25 de noviembre de 1957. Y

f)—Decretada por el Juez la entrega del inmueble al comprador Tovar González, con fundamento en la escritura número 654, no pudo verificarse debido a la oposición formulada por el comprador Bonilla.

17.—La causa debe ser lícita, de acuerdo con el artículo 1.524 del C. C. La causa ilícita es la "prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público", según el mismo texto. De manera que la ilicitud de la causa puede hallarse en el ámbito de la ley, del orden público o de las buenas costumbres.

La ley no ha definido el orden público. La doctrina jurisprudencial sí ha venido estructurando esta noción, sobre las instituciones y reglas de derecho de las cuales dependen fundamentalmente la organización y funcionamiento del Estado. "En el derecho privado —ha dicho la Corte— suelen entenderse como de orden público los principios en cuyo mantenimiento tienen un interés considerable tanto el Estado como la sociedad". (Cas. 31 de mayo de 1938. XLVI. 1.938. 570). Y en otra ocasión: "Las leyes de orden público, según el concepto de Beudant, son las que tienden a asegurar la organización que posee una sociedad para su normal y correcto funcionamiento, y tienen como característica predominante que interesan más a la comunidad que a los hombres individualmente considerados". (Cas. 27 de junio de 1940. XLIX. 1.957. 569).

18.—Se trata, por tanto, de una noción de derecho público que sólo puede precisarse en los casos concretos, dada la generalidad de los factores que la integran, y es al Juez, por esto mismo, a quien concierne determinarla, en razón de la tarea de administrar justicia que le compete. A nadie como a él le encomienda la Constitución el servicio de garantizar el imperio de la ley, de las instituciones jurídicas y las normas de derecho, ya que tiene a su cargo la dispensación de la justicia, misión que resuelve y cumple primordialmente las aspiraciones humanas, por lo que se explican dos cosas: la de que las sociedades se hayan visto más entrañablemente protegidas en sus Jueces, y la de que éstos siempre hayan sido rodeados de prerrogativas que les aseguren el respeto público y garanticen su dignidad e independencia. En ellos reposa, por tanto, de manera fundamental, la estabilidad, la organización social y los servicios del Estado, todo lo cual interesa al orden público, al extremo de que las órdenes judiciales, por el origen que tienen y la finalidad que las inspira, reclaman, como presupuesto del sosiego común, el acatamiento general del pueblo y la observancia particular de quienes se hallen comprometidos en sus desarrollos y consecuencia. Más aún en aquellos casos, como el de ahora, en que ordenado el otorgamiento de la escritura de venta, la prometiente vendedora, no obstante haber apelado del fallo que dio la orden y haber sido prevenida por el Juez, de que si no la otorgaba dentro del plazo perentorio, él la otorgaría, en su carácter de mandatario legal de la misma, de acuerdo con la disposición imperativa de la Ley 66 de 1945, no hay duda de que la causa o móvil de las obligaciones originadas de la venta contenido en la escritura número 998, no fue otro que el de impedir que la escritura de venta que otorgaría el Juez a nombre de la prometiente vendedora, no produjera su inmediato y natural efecto en el campo del mandato y de la venta, frustrando la transferencia del dominio del bien raíz al prometiente comprador.

20—Tal móvil, por parte de la vendedora, aparece acreditado por medio de los siguientes hechos que constan en la documentación que el Tribunal no tuvo en cuenta: a) el haber sido vencida la demandada en el juicio de incumpli-

miento de la promesa: b) el haberle ordenado el fallo proceder, dentro de los seis días siguientes, a extender el instrumento de venta; c) el haber sido requerida al efecto, con la prevención de que el Juez lo otorgaría en el evento de negarse ella; y d) el haber vendido a Juan B. Bonilla el mismo inmueble de la promesa, del fallo y del requerimiento, mediante escritura número 998, el 15 de noviembre de 1956, cuatro días después de haber sido requerida y el mismo día en que fue cancelado, por orden del Tribunal, el embargo preventivo del fundo, decretado con motivo de la acción incoada por Manuel Tovar González.

21.—Se ve exactamente en esta venta sustituída la causa invariable de los clásicos, por un motivo o fin propulsor diverso, consistente en el propósito de frustrar la orden del órgano jurisdiccional, dejando de antemano sin efecto la escritura que el Juez habría de otorgar por la prometiente vendedora, en ejercicio de una representación de que excepcionalmente lo reviste la ley, y todo, además, para escándalo de las gentes y afrenta de la justicia. Lo cual —se dice de nuevo— dados los caracteres expresados y teniendo en cuenta el fin perseguido, afecta el orden público, en lo que respecta al funcionamiento del órgano jurisdiccional y particularmente al encargo a él confiado dentro de la vida del Estado. No hay duda de que cuando el artículo 1.524 exige una causa lícita y estatuye que es ilícita la contraria al orden público, sienta un principio de organización social, de convivencia ordenado entre los asociados e imperio de la moral en los actos jurídicos. "Es contrario —ha dicho la Corte— no sólo a las buenas costumbres sino también al orden público, que el culpable de dolo pretenda sacar ventaja del mismo". (LXXXVIII, 2.198, 222).

22.—Más, en el orden de la causa y tratándose de un contrato bilateral, el móvil viciado debe ser común a las partes (v. Josserand, "Les Mobiles", número 160). Este móvil, no obstante su indudable presencia en la conducta de la demandada, no aparece demostrado en la de Juan B. Bonilla, de manera que la omisión o la valoración que se imputan al juzgador, de los respectivos medios probatorios, constituya un error de hecho o de derecho llamado a producir la infirmación de la sentencia. De la documentación aducida por el actor, consistente en las escrituras públicas mencionadas, las copias del juicio sobre incumplimiento de la promesa y la diligencia de requerimiento a la demandada, no surge la certidumbre de que Juan B. Bonilla hubiese compartido el supradicho móvil, por lo cual la convicción del juzgador al respecto prevalece.

23.—Con respecto a la transgresión de los demás textos legales citados en la demanda de casación, referentes a la nulidad absoluta del acto jurídico, con invocación igualmente de errores de hecho y de derecho en el examen de las pruebas, tampoco procede la causal dicha por la razón expresada de no hallarse en la litis la prueba necesaria de la participación de Bonilla en el móvil viciado de la demandada.

No aparece tampoco, por otro aspecto, quebrantado el artículo 1546 del C. C., por indebida aplicación, porque la sentencia lo cita simplemente como rumbo que en su concepto debió haber seguido el actor.

Ni el artículo 1.873 ibidem, porque en verdad se trata de dos ventas del mismo bien, de las cuales prefiere la primera, por haber sido registrado antes el instrumento por medio del cual se perfeccionó. Ello, a pesar de haberse celebrado la segunda con la intervención del Juez, en cumplimiento de un mandato legal, porque, se repite, sobre el tercero no puede repercutir la nulidad sino demostrada fehacientemente su participación en la causa ilícita.

Ni el artículo 1.766 del C. C., cuya infracción se alega por no haber sido declarada la simulación de la primera venta, porque la sentencia afirma que no hay en el proceso prueba alguna de simulación, y el cargo no ha demostrado que al afirmarlo así hubiese incurrido en error de hecho o de derecho en el examen de las probanzas que hacen parte del proceso.

No es el caso, por tanto, de infirmar la sentencia recurrida.

No se condena en las costas de la casación al recurrente, en consideración a la parcial rectificación doctrinaria expuesta, y además por no haberse causado.

Como hay ilicitud manifiesta en la conducta de la demandada señora Cabezas de Forero, quien actuó patrocinada por su abogado, es el

caso de que en relación con éste, el Tribunal provea lo conducente para efectos de la Ley 69 de 1945.

DECISION:

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 de fecha quince (15) de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio ordinario de Manuel Tovar González contra María Helena Cabezas de Forero y Juan B. Bonilla.

Sin costas.

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

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

SE NIEGA EL RECURSO DE HECHO INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA QUE DECIDIO EL JUICIO ORDINARIO, SOBRE RECONOCIMIENTO DE UNOS SERVICIOS PROFESIONALES, ADELANTADO POR UN MEDICO CONTRA LOS HEREDEROS DE UNA SUCESION

1.—De muy larga data, y contra el equivocado concepto de muchos litigantes, la Corte ha venido repitiendo que la sucesión, que al fin y al cabo no es sino la masa de bienes que forman el activo y el pasivo del causante, no es persona jurídica y, por lo mismo, no es propiamente el sujeto de los derechos y obligaciones, ni la entidad que pueda comparecer en juicio con capacidad para ser parte y litigar. Son los herederos los sujetos del derecho de herencia, radicado en su cabeza al morir el causante, los llamados a responder de las obligaciones dejadas por éste, o a reclamar los derechos del patrimonio sucesoral del mismo. Así que no es propiamente a la sucesión a quien se demanda, sino a los herederos, ni puede ser para aquélla sino para éstos la condenación que recaiga en la sentencia.

2.—Las obligaciones a cargo de un solo deudor se convierten, por la muerte de éste, en una obligación conjunta con pluralidad de deudores, sus herederos. Esta derivada pluralidad de deudores no influye, por regla general, tratándose de cosa divisible, en los efectos y naturaleza de la obligación. Así cada heredero se convierte en deudor de la parte de la deuda a prorrata de su cuota hereditaria, ya que sólo en esa parte o cuota es heredero y sólo en esa parte o cuota representa las obligaciones del causante. Es en virtud de este principio como el artículo 1.411 del Código Civil establece que las deudas u obligaciones del difunto se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas.

3.—Puesto que las obligaciones a cargo de una persona se dividen, a su muerte, derivativamente entre los herederos, es evidente que si un médico formula demanda contra éstos, para que le sean reconocidos unos servicios profesionales que le adeudaba el causante, se presenta un litis consorcio propio ya que a la causa común, la prestación de los servicios médicos, se une para los demandados la de haber sucedido, como herederos, en las obligaciones correlativas a tales servicios. A la comunidad de título o causa se suma la razón de economía procesal que representa el unir en una sola las varias demandas que bien pudieran haberse llevado separadamente.

4.—Si se presenta un litis consorcio propio, el tratamiento de cada demanda, en lo referente a los presupuestos procesales y al estudio de mérito, se hace separada e independientemente. Esta la razón para que, en tal supuesto, la concesión del recurso extraordinario de casación deba considerarse en relación con la situación de cada uno de los litis consortes, por manera que si uno de ellos no apeló, en su oportunidad, de lo resuelto por el Juez de primer grado y los otros sí lo hicieron, es legal la providencia del Tribunal que concede a éstos el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia y no se le concede a quien consintió la decisión de primer grado.

5.—La Corte ha dicho que el recurso de casación, además de no ser pertinente sino en los juicios a que se refiere el artículo

553 del Código Judicial, debe ser propuesto en tiempo y por persona hábil. "Esta habilidad comprende dos factores: el de la personería meramente adjetiva y el que atañe al interés jurídico de quien lo interpone. Ahora bien, ese interés puede no existir, desaparecer o hacerse imposible en su ejercicio, y en tratándose del recurso de casación por dos motivos: 1º Porque la sentencia del Tribunal no infiere ningún agravio al recurrente; y 2º porque éste haya consentido la sentencia de primer grado, puesto que el recurso no procede sino cuando se han agotado los medios de instancia que la ley autoriza y permite". (XLIX, 528).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, abril veintitrés de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada)

Se decide el recurso de hecho en que el apoderado de Enrique Osorio de la Sierra o Enrique Osorio Sierra ha acudido contra el auto de veintitrés de noviembre último, por el cual el Tribunal Superior de Bogotá, le negó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por la misma corporación el cuatro de octubre del año próximo pasado.

El doctor Francisco Vernaza demandó la sucesión de doña Mercedes Sierra de Pérez, representada por doce herederos, entre los cuales figura el recurrente, con el fin de que se les condenara al pago de los servicios médicos prestados por el demandante a la señora Sierra de Pérez y a su esposo, doctor Enrique Pérez, del cual fue causahabiente la primera.

La sentencia de segunda instancia, en el primer ordinal de la parte resolutiva, dice: "Declárase en firme los numerales 'primero' y 'segundo' de la parte resolutiva de la sentencia apelada de fecha cuatro (4) de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve en lo que respecta a los demandados que no recurrieron, señores.... Enrique Osorio de la Sierra".

El numeral primero de la sentencia de primera instancia reza: "Condénase a los herederos de Mercedes Sierra de Pérez, a saber: ...Enrique Osorio de la Sierra.... a pagar al demandante Francisco Vernaza, a prorrata, el valor de los honorarios correspondientes a los servicios médicos profesionales que éste les prestó a los cónyuges Enrique Pérez Hoyos y Mercedes Sierra de Pérez, en el lapso comprendido desde el mes de mayo de mil novecientos cuarenta y uno hasta el veinticuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y tres. Segundo. Esta condena se hace a reserva de fijar su importe en la ejecución del presente fallo, de conformidad con lo prescrito en el artículo 553 del Código Judicial...".

Las razones por las cuales el Tribunal Superior de Bogotá negó el recurso de casación al heredero Enrique Osorio de la Sierra, son: que éste consintió el fallo de primer grado no impugnándolo, y así en segunda instancia se hizo intocable respecto de él y demás demandados conformes; que el Tribunal no podía modificar esta situación, ya que la alzada aprovechaba únicamente a quienes hicieron uso de ella y no a los que no apelaron, ocupándose el caso sub lite de una acción divisible, como es la de "cobrar un dinero efectivo, una suma líquida causada por unos servicios profesionales prestados a los pacientes causantes Pérez Sierra"; que no tratándose de un litis consorcio necesario sino "simple e impropio", el Tribunal profirió la sentencia en la forma en que está concebida con resultados diversos para cada componente del litis consorcio y es así como unos pueden impugnar el fallo y otros consentirlo, todo con independencia absoluta".

Halla que el heredero demandado Osorio de la Sierra carece de interés jurídico para recurrir en casación, por haber consentido la sentencia de primera instancia. Rebate al recurrente en el concepto de que la demandada es la sucesión y no los herederos contra los cuales está enderezada la acción, "puesto que al demandar a la sucesión en forma directa no estaría el actor ejercitando acción contra ninguna persona, ya que aquélla en sí considerada, no es sujeto de derechos".

Finalmente, insiste en que es la naturaleza de divisible que tiene la prestación reclamada, la razón por la cual se ha considerado en forma separada a cada uno de los herederos.

Las razones del recurrente se pueden resumir así:

Los acreedores de la herencia gozan contra el heredero de los mismos medios de ejecución que tenía el causante. La deuda se entiende divisible entre los herederos en tantos créditos cuan-

tos son éstos, pero esto ocurre cuando se trata de su ejecución o cumplimiento, no del juicio en que se pretende la condena por una deuda hereditaria. En este último caso, la condenación no es para los herederos sino únicamente para la sucesión, respecto de la cual el heredero apenas tiene una representación.

Si los herederos actúan como representantes de la sucesión, la sentencia de primer grado, en cuanto hizo declaración contra la mortuoria de Mercedes Sierra, no quedó ejecutoriada contra el recurrente por no haber interpuesto alzada, "pues aquél actuó en vez del representado, no en nombre propio. La sentencia de condena a los herederos al pago de una deuda no es constitutiva sino declarativa por tanto no pueden ser condenados los herederos separadamente sino conjuntamente como representantes de la sucesión".

La comparecencia del heredero es un presupuesto procesal en la demanda contra la sucesión, por lo mismo, no puede desaparecer del proceso, no puede dejar de intervenir con todos los demás herederos, ni deja de ser parte aunque no haya reclamado contra la sentencia de primer grado.

El Tribunal olvida que el demandado es la sucesión, y que los herederos son sus representantes. Por tal motivo, aplicando el principio de la divisibilidad de las deudas hereditarias, ha reconocido el derecho del recurrente, como si no se tratara de un juicio contra la sucesión, en el cual aquél pudiera ser condenado con prescindencia de ésta. El Juez no puede aplicar la proporcionalidad de las deudas sino cuando "estén reconocidas y declaradas contra la sucesión en declaración judicial con la intervención de todas las personas que representan la herencia".

Insiste en que para considerar obligado al heredero Enrique Osorio de la Sierra "sería indispensable una declaración de certeza plena y autónoma de la cuestión de la existencia de la obligación a cargo de la sucesión con la intervención o legitimación de todas las partes necesarias, y de la cual, precisamente porque el heredero es obligado, surge para él la obligación de pagar y asumir parte de dicha carga de la sucesión".

SE CONSIDERA:

Como el principal fundamento del recurso de hecho radica en que la demandada es la sucesión de la señora Mercedes Siera v. de Pérez, no los herederos, ha de recordarse que de muy larga data la Corte ha rectificado repetidas veces este concepto equivocado de los litigantes expresando que la sucesión, que al fin y al cabo no es sino la masa de bienes que forman el activo y el pasivo del causante, no es persona jurídica y, por lo mismo, no es propiamente el sujeto de los derechos y obligaciones, ni la entidad que pueda comparecer en juicio con capacidad para ser parte y para litigar. Son los herederos los sujetos del derecho de herencia, radicado en su cabeza al morir el causante, los llamados a responder de las obligaciones dejadas por éste, o a reclamar los derechos del patrimonio sucesoral del mismo.

Dijo la Corte en sentencia de diez y ocho de noviembre de mil novecientos treinta y siete resumiendo doctrina anterior: "Carece la sucesión de personalidad jurídica porque en ella no se ve la existencia de un ser colectivo; ni un interés diferente de los intereses particulares; ni un organismo destinado a concentrar los esfuerzos de los asignatarios o a auxiliar los bienes para un fin común; ni vida interna, voluntad social, gobierno, nombre propio, domicilio, ni nacionalidad; ni activo de su patrimonio que no sea exclusivamente un bien de los herederos. Nada, en fin, que demuestre en la sucesión una persona ni en los coparticipes la conciencia de un interés colectivo. Los bienes de la sucesión o pertenecientes a la sucesión, sencillamente son bienes de los herederos. Estos no tienen un derecho personal o de crédito, sino un derecho real; el de herencia sobre la universalidad jurídica, con la esperanza de concretarse en el dominio sobre uno o más bienes. Antes de la partición, o en su caso, antes de la posesión efectiva respecto de inmuebles hay un patrimonio universal destinado a liquidarse" (t. 45, pág. 844).

Esta doctrina se halla repetida en fallo de 30 de mayo de 1938 (T. 46, pág. 557) y de diez y siete de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro (T. 78, págs. 328 y 329). En éste, más explícitamente, se dijo: "La personalidad del causante no es sustituída por la personalidad de su patrimonio, que carece de ella sino por la personalidad de quienes sí la tienen como sujetos de derecho que son".

Rectificado el concepto del recurrente de que la sucesión sea persona que tenga capacidad para

ser parte, resulta de manifiesto que la condenación no puede ser para la sucesión sino para los herederos.

Las obligaciones a cargo del doctor Pérez y de su cónyuge, la señora Sierra de Pérez, por razón de los servicios médicos prestados a ambos, surgieron del contrato acordado con el doctor Vernaza respecto de cada uno de los pacientes; pero al morir el primero, su obligación se transmitió a su heredera la señora Sierra de Pérez; y al fallecer ésta, tanto su obligación personal como la heredada de su cónyuge pasaron inmediatamerte a sus sucesores a título universal que son los herederos demandados, entre los cuales se cuenta el señor Enrique Osorio de la Sierra o Sierra simplemente.

La contraprestación de los servicios médicos provistos por el doctor Vernaza a los dos causantes está representada por la cantidad de dinero en que sean apreciados. Las obligaciones a cargo de un solo deudor, la señora Sierra de Pérez, se convirtieron por la muerte de ella en una obligación conjunta con pluralidad de deudores, sus herederos. Esta pluralidad derivativa de deudores por la muerte de la señora Sierra de Pérez no influye, por regla general, tratándose de una cosa divisible en los efectos y naturaleza de la obligación. Así cada heredero se convierte en deudor de la parte de la deuda a prorrata de su cuota hereditaria, ya que sólo en esa parte o cuota es heredero y sólo en esa parte o cuota representa las obligaciones del causante. Es en virtud de este principio como el artículo 1.411 del C. C. establece que las deudas u obligaciones del difunto se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas.

Por esta razón la demanda se ha dirigido contra todos los herederos de la señora Sierra de Pérez, para que se les condene al pago de los servicios prestados por el actor a ella y a su cónyuge, doctor Pérez, en proporción de sus cuotas hereditarias. Y por consecuencia, la sentencia de primera instancia hizo los pronunciamientos respecto de cada heredero demandado, y la de segundo grado confirmó lo resuelto por el Juez del Circuito respecto de los que no apelaron, la reformó con relación a una demandada, y declaró probada la excepción perentoria de prescripción de la acción incoada, propuesta por dos de los demandados.

Divididas derivativamente entre los herederos de la señora Sierra de Pérez las obligaciones a cargo de ésta, es evidente que en la demanda del doctor Vernaza contra aquéllos se presenta un litis consorcio propio, no impropio como dice el Tribunal, ya que a la causa común originaria, la prestación de servicios profesionales prestados por el doctor Vernaza a los cónyuges Sierra-Pérez, se une para los demandados la de haber sucedido como herederos en las obligaciones correlativas a tales servicios por la muerte de la señora Mercedes Sierra de Pérez. A la comunidad de título o causa se une la razón de economía procesal que representa el unir en una sola doce demandas que bien pudieran haberse llevado separadamente. Y por tratarse de un litis consorcio propio, el tratamiento de cada demanda referente a los presupuestos procesales y al estudio de mérito se hace separada e independientemente.

Esta la razón para que la concesión del recurso extraordinario de casación deba considerarse en relación con la situación de cada demandado; y para que el Tribunal se lo haya negado al señor Osorio de la Sierra, por no haber apelado de lo resuelto por el Juez de primer grado.

La Corte ha dicho que el recurso de casación, además de no ser pertinente sino en los juicios a que se refiere el artículo 519 del C. Judicial, debe ser propuesto en tiempo y por persona hábil: "esta habilidad comprende dos factores: el de la personería meramente adjetiva y el que atañe al interés jurídico de quien lo interpone. Ahora bien, ese interés puede no existir, desaparecer o hacerse imposible en su ejercicio, y en tratándose del recurso de casación por dos motivos: 1º porque la sentencia del Tribunal no infiere ningún agravio al recurrente; y 2º porque éste haya consentido la sentencia de primer grado, puesto que el recurso no procede sino cuando se han agotado los medios de instancia que la ley autoriza y permite". (T. 48, pág. 518). Y más adelante añade que mal puede inferir agravio al recurrente en casación el fallo del Tribunal, distinto del inferido por la sentencia de primer grado consentida por él.

Esta doctrina la ha sostenido la Corte en fallos que corren publicados en la GACETA JUDICIAL Tomo 72, 326; 73, págs. 247—463.

Finalmente ha expresado: "No puede acudir en casación contra la sentencia en que el Tribunal confirma la de primera instancia el actor o

el demandado que no hayan apelado de este último fallo". (T. 78, pág. 688).

En el expediente, llegado original a la Corte en razón de habérseles concedido a otros demandados el recurso de la casación, aparece que el señor Osorio de la Sierra no apeló de la sentencia de primera instancia en que fue condenado a pagar al doctor Vernaza la cuota de los honorarios de éste que le corresponda a prorrata de su porción hereditaria. Visto queda que su obligación es exclusiva o independiente de la de cada uno de los demás herederos demandados.

Por consiguiente es legal el auto del Tribunal por el cual le negó al señor Osorio de la Sierra el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida en este juicio.

La Corte niega el recurso de hecho propuesto por el demandado Enrique Osorio de la Sierra contra el auto de veintitrés de noviembre último, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por el doctor Francisco Vernaza contra los herederos de la señora Mercedes Sierra de Pérez.

Notifíquese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

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



NO SE HALLARON LOS ERRORES QUE LA ACUSACION ATRIBUYE A LA SENTENCIA QUE SE NEGO A DECLARAR LAS PETICIONES DE NULIDAD Y SUBSIDIARIA DE SIMULACION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE URBANO

1.—La afirmación de error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas, supone que a las presentes en el proceso se les dio un sentido evidentemente contrario al de su propio contenido, considerado en sí, lo cual se lograría demostrar con la sola comparación material entre la prueba y la sentencia que ese contenido tergiversara; pero no es de recibo, en tratándose de tal error, la presentación de un criterio contrario o diverso al que tuvo el Tribunal en la apreciación de pruebas.

2. — Para la prosperidad del cargo por error de derecho medio, debe citarse la disposición probatoria violada por el Tribunal y su incidencia sobre determinada norma o normas sustanciales, pues sin tal requisito queda incompleto. Si en la demanda de casación no se hace referencia a norma probatoria alguna, la censura no es idónea.

3.—Es contradictorio, en principio, que la demanda de casación afirme simultáneamente la existencia de error de hecho y de derecho sobre una misma prueba.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco)

ANTECEDENTES

Por demanda de Juan San frente a Luz Marina Martínez, se adelantó el presente juicio ordinario, para obtener declaración de "nulidad absoluta de la escritura pública número 1.124 de fecha dos (2) de diciembre del año de 1949, corrida en la Notaría Segunda de este Circuito Notarial, **por error de hecho en el objeto**" y posteriormente corregida en el sentido de afirmar que la nulidad ha de entenderse del contrato contenido en la escritura, y no absoluta sino relativa. Asimismo, en la corrección de la demanda se postuló como subsidiaria y condicional "la acción de simulación del contrato de compraventa expresado, ya que se habla allí de venta del bien raíz consistente en una casa —cuyos linderos están determinados— y el contrato real y efectivo pactado fue el de una sociedad para la fabricación de pan, como se reconoce por actor y demandada, a tal punto que el aporte de San fue la referida casa y dinero, y así se convino".

Relatan los hechos que en el mes de noviembre de 1949, demandante y demandada convinieron celebrar un contrato de sociedad limitada de comercio, para la fabricación de pan y similares, para cuyo efecto cada uno de los socios aportaría la suma de $ 9.000.00, en bienes y dinero. Juan San aportaba un local de su propiedad, situado en el antiguo cordón de San Antonio, en el corregimiento de Manga, comprendido por los linderos determinados en el hecho segundo de la demanda. El demandante creyó que aportaba el inmueble dicho a la sociedad que principió a funcionar de hecho y, al efecto, firmó la escritura citada; pero, en la creencia de firmar la escritura de una sociedad lo que hizo fue una de venta del inmueble por la suma de $ 9.000.00 a favor de su socia la señorita Luz María Martínez, "constituyendo ese hecho un error en el objeto, pues mi poderdante creyó aportar el inmueble a la sociedad dicha, cuando por ese error, lo que

hizo fue una venta, no siendo esa su intención ni lo pactado".

En la creencia de que la sociedad se había constituido, Juan San continuó al frente de la fabricación de pan y la señorita Martínez tomó a su cargo el movimiento del dinero. Después de un año, más o menos, se suspendieron las actividades de la sociedad y se produjo la paralización del negocio y el demandante quedó en posesión de la casa para cuyo efecto solicitó la liquidación de la sociedad y el correspondiente aporte; pero la señorita Martínez, en vez de prestarse a liquidar el negocio, dirigió una carta al demandante en la cual "revela el verdadero contenido de la escritura Nº 1124 ya dicha, que no es otro que el de hacer una declaratoria de venta que mi poderdante jamás ha intentado hacer de su propiedad y si no leyó al momento de firmar la escritura, que él creyó de sociedad, fue por la confianza que le merecía su socia y teniendo en cuenta que ya se habían convenido los pormenores del negocio".

El demandante Juan San siempre ha creído que la casa le pertenece y la ocupa como señor y dueño, aún después de la terminación informal de la sociedad y nunca pensó en venderla sino aportarla a una sociedad que debió constituírse legalmente y que apenas funcionó como sociedad de hecho.

La sentencia de primer grado absolvió a la demandada de las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

El Tribunal de Cartagena para resolver la apelación propuesta por la parte actora, en sentencia de 10 de octubre de 1958, confirmó la del Juzgado en la siguiente fórmula brevísima: "Confírmase la sentencia apelada. Condénase al apelante en las costas del recurso".

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Después de enumerar las pruebas aducidas al juicio por la parte demandante y refiriéndose en concreto a la nulidad por error de hecho en el objeto y luego a la acción de simulación, el Tribunal dice lo siguiente:

"Para que prospere la acción de nulidad fundada en el vicio del consentimiento en los casos previstos en el artículo 1510 del C. C., es necesario —según jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia— que se prueben los siguientes elementos: 'que se tuvo una determinada creencia; que esa creencia no correspondió a una realidad, y que esa creencia fue determinante, es decir, que si se hubiera descubierto el error, no se hubiera determinado una de las partes a contratar'.

"De las pruebas traídas al juicio por el actor no se deduce, no puede deducirse, que él tuviera la creencia de que celebraba determinado contrato, distinto del que aparece consignado en la correspondiente escritura pública.

"De manera pues que ante esa notoria falta de pruebas del actor —de pruebas conducentes— la acción de nulidad no puede prosperar.

"ACCION SUBSIDIARIA DE SIMULACION

"Con esta acción subsidiaria ocurre como con la anterior, que el actor no ha traído pruebas conducentes que pudieran llevar al juzgador a una conclusión acorde con las peticiones del demandante.

"En los casos de simulación existen dos actos coetáneos: uno ostensible o aparente y otro oculto que es el que en realidad quieren celebrar los contratantes.

"En el presente caso el acto ostensible es el contenido en la escritura pública número 1124 otorgada por el señor Juan San a favor de la señorita Luz Marina Martínez Lugo en la Notaría Segunda Principal de Cartagena el 2 de diciembre de 1949, escritura en la que traspasa el derecho de dominio sobre una casa y el solar en que está construida y sobre un equipo para la fabricación de pan, y el acto oculto es un contrato sobre 'una sociedad para la fabricación de pan' según lo afirma el apoderado del actor.

"Es obvio que cuando el contrato ostensible se ha consignado en escritura pública, por exigencia de la ley o porque las partes lo han querido hacer solemne, la demostración del acto oculto para que prevalezca sobre el aparente, según jurisprudencia de la Corte con base en la doctrina de los artículos 1759-1766 del C. C. y del segundo aparte de la Ley 153 de 1887, es necesario hacerla mediante prueba escrita de la voluntad oculta, o mediante un principio de prueba por escrito complementado por testigos, presunciones, indicios o confesión del simulante, pues al tenor de las citadas disposiciones legales las declaraciones contenidas en el acto ostensible hacen plena fe contra ellos, plena fe que es necesario destruir oponiendo una prueba de igual categoría.

"Nada de eso ha ocurrido en el caso de autos. Aún más, la misma prueba del acto ostensible o sea la escritura que contiene el aludido contrato de compraventa fue traída a los autos por la parte demandada y no por el actor.

"De manera pues que esta acción subsidiaria tampoco puede prosperar por falta de pruebas".

LA DEMANDA DE CASACION

"Me acojo para fundamentar este recurso, a lo estatuído en la causal primera, inciso final, del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil y de consiguiente, acuso la sentencia por error de hecho y de derecho al no apreciar debidamente las pruebas producidas por el actor de este juicio y al no tener en cuenta la confesión contenida en las posiciones absueltas por la señorita demandada.

"Para cumplir con lo preceptuado en el artículo 531 del C. J., resumo los hechos materia de la controversia así:

"De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, mi poderdante Juan San, adquirió, por compra hecha a Ed. Victor Sperling, la casa y solar materia de la controversia, conforme reza la escritura pública Nº 1281 del 3 de diciembre de 1948. Con posterioridad a ésa fecha, celebró una sociedad de hecho con la señorita demandada, para el establecimiento de una panadería en la ciudad de Cartagena. Con sus propios recursos, compró en el exterior la maquinaria y demás enseres necesarios con esa finalidad, como lo comprueban los diversos documentos bancarios y aduaneros que obran en el expediente, y después de un año, aparece vendiendo a la demandada señorita Martínez, por la suma de $ 35.000.oo la misma casa que un año anterior había comprado él por la suma de $ 9.000.oo.

"De acuerdo con esos mismos elementos de prueba aparece que al otorgar San la escritura 1124 de 2 de diciembre de 1949, sufrió ERROR, desde luego que entendió aportar el bien materia de la misma, a la sociedad de hecho que había celebrado con la demandada y no hacer una venta de la propiedad como aparece de la referida escritura.

"Tanto en el escrito de contestación a la demanda como en las posiciones absueltas por la demandada, aparece claramente demostrada la existencia de la sociedad de hecho y la afirmación hecha por su apoderado de que como San 'no iba a ser sino socio industrial en el negocio en referencia y todo estaba a su nombre, debía hacer los traspasos a la señorita Luz Marina Martínez y así lo hizo por medio de la escritura Nº 1124 de 2 de diciembre de 1949, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito, por medio de la cual no sólo transfiere la propiedad de la casa, sino el local nuevo construído, &&'. Esta parte de la contestación de la demanda concuerda con la confesión que la demandada hizo al absolver posiciones, en cuánto reconoce la existencia de la sociedad de hecho, la compra del bien a que se refiere la escritura 1124 de 2 de diciembre de 1949, por el precio de $ 35.000.oo; que no puede decir si ese fue el precio, porque fue su hermano Gabriel Martínez Lugo quien 'suministró el dinero y por cuenta mía intervino en la operación'; que su hermano pagó el precio 'con cheque bancario'. A continuación expresa, 'que el señor Juan San compró la casa y solar para ella y dedicarla al negocio en referencia, porque ella aportó el dinero para esa compra, y había la necesidad de que todo eso quedara en mi patrimonio, así se efectuó la compra a Juan San...'

"De esas confesiones plenas, lo que se deduce es que la venta que aparece hecha por medio de la escritura 1124, es SIMULADA, porque no ES VERDAD que se hubiera pagado a San por la demandada el PRECIO que en ella aparece, y de consiguiente, incurrió en manifiesto ERROR el Tribunal, cuando en la sentencia que se acusa dijo lo siguiente: 'De las pruebas traídas al juicio por el actor no se deduce, no puede deducirse, que él tuviera la creencia de que celebraba determinado contrato, distinto del que aparece consignado en la respectiva escritura pública'. Igualmente incurrió el Tribunal en evidente error cuando en el fallo dijo lo siguiente: 'Es obvio que cuando el contrato ostensible se ha consignado en escritura pública, por exigencia de la ley o porque las partes lo han querido hacer solemne, la demostración del acto oculto para que prevalezca sobre el aparente, según jurisprudencia de la Corte, con base en la doctrina de los artículos 1759-1766 del C. C. y 2º aparte de la Ley 153 de 1887, es necesario hacerla mediante prueba escrita de la voluntad oculta, o mediante un principio de prueba por escrito complementado por testigos, presunciones, indicios o confesiones del simulante, pues al tenor de las citadas disposiciones legales las declaraciones contenidas en el acto ostensible hacen plena fe

contra ellos, plena fe que es necesario destruír oponiendo una prueba de igual categoría'. 'Nada de eso ha ocurrido en el caso de autos'.

"Se advierte, pues, que el Tribunal no se detuvo a estudiar los elementos probatorios o los apreció erróneamente, como lo afirmó, lo que lo indujo a violar en el fallo los artículos 1494-1741-1746-1849-1502-2391 del C. C. y el artículo 209 del C. J.".

LA CORTE CONSIDERA:

a).—La afirmación de error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas, supone que a las presentes en el proceso se les dió un sentido evidentemente contrario al de su propio contenido, considerado en sí, lo cual se lograría demostrar con la sola comparación material entre la prueba y la sentencia que ese contenido tergiversara; pero no es de recibo en tratándose de tal error, la presentación de un criterio contrario o diverso al que tuvo el Tribunal en la apreciación de pruebas.

El fallador no vió las pruebas citadas en el recurso en sentido contrario a su contenido, sino que las apreció como ellas son, aunque con criterio distinto al pretendido por el recurrente, lo cual no constituye error ostensible.

b).—Para la prosperidad del cargo por error de derecho medio, insinuado en el libelo de casación, debió citarse la disposición probatoria violada por el Tribunal y su incidencia sobre determinada norma o normas sustanciales, sin cuyo requisito queda incompleta. Y como en la demanda no se hizo referencia a norma probatoria alguna, sino sólo al artículo 209 del C. J., que autoriza la acumulación de acciones, cuestión no desconocida en el fallo, pues que se resolvieron las que en la demanda se acumularon, la censura no es idónea.

c).—Por lo demás, es contradictorio, en principio, afirmar la existencia de error de hecho y de derecho simultáneamente sobre una misma prueba.

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 proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Cartagena, de fecha 10 de octubre de 1958.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

ERROR DE HECHO EN LA ESTIMACION DE LAS PROBANZAS EN LA SENTENCIA ACUSADA QUE SE NEGO A DECRETAR LA RESTITUCION DE UN PREDIO RURAL

1.—Impugnada en casación una sentencia del Tribunal por haber negado el mérito legal a una inspección ocular, a un dictamen pericial, a unos testimonios y a una escritura pública, deben citarse —pues la acusación es por error de derecho— las disposiciones legales que determinan el valor probatorio de cada uno de estos medios de prueba, porque si el recurrente no indica sino los artículos 722 y 730 del C. Judicial que atribuyen al dictamen pericial y a la inspección ocular el mérito de plenas pruebas y guarda silencio sobre las normas probatorias infringidas en la apreciación de los testimonios y de la escritura, la Corte tiene que limitarse a analizar la acusación sólo desde el ángulo de la inspección ocular y de la prueba pericial.

2.—Las observaciones formuladas por el Juez en la inspección ocular practicada en este juicio reivindicatorio coinciden con las conclusiones de los peritos en estos puntos fundamentales: la determinación material del fundo de la demandante según su título escriturario de compra, y la identificación de lo poseído por el reo, dentro de dicho fundo. La circunstancia de que el área de la reivindicación aparezca en dos porciones, no resta unidad a la cosa respecto de la cual se ejerce la acción, siendo así que ambas partes están dentro de los linderos que la demanda le señala al lote ocupado por el demandado, y desde luego dentro de la extensión del inmueble descrito en el título de la actora. Hay, pues, uniformidad no sólo en las conceptos de los peritos, sino también armonía entre estos dictámenes y las observaciones del juez, de modo que si negárseles el mérito de plena prueba de la identidad del inmueble, incurre la sentencia en error de derecho en la estimación de las mismas probanzas, ya que no se ajusta a lo prescrito en los artículos 722 y 730 del C. Judicial.

3.—La posesión, por parte del demandado, se encuentra acreditada en este juicio por los testigos, por la diligencia de inspección ocular, por el dictamen de los peritos y por la circunstancia de haber dado respuesta al hecho sobre posesión, a él imputado en el libelo inicial, con un "no me consta", que no concuerda con el deber que al demandado en reivindicación le impone el artículo 214 del Código Judicial, al extremo de que, probado como está el dominio de la actora, de todas suertes se hace responsable de la cosa o de su precio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, veintisiete de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.).

Juicio ordinario de Isabel Pérez de Campo contra Aristides Campo Ramírez.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, de fecha 21 de julio de 1959.

Recurrente: la actora.

— I —

ANTECEDENTES

1.—Isabel Pérez de Campo demandó ante el Juez del Circuito de Ciénaga, a Aristides Campo Ramírez, para que previos los trámites de un juicio ordinario se hicieran estas declaraciones y condenas:

"Primera.—Pertenece a la señora Isabel Pérez, en dominio pleno y absoluto, un globo de tierra cultivado de banano y de árboles frutales, en una extensión de una cabuya, más o menos, y ocupada por el demandado señor Aristides Campo Ramírez, por haberlo adquirido mediante escritura Nº 151 de seis (6) de junio de 1946 de la notaría primera de este circuito notarial, y en la cual aparecen estos linderos: Norte, cultivos de bananos de Esther R. de Campo; Sur, con cultivos de bananos de Agripina R. de Fernández; Este, con predio cultivado de banano que fue de Ramón Jimeno, hoy de Juan González Aragón y herederos de Clementina Ruiz y Oeste, con cultivos de banano de Pablo R. Nestler.

"Segunda.—Condénase al señor Aristides Campo Ramírez, mayor de edad y de este vecindario, a restituir, una vez ejecutoriada esta sentencia, a la señora Isabel Pérez de Campo, el siguiente bien raíz: Una cabuya de terreno, más o menos, cultivada de guineo, árboles frutales, ubicada en la región de Córdoba" y dentro de los siguientes linderos: Norte, con cultivos de bananos pertenecientes a Esther R. de Campo; Sur, con predio cultivado de banano perteneciente a Agripina R. de Fernández; Este, con cultivos de banano que fueron de Ramón Jimeno, hoy de Juan González Aragón y herederos de Clementina Ruiz; y Oeste, con el pedazo de finca que le ha dejado el demandado a la demandante.

"Tercera.—Condénase asimismo al demandado Aristides Campo Ramírez a pagarle, a la demandante señora Isabel Pérez de Campo, los frutos civiles y naturales de la cabuya de guineo, desde el año de mil novecientos cuarenta y ocho, ya que su posesión es clandestina, violenta y de mala fe".

2.—Estas son las afirmaciones fundamentales de la demanda:

La actora compró a Gabriel Campo Ruiz un inmueble consistente en "una hectárea de tierra y once bancos, cultivada de bananos, árboles frutales, ubicada en la región de Córdoba", y demarcado según se expresa en el primer hecho; la demandante venía poseyendo pacíficamente dicho terreno, cuando en 1948 Aristides Campo Ramírez "la despojó en forma clandestina de un pedazo de finca y cultivos, y agrandando y cogiéndose pedazo por pedazo sin el consentimiento de su dueño y sin derecho legal alguno"; no obstante haber sido lanzado por las autoridades en dos ocasiones, de dicho terreno, el nombrado ocupante ha vuelto a él, violando las órdenes de aquéllas; todo lo cual le ha privado a la actora de los frutos de dicho fundo y causado perjuicios de todo orden.

3.—Aristides Campo Ramírez contestó la demanda afirmando no constarle los hechos y oponiéndose a lo impetrado, y surtidos los trámites de la primera instancia, el juez dictó sentencia favorable a las pretensiones de la demandante; mas, apelada por el demandado, el Tribunal Judicial de Santa Marta la revocó y absolvió al reo por medio del fallo que, recurrido por la parte actora, se halla al examen de la Corte.

— II —

LA SENTENCIA ACUSADA

4.—La sentencia no encuentra demostrada la identidad del bien de la reivindicación. Examina el acta de inspección ocular y el dictamen de peritos a que hubo lugar tanto en la primera como en la segunda instancia de la litis, y anota las deficiencias que a su juicio restan valor a tales pruebas para acreditar dicho presupuesto de la acción.

— III —

EL RECURSO DE CASACION

Se acusa la sentencia por violación indirecta de los artículos 946, 947, 950, 952, 954, 957 y 959 del C. C., por habérseles negado el mérito legal, con quebrantamiento de los artículos 722 y 730 del C. J., a la inspección ocular y al dictamen de peritos producidos en la primera instancia; a los testimonios presentados por la actora y a la escritura pública Nº 151, de 6 de junio de 1946, de la notaría del circuito de Ciénaga, escritura en la cual descansa la titularidad del derecho de la misma parte.

Antitécnicamente se califica al comienzo del

cargo de error de hecho el sufrido por el sentenciador, pero del desarrollo del mismo se infiere que es de derecho, ya que atañe a la valoración legal de las dichas probanzas con agravio de las mencionadas disposiciones legales sobre la tarifa probatoria.

6.—Como la acusación es por error de derecho en la apreciación de las pruebas, y el recurrente no indica sino los artículos 722 y 730 del C. J., que atribuyen al dictamen pericial y a la inspección ocular el mérito de pruebas plenas, habiendo guardado silencio sobre las disposiciones legales de carácter probatorio infringidas en la apreciación de los testimonios y de la escritura pública número 151, la Corte tendrá que limitarse a analizar la acusación sólo desde el ángulo de la inspección ocular y la prueba pericial de la primera instancia, a las cuales se concreta el cargo.

7.—Sobre el cargo así circunscrito dice el recurrente:

"De la misma manera que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al no estimar en su valor la prueba de la diligencia de inspección ocular dentro de la cual actuaron los peritos a que me refiero en el párrafo anterior. Ya que esta diligencia se practicó en un todo ajustada a las normas legales y su resultado, qué fue la constancia dejada por el mismo funcionario en el acta respectiva, de que, al igual de lo afirmado o conceptuado por los expertos, el Juzgado identificó el inmueble materia de la diligencia y encontró que era el mismo, por sus linderos y demás detalles, del mencionado tanto en la demanda como en el título de propiedad que adujo la demandante al juicio y que tuvieron a la vista las distintas personas que intervinieron en la anotada diligencia de inspección ocular. De modo que si el H. Tribunal le hubiera dado a esta prueba, la estimación probatoria que le correspondía al tenor de lo previsto por el artículo 730 del Código Judicial, el resultado del fallo hubiera sido condenando al demandado tal como lo hizo el Juez 1º grado (sic).

"El H. Tribunal fallador se apartó del valor que el artículo 722 del C. J., le da a un dictamen pericial uniforme de los dos expertos que intervinieron en la preindicada diligencia de inspección ocular practicada por el señor Juez de primera instancia; ya que estos estuvieron acordes en la localización e individualización del lote de terreno que mi mandante había adquirido por medio de la escritura pública número 151 del 6 de junio de 1946 de la notaría 1ª del circuito de Ciénaga y hubieron de manifestar en su dictamen que el terreno ocupado por el demandado y que es objeto de la presente reivindicación se hallaba dentro del primero, o sea el globo general delimitado por sus linderos en la súplica 1ª de la demanda".

SE CONSIDERA:

8.—Entre las pruebas cuya práctica solicitó la parte actora, en el primer grado del litigio, figura la inspección ocular con asesoría de peritos. Como materia de dicha prueba fueron formulados estos puntos esenciales: la determinación sobre el terreno, del inmueble adquirido por Isabel Pérez de Campo, según la citada escritura número 151; la localización de la parcela poseída por Aristides Campo Ramírez, e identidad de esta parcela como parte del terreno a que se refiere dicho instrumento público.

"El Juez y los peritos -- dice el acta— identificaron el predio de la diligencia, reconociéndolo por sus linderos con el siguiente resultado: Norte, cultivos de Esther R. de Campo; Este, cultivos antes de Ramón Jimeno, hoy de Gabriel González de la Hoz y herederos de Clementina Ruiz; Sur, con finca de Agripina R. de Fernández y Oeste con finca de Pablo R. Nestler".

Luego agrega: "Seguidamente, se procedió a la identificación del lote ocupado por el demandado, el cual se compone de dos porciones, las que fueron identificadas así: **Primera porción:** Norte, Esther R. de Campo; Este, antes cultivos de Ramón Jimeno, hoy de G. González de la Hoz; Sur, cultivos de Isabel Pérez de Campo; y Oeste, cultivos de Pablo Nestler. **Segunda porción:** Norte, Isabel Pérez de Campo; Este, cultivos antes de Ramón Jimeno, hoy de G. González de la Hoz; Sur y Oeste, Agripina de Fernández".

Los peritos rindieron su concepto, así:

"Recorridos los linderos de la finca delimitados en la escritura que se nos puso de presente, encontramos que los linderos generales del globo de una hectárea y once bancos que recorrimos detenidamente, son los siguientes: Norte, con terrenos cultivados de bananos de Esther R. de Campo; Sur, con finca de bananos de Agripina R. de Fernández; Este, con predios cultivados de bananos antes de Ramón Jimeno hoy de Gabriel González de la Hoz y Oeste, con finca de bana-

nos de Pablo R. Nestler. Así las cosas, pudimos constatar que dentro del predio demarcado con estos linderos existen dos porciones cultivadas de bananos que ocupa y usufructúa el señor Aristides Campo Ramírez, que pudimos delimitar de la siguiente manera: Primera porción: Norte, cultivos de bananos de Esther R. de Campo; Este, cultivos antes de Ramón Jimeno hoy de Gabriel González de la Hoz; Sur, cultivos de la litigante señora Isabel Pérez de Campo y Oeste finca de bananos de Pablo Nestler. Segunda porción: Norte, cultivos de la misma señora Isabel Pérez de Campo; Este, finca hoy de propiedad de Gabriel González de la Hoz; Sur y Oeste, finca de bananos de Agripina R. de Fernández. En la parte del lindero Este del globo general existe un tramo de cerca de alambre de púas en el suelo y un poste de hierro o mojón de los que usa la Compañía Frutera para delimitar predios.

"Se pudo constatar también que todo el globo de terreno que comprenden los linderos generales, está cultivado de bananos y árboles frutales, con riegos y servidumbres para el mismo fin y que las dos porciones ocupadas por el señor Aristides Campo Ramírez tienen una extensión más o menos de una hectárea, la que no pudo ser medida por falta de cinta métrica adecuada. Como la contraparte representada por el doctor Juan B. Payares solicitara ampliación de la diligencia de peritazgo para la medida del globo general que aparece como de propiedad de la señora Isabel Pérez de Campo y habiéndolo concedido el señor Juez en la misma diligencia, concediendo un plazo hasta de ocho días para la continuación de tal diligencia, nos trasladamos en el día de ayer lunes para cumplir dicha mensura y dada la situación del terreno hubimos de dividirlo en dos porciones para su mejor medida, habiéndose obtenido el siguiente resultado: **Primera porción:** Lindero norte 72 metros, lindero sur 19 metros y 50 cms.; Este 147 metros y Oeste 99 metros, que dio un total de 7.503 metros, y la **segunda porción** con estas medidas: Norte 52 mts.; Sur 63 metros; Este, 56 metros y Oeste 115 metros con un resultado de 4.390 metros. Estas dos porciones dan una cabida total al globo de propiedad de la señora Isabel Pérez de Campo de una hectárea y dos mil cuatrocientos treintitrés metros o sea 12.493 metros. Estas medidas fueron tomadas con cinta métrica y haciendo las estacadas correspondientes en cada medida para mejor orientación y base técnica de la mensura".

De la inspección y del dictamen aparece: que la finca comprada por la actora mediante la escritura pública número 151 fue individualizada según la demarcación descrita en el título: que el terreno de la reivindicación consta de dos porciones que el demandado ocupa, delimitadas como se expresa tanto en el acta de inspección como en el concepto pericial, y la extensión superficiaria, además, en esta última pieza.

10.—La sentencia formula la siguiente crítica a la prueba expresada:

"Se hace un estudio comparativo de la diligencia de inspección ocular de primera instancia con la demanda y con la escritura pública número 151 de 6 de junio de 1946.

"1º—En la inspección ocular de 25 de septiembre de 1956 (fl. 8, cuaderno número 2) aparece dividido en dos porciones el globo de terreno cuya reivindicación se pide. En esta inspección ocular, el lindero Norte de la Primera Porción, corresponde con la escritura número 151 de 6 de junio de 1946 y con el libelo, o sea que dicho globo limita con terrenos de la señora Esther R. de Campo.

"2º—Por el lindero sur, también corresponde con el libelo y con la escritura número 151 en parte y se observa:

"El sur del terreno en discusión tiene por límite terreno de la señora Agripina R. de Fernández pero en la inspección ocular, en la primera porción tiene como lindero Sur, terrenos de la señora Isabel Pérez de Campo. Verdad que en esta primera porción no podía figurar el lindero Sur de la escritura número 151, que es lindero general, precisamente por la división que hicieron, pero en ningún caso podían aparecer tierras de la señora Isabel Pérez de Campo.

"Pudo hacerse la división de las dos porciones en el globo de tierra en discusión, para mejor estudio, pero entonces la primera porción tendría como lindero sur, terrenos de la segunda porción. Y la segunda porción tendría como lindero Norte, el terreno de la primera porción; pero en ningún caso, esas dos porciones podrían tener como lindero Sur (la primera porción), y como lindero Norte (la segunda porción), terrenos de la señora Isabel R. de Campo, pues terrenos de esta señora no figuran por ninguna

parte en el libelo, ni en la escritura, como colindancia.

"3º—El lindero Este de la inspección de primera instancia sí se conforma con el libelo y con la escritura número 151, como se dijo.

"4º—El lindero Oeste del libelo, sobre el terreno en discusión, se encuentra 'el pedazo de finca que ha dejado el demandado a la demandante'. En la escritura número 151 figura este lindero Oeste colindando con terrenos del señor Pablo R. Nestler, y en la inspección ocular aparece así en la primera porción, pero en la segunda porción no, sino terrenos de la señora Agripina R. de Fernández. Por consiguiente, en esta inspección ocular hay diferencia en el lindero Oeste, en la segunda porción.

"5º—También se observa, como se dijo, que en esta inspección ocular hay un sector entre las dos porciones que se hizo para mejor medición, sector que se dice pertenecer a la señora Isabel Pérez de Campo, que no figura para nada ni en el libelo, ni en la escritura número 151.

"De lo anterior puede hacerse un resumen:

"A)—El lindero Este de la inspección ocular es el único que se conforma con el libelo y la escritura número 151, pues allí figura como colindante el señor Ramón Jimeno antes, hoy Gabriel González.

"B)—En el lindero Oeste de la segunda porción figuran terrenos de la señora Agripina R. de Fernández, como límite; y esta señora no figura en este lindero Oeste como colindante del globo de tierra en discusión, ya que ella no aparece en el libelo, ni en la escritura número 151, por el citado lado. Allí están: 'pedazo de finca que ha dejado a la demandante y Pablo R. Nestler' respectivamente.

"C)—Las tierras de que se habla en la inspección ocular de primera instancia como pertenecientes a la señora Isabel Pérez de Campo por el sur de la primera porción y por el Norte de la segunda porción de las tierras en discusión son completamente nuevas pues ni en el libelo, ni en la escritura número 151 se mencionan.

"La inconformidad de que se ha hablado llega necesariamente a la conclusión de que ha habido confusión al practicar la inspección ocular de primera instancia y que los documentos que sirven de fuentes de información no están de acuerdo con la mencionada diligencia, y por ello no se puede afirmar que la cosa u objeto en discusión ha sido determinado como lo exige la ley".

11.—Sin embargo, tanto las observaciones del Juez formuladas en el acto de la inspección, como las conclusiones de los peritos, coinciden en estos puntos fundamentales: la determinación material del fundo adquirido por la demandante según la escritura número 151, y la identificación de lo poseído por el reo, dentro de dicho fundo.

La circunstancia de que el área de la reivindicación aparezca en dos porciones, no resta unidad a la cosa respecto de la cual se ejerce la acción, siendo así que ambas partes están dentro de los linderos señalados en la petición segunda de la demanda, y desde luego en la extensión del inmueble que la actora compró mediante la escritura número 151. Hay, pues, uniformidad no sólo en los conceptos de los peritos, sino también armonía entre estos dictámenes y las observaciones del juez, de modo que al negársele el mérito de prueba plena de la identidad del inmueble, incurre la sentencia en error de derecho en la estimación de las mismas probanzas, ya que no se ajusta a lo prescrito en los artículos 722 y 730 del C. J.

Lo cual enseña que la sentencia recurrida debe ser infirmada, porque acreditado el elemento de la identidad, no falta ninguno de los que constituyen la acción de dominio.

Sentencia de instancia

12.—En efecto:

a)—La titularidad del derecho reposa en la adquisición del dominio que en la forma legal hiciera la actora, del terreno cuya restitución persigue, según la escritura número 151, de 6 de junio de 1946, pasada en la notaría primera del circuito de Ciénaga, debidamente inscrita en la oficina de Registro del mismo circuito, el día 17 de julio del citado año.

b)—La posesión del demandado es posterior a esta fecha, según los testimonios de Pedro y Luis Marín (fl. 7 y 17, cuaderno 2º). El demandado no intentó siquiera demostrar el hecho contrario, de modo que según constante doctrina sobre la prueba de la propiedad inmobiliaria, prevalece el título de adquisición anterior al comienzo de la posesión.

c)—Los títulos aducidos por el demandado son extraños al inmueble en referencia, como bien lo anota el fallo de primera instancia, y además, ninguna relación se estableció entre ellos y los

terrenos de la reivindicación, en las inspecciones oculares efectuadas.

d) — La posesión, por parte del demandado, consta acreditada por los testigos Pedro y Luis Marín (fl. 7 y 17 v., cuaderno 2º); por la referida diligencia de inspección ocular, en la cual aparece que el apoderado de Campo Ramírez pidió se midiera la extensión poseída por su representado, y además se lee: "Seguidamente, se procedió a la identificación del lote **ocupado** por el demandado", concepto que corresponde a la observación personal del juez y que fue compartido más tarde, en la segunda instancia, por los peritos que entonces dictaminaron (fl. 32, cuaderno 4º); y por la circunstancia de haber dado respuesta al hecho sobre posesión, a él imputado en el libelo inicial, con un "no me consta", que no concuerda con el deber que al demandado en reivindicación le impone el artículo 214 del C. J., al extremo de que probado como está el dominio de la actora, de todas suertes se haría responsable de la cosa o de su precio.

e) — En la inspección de la segunda instancia (fl. 11 v., cuaderno 4º), fue determinado el inmueble adquirido por la actora, por los mismos linderos del título, y dentro de tal área fue señalada y medida la extensión superficiaria demandada, y aun cuando entre el nuevo dictamen pericial y el rendido en la primera instancia, hay alguna disparidad, inspira más confianza éste, por estar de acuerdo con las observaciones del funcionario que practicó la diligencia.

f) No obstante que el lote de terreno que se reivindica, de acuerdo con la petición segunda de la demandada, compone un solo bloque, y según la prueba de inspección ocular y de peritos de la primera instancia, está compuesto de dos porciones, la condena de restitución se hará en globo, tal como se hizo en la sentencia de primer grado.

g) En cuanto a condena de frutos, no hallándose desvirtuada de manera evidente la presunción de buena fe del demandado (artículo 762 del C. C.), no podrá referirse sino al tiempo corrido con posterioridad a la notificación de la demanda; y en lo que respecta a mejoras, deberán observarse las normas generales que regulan las prestaciones mutuas cuando al poseedor vencido se le considera de buena fe.

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, CASA el fallo proferido en este juicio y como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

Confírmase la sentencia del Juez Segundo Civil del Circuito de Ciénaga, fechada el veintiuno (21) de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), y proferida en el juicio de reivindicación de Isabel Pérez de Campo contra Aristides Campo Ramírez, con la modificación consistente en que la condena al pago de los frutos se refiere a la época comprendida entre el día de la notificación de la demanda y la fecha de la restitución del inmueble, y las indemnizaciones a que haya lugar por concepto de mejoras, se sujetarán a las normas que las regulen en el caso del poseedor vencido de buena fe.

Sin costas en la casación.

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

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

EN LA MEDIDA EN QUE ESTA AFECTADA DE EXTRALIMITACION CON RELACION A LO PEDIDO, SE INVALIDA LA SENTENCIA QUE DECLARO SIMULADOS UNOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES E HIZO DECLARACIONES DE DOMINIO

1.—La personería sustantiva o legitimación ad causam concierne no al proceso como instrumento técnico para la protección a efectividad del derecho subjetivo, sino a la acción como presencia o expresión per se del mismo derecho ante el poder jurisdiccional. Así, la carencia de acción o falta de personería sustantiva en el actor, no es estrictamente una excepción, porque ésta presupone la existencia de la acción que tiende a destruir o enervar.

2.—No es exacto que la sentencia del Tribunal haya dejado de resolver sobre la personería sustantiva del actor, resultando inconsonante con los medios de defensa propuestos por el demandado. Ante todo, porque la carencia de acción o falta de personería sustantiva en el actor, no es estrictamente una excepción, y por otra parte, porque, como es sabido, para que una sentencia adolezca de insuficiencia respecto de las excepciones propuestas, no basta que se haya omitido una decisión especial al respecto, sino que es necesario que como consecuencia de esta omisión haya dejado de desatarse alguna de las cuestiones sometidas a controversia. En el caso de autos, en que la parte resolutiva de la sentencia se encuentra acorde con las consideraciones de la motiva atientes con el derecho de acción deducido en la demanda, el fallo literalmente condenatorio comporta decisión de repulsa a la pretendida excepción de ilegitimad de la personería sustantiva del actor, sin que pueda por lo mismo hablarse de incongruencia en su especie de mínima petita.

3.—Solicitó el demandante que se declarara simulado el contrato contenido en la escritura en que él aparece vendiendo dos inmuebles diferentes, a saber, una casa urbana y una finca rural, y pidió también que se hiciera declaración de dominio a su favor con relación a la finca, sin haber parecida solicitud respecto de la casa. La sentencia del Tribunal declaró, aparte de la simulación del contrato, que el actor era el dueño de los dos inmuebles, motivo que da pie para que se la acusara de extralimitación, y si cargo es fundado. Porque si bien la declaración de simulación tenía que comprender en toda su extensión el contrato, que se ofrece como uno solo aunque verse sobre dos inmuebles, no obstante ello, como el objeto inmediato de una declaración semejante es el de borrar la ficción para dejar al descubierto el verdadero estado de las cosas, y como una venta no implica por sí sola que el vendedor sea el dueño de lo que dice vender ya que la ley llega a admitir la validez de la cosa ajena, quiere decir que si el actor no pidió se le declarase dueño de la casa situada en el centro de la población, el sentenciador no tenía por qué adelantarse a hacer tal pronunciamiento.

4.—El cargo planteado por primera vez en casación, con base en defectos rituales que se le imputan a la admisión de la prueba de confesión por medio de unas posiciones antes de juicio, implica un medio nuevo, que no puede ser atendido por la Corte, cuya doctrina rechaza, como medio de esta especie, el hecho de que una sentencia haya

tomado en consideración elementos probatorios que como tales no tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, acusación que al ser admitida resultaría violatoria del derecho de defensa de los litigantes y refida con la índole y esencia del recurso extraordinario.

5.—Si el mérito del principio de prueba por escrito radica en la circunstancia de entrañar él una confesión que, aunque informal, incompleta o deficiente, hace verosímil el hecho litigioso permitiendo el que por los medios ordinarios de convicción judicial se suplan las deficiencias demostrativas de aquél, sería una antinomia el que no pudiera admitirse, por lo menos con el alcance de ese principio y para todos sus efectos, la confesión de uno de los litigantes que, no demostrando por sí sola el hecho cuestionado en su integridad, sí lo acredita en una de sus fases o parcialmente, haciéndolo verosímil como lo quiere la ley, que confía la ponderación de esa verosimilitud al fuero del juzgador.

6.—El haber prosperado el cargo de incongruencia, sólo porque el fallador procedió extra petita, otorgando una declaración que no le fue pedida, pero cuya supresión en nada afecta a las demás determinaciones del pronunciamiento, que son independientes de aquélla y que por no haber sido desvirtuadas deben quedar en pie, como así lo impone la índole del recurso, es hecho que implica el que los efectos de la casación del fallo se reduzcan a los límites de la incongruencia encontrada, esto es, a eliminar la extralimitación, dejando subsistente el proveído en todo lo demás.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, D. E., veintiocho de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, con fecha 28 de enero de 1959, en el juicio ordinario seguido por Rafael Albarracín frente a María de Jesús Joya de Albarracín y Bonifacio Flechas.

- I -

ANTECEDENTES

1.—Por escritura pública número 127 de 17 de marzo de 1955, otorgada en la Notaría 1ª de Santa Rosa de Viterbo, Rafael Albarracín Patiño dijo vender a María de Jesús Joya viuda de Albarracín, por el precio de cinco mil pesos ($ 5.000.00) que el primero declaró tener recibidos a su satisfacción de manos de la compradora, dos fincas ubicadas en jurisdicción del Municipio de Betéitiva, a saber: una denominada "El Volcán", sita en la vereda del Centro, y otra consistente en una casa de rafa y teja, de dos pisos, en el centro de la población, respectivamente determinadas por los linderos allí indicados.

2.—Días después o sea el 10 de abril de 1955, Rafael Albarracín Patiño y María de Jesús Joya viuda de Albarracín, contrajeron matrimonio católico en la Parroquia de Betéitiva.

3.—Luego, por escritura número 176 de 3 de abril de 1956, de la misma Notaría, María de Jesús Joya de Albarracín dijo vender a Bonifacio Flechas Rincón por el precio de diez mil pesos ($ 10.000.00) que ella declaró tener recibidos a su satisfacción de manos del comprador, las mismas dos fincas de que se trató en la escritura número 127 primeramente nombrada.

4.—María de Jesús Joya de Albarracín resultó separada de hecho de su segundo marido, el demandante Rafael Albarracín, y viviendo con el señor Bonifacio Flechas.

- II -

EL LITIGIO

1.—Así las cosas, con fecha 22 de septiembre de 1956, Rafael Albarracín propuso demanda ordinaria, ante el Juez Civil del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, contra María de Jesús Joya de Albarracín y Bonifacio Flechas, en impetración de lo siguiente:

"PRIMERO.—Que se declare que es simulado, ficticio el contrato contenido en la escritura número 127 de fecha 17 de marzo del año de 1955, corrida ante el Notario Unico del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, otorgada por el señor Rafael Albarracín Patiño y en el cual dice vender

a María de Jesús Joya de Albarracín, de las condiciones anotadas, una finca denominada 'El Volcán', situada en vereda de Centro de la jurisdicción de Betéitiva y, cuyos linderos generales son los siguientes: 'Por el pie, con de Simpliciano Alfonso, zanjón al medio: por un costado, con del vendedor, por linderos reconocidos hasta la fecha; por cabecera, deslinda con del camino real hasta encontrar una mata de dividive; y, por el último costado, vuelve de para abajo pasando por una mata de fiquetón y, de allí, sigue a dar a un zanjón, sigue todo éste abajo a encontrar el punto de partida, linda con de herederos de Juan B. Perico, con de Benilda Rojas, con herederos de Benjamín Téllez y, queda encerrado' dentro de la cual se encuentra una casa de rafa y teja;

"SEGUNDO Que, se declare que es simulado, ficticio el contrato contenido en la escritura número 176 de fecha 3 de abril del año de 1956, corrida ante el Notario Unico de Santa Rosa de Viterbo, otorgada por María de Jesús Joya de Albarracín, mediante la cual dice vender a Bonifacio Flechas exactamente la misma finca a que se contrae el punto inmediato anterior;

"TERCERO. — Que; como consecuencia de las anteriores peticiones, se cancelen los registros de las escrituras citadas, es decir, tanto de la escritura número 127 como de la número 176 a que se contraen los puntos inmediatos anteriores;

"CUARTO.—Que, se declare que mi mandatario, Rafael Albarracín de las condiciones anotadas es el único dueño, el propietario exclusivo de la finca a que se contrae la primera deprecación de este libelo;

"QUINTO. Que, se condene a los demandados en las costas de este juicio, caso de oposición".

Los hechos de la demanda son en sustancia los siguientes:

Que fueron de pocas semanas los amores previos al matrimonio que, ambos en segundas nupcias, contrajeron Albarracín y la demandada Joya, quien antes de casarse consiguió que el primero "le hiciera la escritura de la finca denominada 'El Volcán', dentro de la cual se encuentra una casa" (hechos 1º, 2º, 3º y 4º); que, luégo, los esposos se establecieron en Duitama en donde "Albarracín le estableció una tienda para asuntos de negocios" (5º); que "la mujer no pagó precio alguno por la finca a que se contrae la escritura cuya simulación se trata" (6º); que posteriormente, la Joya dijo en posiciones que "la escritura se la hicieron por pago de prestaciones sociales" (7º); que estando los cónyuges establecidos en Duitama, la mujer "fue requerida en amores por Bonifacio Flechas quien, prácticamente, desbarató el hogar de Albarracín-Joya" (8º); que una vez que la Joya absolvió las posiciones "procedió a hacer escritura a Bonifacio Flechas con quien huyó para la ciudad de San Gil, escritura de la finca denominada 'El Volcán' a que se contraen las dos escrituras que se demandan como simuladas" (9º); que la acción se ha intentado contra Joya y Flechas, por estar ambos de acuerdo en perjudicar los intereses del actor y en "hacer más difícil la persecución de los derechos del verdadero titular de ellos" y que esa forma de obrar de los demandados "es conocida del público y su dolo se encuentra debidamente establecido" (10º y 11º); que "a pesar de haberse dicho en la escritura que la Joya había hecho entrega material y real de la finca de 'El Volcán', situada en Betéitiva a Bonifacio Flechas, éste no ha entrado a ejercitar este derecho por cuanto que sabe que el acto es simulado, porque no hubo pago de precio" (12º); y que "el traspaso de los bienes los hizo la Joya, viviendo ya con Flechas y, como antes se dijo, para hacer más difícil la acción de la justicia" (13º).

En derecho fundóse el pedimento en los artículos 1.494, 1.524, 1.602, 1.603, 1.618, 1.740 y 1.849 y demás pertinentes del Código Civil.

2.—Los demandados al contestar la demanda, exigieron que el actor pruebe los hechos primero, segundo, cuarto y quinto; negaron el hecho tercero, si con él se pretende significar que la Joya empleó argucia o ardid alguno para obtener el otorgamiento de la escritura pública de que allí se habla; negaron los demás hechos; se opusieron a todas las peticiones del libelo, rechazando la aplicabilidad de las disposiciones en éste invocadas; y propusieron por último las excepciones perentorias de petición de modo indebido, ilegitimidad de la personería sustantiva de las partes y todo otro hecho que enerve en el fondo las acciones propuestas.

3.—Además, el demandado Flechas interpuso demanda de reconvención contra Albarracín para que se hagan las siguientes declaraciones y ordenaciones:

PRIMERA. — Que el reconviniente Flechas es dueño del terreno llamado "El Volcán", situado en la vereda del Centro de la jurisdicción de Be-

téitiva, y de la casa de rafa y teja, constante de dos pisos, ubicada dentro del área de la población del mismo nombre, fincas determinadas por los linderos que para cada una de ellas allí se indican y que son los mismos con que se especificaron en las escrituras números 127 de venta de Rafael Albarracín a María de Jesús Joya y 176 de venta de esta última a Flechas;

SEGUNDA.—Que, en subsidio, Flechas tiene mejor derecho que Albarracín a los referidos inmuebles;

TERCERA.—Que, como consecuencia de cualquiera de estas declaraciones, se condene a Albarracín a entregar a Flechas o a quien sus derechos represente los mismos bienes, dentro de los seis días contados desde la ejecutoria de la respectiva sentencia o en el término que el Juzgado señale;

CUARTA.—Que, igualmente, como consecuencia de cualquiera de las dos primeras súplicas, se condene a Albarracín a pagar a Flechas o a quien sus derechos represente, los frutos naturales y civiles que los referidos inmuebles hayan producido y produzcan desde el día 3 de abril de 1956 hasta el en que se verifique la entrega solicitada, considerando al reconvenido como poseedor de mala fe, o simplemente los producidos desde la notificación de la demanda de reconvención hasta el día de la mencionada entrega; y

QUINTA.—Que si Albarracín se opusiere, se le condene en costas.

Como hechos de la reconvención se expresan los siguientes:

1º—Que mediante la escritura número 127 de 17 de marzo de 1955, de la Notaría 1ª de Santa Rosa de Viterbo, Albarracín vendió a la Joya los inmuebles referidos; 2º—que en tal instrumento se declaró que el vendedor confiesa tener recibido el precio de cinco mil pesos, de manos de la compradora, a quien desde ese día le hace entrega real y material de los inmuebles de que se trata; 3º—que mediante la escritura número 176 de 3 de abril de 1956, de la citada Notaría, la Joya vendió a Flechas esos mismos inmuebles; 4º—que, a pesar de los dichos actos de enajenación, Albarracín continuó en la posesión material de los bienes de que se trata, posesión que actualmente detenta, a partir del 3 de abril de 1956, obstinado en no entregar lo que dejó de ser suyo; 5º—y que el mismo Albarracín como poseedor o detentador material de tales bienes se ha aprovechado, durante todo ese lapso, de los frutos correspondientes.

En punto a derecho sustantivo, el contrademandante invoca especialmente los artículos 946 y 952 del Código Civil y de modo general el Título 12 del Libro Segundo de la misma obra.

Albarracín contestó la demanda de reconvención, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones en ella contenidas, "por carecer de razón y justicia"; y en cuanto a los hechos replicó así:

"El 1º: No es cierto. Puesto que no hubo pago del precio de los inmuebles negociados, el contrato contenido en la escritura pública que se cita es inexistente. Y el contrato es simulado;

"El 2º: No es cierto. Siendo simulado el aludido contrato de compraventa, ni se transfirió el dominio de los inmuebles de que se trata, ni mucho menos hubo entrega de los mismos a la demandada María de Jesús Joya; sino que el demandante continúa y continuó ejerciendo la posesión exclusiva de tales inmuebles;

"El 3º: No es cierto. Por lo mismo que la demandada María de Jesús Joya no adquirió ni la propiedad ni la posesión de tales inmuebles, no podía transferir el dominio de tales inmuebles a su concubino Bonifacio Flechas;

"El 4º: Es cierto. Porque mi mandante Rafael Albarracín es el propietario y poseedor exclusivo de tales bienes. Se acepta, pues, la confesión del demandado reconviniente.

"El 5º: Es cierto. Porque como propietario y poseedor tiene pleno derecho a usufructuar lo que es suyo;

"El 6º: Me atengo a lo que se demuestre".

Finalmente, arguye que en la venta hecha por la Joya a Flechas "tampoco hubo pago del precio de los inmuebles"; y que "Ese segundo contrato también es simulado e inexistente; y, además, se resiente del vicio del dolo y la inmoralidad por parte de María de Jesús Joya, quien no solamente abandonó el hogar y traicionó a su legítimo esposo, hurtándose lo que pudo, sino que en forma simulada vendió los inmuebles de que se trata, de propiedad de su esposo, a su concubino".

4.—Concluyó la primera instancia con fallo de 10 de abril de 1958, en que el Juez del Circuito resolvió:

I.—Declarar simulado o ficticio el contrato contenido en la escritura número 127 de 17 de marzo de 1955, de la Notaría Única del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, por la cual Rafael Albarracín Patiño dice vender a María de Jesús Joya de

Albarracín la finca de 'El Volcán"; e igualmente simulado el contrato de venta que figura en la misma escritura de la casa de dos pisos, con cuatro piezas con su respectivo corredor y patio y sitio en que está construída, ubicada en el centro de la población de Betéitiva y de que habla la misma escritura mencionada;

II.—Declarar que es simulado o ficticio el contrato contenido en la escritura número 176 de 3 de abril de 1956, de la propia Notaría, en que la Joya de Albarracín dice vender a Bonifacio Flechas esas mismas fincas;

III.—Ordenar "sean cancelados los registros de las escrituras citadas";

IV.— Declarar que "Rafael Albarracín es el dueño o propietario de las fincas a que se hace mención anteriormente";

V.—Absolver al mismo Albarracín "de los cargos que se le formularon en la contrademanda por el señor Bonifacio Flechas; y

VI.—Condenar a los demandados Joya y Flechas, en las costas del juicio.

3.—Apelado por los dos últimos este pronunciamiento, fue confirmado en toda sus partes por el Tribunal Superior, mediante sentencia de 28 de enero de 1959, contra la cual ha recurrido en casación la parte vencida.

- III -

EL FALLO RECURRIDO

El Tribunal, luego de hacer la reseña de la controversia en todos sus aspectos, procedió a elaborar su criterio con los mismos elementos de que se sirvió para formular el suyo el juez de primera instancia, cuya exposición hizo propia aquél, reproduciéndola textualmente en parte principal. Allí se afirma en sustancia lo siguiente: que todo contrato puede ser en principio acusado de simulación, ya directamente por quienes lo suscribieron, ya por sus herederos o acreedores, siendo, según los casos, diferente la forma de la prueba; que las peticiones de la demanda principal versan sobre una simulación absoluta; que la parte demandada sostiene que hubo solamente una simulación relativa del primer contrato, con lo que acepta que sí hubo un consentimiento distinto al señalado en el instrumento que lo recoge, pero que como no probó el hecho en que intentó fundar semejante extremo, ello y los demás elementos probatorios del proceso inducen a la conclusión de que la ficción del mismo contrato fue absoluta; y, que, aunque es verdad que la simulación no puede repercutir en perjuicio de terceros de buena fe, esta razón no asiste en el caso a Bonifacio Flechas, con quien la Joya fraguó ficticiamente la segunda compraventa o sea la contenida en la escritura 176, para evitar que prosperase la acción de Albarracín contra la venta que éste había otorgado a La Joya mediante la escritura número 127. Luego, el Tribunal se detiene a considerar: a) que si, en relación con la simulación del contrato instrumentado en la escritura número 127, "se ha reconocido eficacia como prueba a la declaración confesional de la demandada María de Jesús Joya de Albarracín, hecha en las diferentes posiciones que absolviera, en cuanto categórica y paladinamente afirma o reconoce no haber verificado pago alguno en dinero efectivo del precio que allí figura estipulado, aparecen de autos múltiples circunstancias que corroboran y confirman aquella simulación.... cuya trascendencia es innegable para configurar debidamente el alcance de aquella confesión y para producir en el juzgador la convicción de que tal contrato fue simulado y no tuvo causa real y lícita. Tales son: la posesión continuada, ostensible y de aprovechamiento económico de los inmuebles respectivos por parte del aparente vendedor, sin interrupción alguna, por sí solo, como único dueño y señor, con posterioridad a la celebración del mencionado contrato y hasta la fecha; su concurrencia, como dueño y señor responsable, al pago del correspondiente impuesto predial o de catastro; y la apreciable incapacidad económica por parte de la presunta compradora, dada su categoría de sirvienta o doméstica que ella misma invoca, para pagar o desembolsar el precio o suma de CINCO MIL PESOS ($ 5.000.00)m. l. que se hizo figurar en el mismo contrato, como su afirmación y reclamo de haber prestado servicios que debían remunerarse, desde la edad de cinco años, cuando lejos de servir era persona que exigía, naturalmente, atenciones y cuidados"; b) y en relación con la simulación del contrato que aparece en la escritura número 176, dice que a la calificación que el juez a quo hiciera de la mala fe en el presunto adquirente Bonifacio Flechas, cabe agregar "un hecho más que la confirma y es el de que su DEMANDA para el reconocimiento de su pretendido dominio en los inmuebles y consiguiente entrega de ellos a su favor, sólo se produjo EN RECONVENCION y,

puede decirse, en razón de la demanda principal encaminada a destruir la existencia aparente de los contratos simulados y mucho tiempo después (1 año) de que aquella escritura se otorgara, circunstancia bien significativa en contra de quien aparece en ella entregando de contado, en dinero efectivo, como precio de la venta, la no insignificante y sí apreciable suma de DIEZ MIL PESOS ($ 10.000.00) moneda legal". Finalmente dice que, reconocida la doble simulación, "se hace inoficioso entrar a hacer estudio a fondo sobre la demanda de reconvención, porque si los derechos del actor quedaron reconocidos, natural es que las pretensiones del contrademandante sean negadas, precisamente por carencia de título eficaz para el reconocimiento o prosperidad de la acción propuesta por él".

Tales son los fundamentos en que se apoyó el Tribunal para confirmar la sentencia de primer grado.

- IV -

LA IMPUGNACION

La parte recurrente formula sus cargos en cinco capítulos, tocantes los del capítulo primero con la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, y los demás con la causal primera.

Capítulo 1º

1.—En relación con la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, se acusa a la sentencia por dos motivos, a saber: No estar en consonancia con los medios de defensa propuestos por el demandado; y haber resuelto sobre más de lo pedido por el demandante.

a)—En cuanto a lo primero se dice que el fallo no resolvió sobre la ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante, ni siquiera sobre los defectos formales del libelo, que fueron cuestiones deducidas desde un principio por vía de excepción.

A intento de fundar las tachas, alega el recurrente que el sentenciador, al ocuparse de la simulación del contrato recogido en la escritura número 176 de 3 de abril de 1956, olvidó que Rafael Albarracín no fue parte en este contrato, por lo cual y no siendo causahabiente de ninguno de los que lo celebraron, carecía de personería sustantiva para impugnarlo por simulación; y que "contribuye a clarificar este planteamiento la consideración de que el actor propuso la acción de simulación contra el contrato de la escritura número 176 en forma principal e incondicionada, es decir, no derivada de la anterior (la referente al contrato de la escritura 127)... Albarracín instauró, pues, esa acción principal y directamente contra esa negociación y entonces era necesario verificar si tenía o no facultad para hacerlo, cuestión que precisamente fue la propuesta a nombre de los demandados desde un principio".

b)—Que al decidir el Tribunal sobre la acción de dominio propuesta en forma principal y autónoma por el demandante Albarracín en la súplica cuarta del libelo, el Tribunal condena a más de lo allí pedido.

Se hace consistir este reparo en que Albarracín pidió la declaración de dominio a su favor sobre la finca denominada "El Volcán", cuyas especificaciones se expresaron en el punto primero del petitum; pero que en ninguna parte de la demanda se solicitó igual declaración de dominio respecto de la casa de rafa y teja, ubicada en el centro de la población de Betéitiva, que es finca distinta de esotra. "No obstante eso el fallador, al declarar la simulación de la escritura 127, extiende su decreto 'a la venta que figura en la misma escritura de la casa...' en referencia, cosa por demás innecesaria y sobre manera antitécnica, pues se trata de un contrato y no de dos, y en el punto cuarto de la parte resolutiva de ese proveimiento declara que 'Rafael Albarracín es el dueño o propietario de las fincas a (sic) que se hace mención anteriormente', siendo así que la acción correspondiente, según se ha explicado, versó únicamente sobre una sola de esas fincas. Así el fallador decretó más de lo pedido".

La Corte considera:

1º—No es exacto que el Tribunal hubiera dejado de resolver sobre la llamada excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor.

Ante todo, porque la personería sustantiva o legitimación ad causam concierne, no al proceso como instrumento técnico para la protección o efectividad del derecho subjetivo, sino a la acción como presencia o expresión per se del mismo derecho ante el poder jurisdiccional. Así, la carencia de acción o falta de personería sustantiva en el actor, no es estrictamente una excep-

ción, porque ésta supone la preexistencia de la acción que tiende a destruir o enervar. (XLVII, 1943, pág. 475).

Por otra parte, es sabido que para que una sentencia adolezca de insuficiencia respecto de las excepciones propuestas, no basta que se haya omitido una decisión especial al respecto, sino que es necesario que por consecuencia de esta omisión haya dejado de desatarse alguna de las cuestiones sometidas a controversia.

Todo lo cual quiere decir que, en el caso de autos, en que la parte resolutiva de la sentencia se encuentra acorde con las consideraciones de la motiva tocantes con el derecho de acción deducido en la demanda, el fallo literalmente condenatorio comporta decisión de repulsa a la pretendida excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, sin que pueda por lo mismo hablarse de incongruencia en su especie de "**mínima petita**".

2º. Tampoco deja margen a reparo de incongruencia, el hecho de que el sentenciador no se hubiera pronunciado respecto de los pretendidos defectos formales del libelo inicial, porque, por un lado, en la hipótesis de que éstos existiesen, hubieran podido ser materia de la excepción dilatoria de inepta demanda, que ciertamente no fue propuesta; y, por otro, de la lectura de la demanda de Albarracín no aparece que ésta, dentro del marco de las acciones intentadas, falte a los requisitos exigidos por la ley para poder provocar una sentencia de mérito.

3º.—Es, en cambio, fundado el cargo de que el Tribunal se extralimitó al confirmar el punto cuarto de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, en cuanto allí se declaró que Albarracín es el dueño de la casa de dos pisos, con su respectivo corredor, patio y sitio en que está construída, ubicada en el centro de la población de Betéitiva, porque esta declaración de dominio respecto de tal casa, que es un inmueble distinto de la finca de "El Volcán", no fue impetrada en la demanda.

Si bien el actor suplicó se declarase la simulación de los contratos instrumentados en las escrituras números 127 y 176 y si cada uno de ellos considerado en sí mismo se ofrece como uno solo, resultando que la declaración así pedida, al ser otorgada, tenía que comprenderlos en toda su extensión, no obstante ello, como el efecto inmediato de una declaración semejante es el de borrar la ficción para dejar al descubierto el verdadero estado de las cosas, y como una venta no implica por sí sola que el vendedor sea el dueño de lo que dice vender ya que la ley llega a admitir la validez de la cosa ajena, quiere decir que si Albarracín no pidió se le declarase dueño de la casa situada en el centro de la población, el sentenciador no tenía por qué adelantarse a hacer tal pronunciamiento.

Debe, empero, advertirse que la procedencia del cargo en este punto especial, por su misma índole no podrá obrar sino sobre la parte de la sentencia en que ésta resulta afectada de extralimitación o "extra petita", lo que envuelve la necesidad de proceder al estudio de los demás cargos, pues si éstos no prosperan el fallo tendrá que mantenerse en pie en todo lo que del mismo se encuentre en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Capítulo 2º

1.—Dice el impugnante que "Al afirmar el H. Tribunal, con base en la contestación que diera la demandada Joya a la undécima pregunta de las posiciones absueltas antes de proponerse la demanda (extrajuicio), que así comprendidas las cosas, la confesión hecha, la que se repite en aquellas posiciones por varias veces, sirve para atender el requisito exigido o sea el de considerar que hay una confesión judicial suficiente para poder llevar adelante este negocio, con éxito' incurrió en errores de derecho y de hecho manifiestos que lo llevaron a violar los artículos 660, 756, 1405, 1500, 1502, 1524, 1758, 1759, 1766, 1769, 1949, 1951, 1928 y 1934 del C. C.";

que "La pregunta que dió origen a la pretendida confesión quedó concebida así: 'Diga la absolvente cómo es cierto, sí o no que como consecuencia de lo anterior, ésta no pagó dinero de naturaleza alguna al vendedor, o sea al peticionario por concepto de compra de dicha finca de 'El Volcán'. Y la absolvente María de Jesús Joya contestó: 'Yo no pagué dinero, por la finca de 'El Volcán', porque como esta escritura me la hacía por el valor de mi trabajo, el cual nunca me pagaron en dinero, sino que me prometieron dejarme a cuenta de mis servicios; o sea desde la edad de seis años hasta los diez y ocho años y aún después de casada con mi primer marido, por ser de la familia me dejó sirviéndole y a cuenta del va-

lor de mis servicios prestados a mi madrina y al peticionario, quienes eran cónyuges entre sí, a cuenta de ese servicio fue que me escrituraron 'El Volcán' ".

2.—El error de derecho o valoración de esa confesión lo hace derivar de dos circunstancias, a saber: que el artículo 610 del Código Judicial prescribe que la solicitud para interrogar en posiciones antes de establecerse la demanda debe dirigirse al juez competente, que en este caso era el del Circuito de Santa Rosa de Viterbo y no el de Duitama, ante quien fueron solicitadas; y que, implicando esa petición una gestión judicial encaminada únicamente a la preconstitución de una prueba, no podía ser hecha según el artículo 1º de la ley 69 de 1945 sino mediante abogado en ejercicio, calidad que no tiene el demandante Albarracín, quien personalmente hizo la solicitud. Que, en consecuencia, no habiéndose producido esa prueba de acuerdo con los requisitos de la ley, el Tribunal al admitirla incurrió en error de derecho acerca de su valor legal.

3.—El error de hecho en la apreciación de la misma prueba y que el recurrente califica de manifiesto, lo hace consistir en que el fallador estimó que mediante ella resulta confesada o reconocida la simulación del contrato consignado en la escritura Nº 127, atribuyendo a dicha declaración "una significación que no tiene" o extendiéndola "a hecho o circunstancia que la declarante no reconoció, dado el sentido gramatical y obvio de sus palabras"; y que, como el actor por ser parte en el contrato de la escritura número 127, no podía demostrar su simulación, según los artículos 1767 del C. C. y 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, sino con otra escritura o con la confesión o con un principio de prueba por escrito acompañado de otros medios probatorios, nada de lo cual se produjo, quiere ello decir que el sentenciador, al considerar erróneamente que la referida deposición de la demandada configuraba una confesión de la simulación absoluta de tal contrato y al apoyarse en esa prueba para declararlo así, infringió por este aspecto los preceptos legales anteriormente citados.

Se considera:

4.— a) Que la referida confesión de María de Jesús Joya en posiciones antes de juicio, no fue objetada en ninguna de las instancias por la parte recurrente, quien antes bien en sus alegatos de conclusión la invocó, sin reservas, a intento de deducir prueba de que la escritura Nº 127 abriga un contrato serio, afectado cuando mucho de simulación relativa. Así, el cargo planteado por primera vez en casación con base en defectos rituales que le imputan a la admisión de esa prueba, implica un **medio nuevo**, que no puede ser atendido por la Corte, cuya doctrina rechaza, como medio de esta especie, el hecho de que una sentencia haya tomado en consideración elementos probatorios que como tales no tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, acusación que al ser admitida resultaría violatoria del derecho de defensa de los litigantes y reñida con la índole y esencia del recurso extraordinario (XLIII, 1911-1912, págs. 724 a 733; LXXXIII, 2169, pág. 71-81; LXXXII, 2167, pág. 610).

Pero si este reparo fuese viable, en nada desvirtuaría las conclusiones sacadas por el sentenciador de esa confesión antes del juicio, pues siempre quedarían en pie sostenidas en la absolución de posiciones evacuada por la misma Joya dentro del término probatorio de la primera instancia, en donde la deponente dió respuestas de idéntico significado al de la hecha en su primera confesión, objeto de la tacha. Y sin que sea atendible la pretensión de que el Tribunal no se refirió en el punto a la absolución de posiciones dentro del juicio, cual lo quisiera el recurrente: pues bien claro aparece que el juzgador, en la parte conclusiva de su exposición, al proyectar sinópticamente los motivos estructurales de su convicción respecto de la simulación discutida, dijo: "...se ha reconocido eficacia como prueba a la declaración confesional de la demandada María de Jesús Joya de Albarracín, hecha **en las diferentes posiciones que absolviera**, en cuanto categórica y paladinamente afirma o reconoce no haber verificado pago alguno en dinero efectivo del precio que allí figura estipulado ...." (se subraya). Con lo que ciertamente se refirió a una y otra absolución de posiciones, siendo de rigor procesal que una locución semejante, si fuera ambigua, tendría que entenderse en orden a la presunción de que el sentenciador conoció todos los elementos probatorios de la causa para fundarse en ellos, y no que los ignoró.

b) No encuentra la Corte que el Tribunal haya incurrido en error de hecho manifiesto en la

apreciación de la sobredicha confesión de la Joya, así la rendida antes del juicio como la surtida dentro del mismo, porque para que tal error existiese se necesitaría que el sentenciador hubiera leído esa confesión en forma distinta a como está naturalmente consignada en los autos o que a sus términos, tomados literalmente, les hubiera hecho decir lo que ellos no significan, según el sentido natural y obvio de las mismas palabras. Pero, nada de ello acaece en la forma como el juzgador vió y apreció la referida confesión; sino que, en uso de su poder discrecional de crítica, la encontró divisible para aceptar la parte en que la confesante dijo no haber pagado dinero alguno en razón del precio, y desecharla en lo demás por no hallarse probado.

c) Resulta, pues, que el Tribunal, al tomar esa confesión, así dividida, en asocio de otros medios probatorios de tipo indiciario a ella eslabonados, para tener por demostrada la simulación absoluta del contrato contenido en la escritura número 127, no violó los textos legales que, en punto a probar la simulación en los actos patrimoniales solemnes o por documento privado en que se trate de un derecho de más de quinientos pesos de valor, exigen contraescritura o confesión o al menos principio de prueba por escrito complementado con otros medios, cuando el litigio se traba entre las mismas partes simulantes, porque si el mérito del principio de prueba por escrito radica en la circunstancia de entrañar él una confesión que, aunque informal, incompleta o deficiente, hace verosímil el hecho litigioso, permitiendo el que por los medios ordinarios de convicción judicial se suplan las deficiencias demostrativas de aquél, sería una antinomia el que no pudiera admitirse, por lo menos con el alcance de ese principio y para todos sus efectos, la confesión de uno de los litigantes que, no demostrando por sí sola el hecho cuestionado en su integridad, sí lo acredita en uno de sus fases o parcialmente, haciéndolo verosímil como lo quiere la ley, que confía la ponderación de esa verosimilitud al fuero del juzgador.

En conclusión: No encontrándose ninguno de los yerros de apreciación probatoria alegados, la sentencia acusada no ha quebrantado los preceptos de la ley sustancial que en el encabezamiento del cargo se citan como infringidos.

Capítulo 3º

1.—El cargo que en este capítulo se contiene está planteado así:

Si se considera o piensa que con la comentada declaración de la demandada Joya produjose una confesión de la misma, el H. Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de esa prueba que lo llevó a violar los artículos 669, 756, 1945, 1502, 1524, 1758, 1759, 1768, 1769, 1848, 1857, 1928 y 1934 del C. C. al afirmar que 'alegada pues la compensación como motivo y razón del contrato por parte de la demandada, esa compensación es una excepción y como tal tiene que estar sujeta a prueba por parte de quien la alega' ".

Como precepto de valoración probatoria infringido, cita el recurrente el artículo 609 del Código Judicial, según el cual "la confesión se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho; pero si el confesante agrega hechos distintos y separados que no tengan íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tiene la obligación de probar".

2.—A intento de demostrar el cargo, dice: Que cuando la Joya confesó no haber pagado dinero por la finca de "El Volcán", agregó que "esa escritura" se la hizo el demandante para pagarle el valor de unos servicios, hecho éste —el de debérsele servicios— anterior al otorgamiento de la escritura; que según esta confesión, lo que se operó en el contrato de la escritura Nº 127 fue una dación en pago y no una compensación, la cual supone que dos personas sean recíprocamente deudoras; que, cuando las salvedades de la confesión que admite el hecho versan sobre circunstancias de lugar, tiempo y modo contemporáneas al mismo hecho productor de la obligación, la confesión es claramente indivisible; que, siendo ello así, el sentenciador, al admitir la declaración de la Joya en cuanto ésta confesó no haber pagado precio alguno en dinero, y rechazarla en lo demás, violó el principio de la indivisibilidad, incurriendo en error de derecho en la apreciación de esa prueba; y que, merced a este error, aceptó otros medios probatorios no admisibles en el caso, y así vino a declarar la simulación absoluta de tal contrato, violando en definitiva las disposiciones sustantivas citadas al principio de este capítulo.

Se considera:

3.—Asentado quedó ya que no hubo error de hecho en la vista del Tribunal sobre la confesión

de la Joya. Cualquiera, pues, que sea el calificativo que él le haya dado a la situación planteada con el hecho añadido por la deponente para explicar la razón del acto ostentado en la escritura número 127, es lo cierto que el Juzgador estimó tal hecho como constitutivo de una excepción, que no demostró la demandada. Así las cosas, el problema se confina al ámbito del prudente arbitrio del sentenciador, cuyo juicio sobre la divisibilidad o indivisibilidad de una confesión explicada importa una cuestión de hecho, intocable en casación mientras no sea desvirtuada por error evidente de esta última especie.

Es por ello, por lo que "En más de una ocasión ha dicho la Corte que **no puede encontrarse** error **de derecho** en la apreciación que haga el Tribunal de ser divisible o indivisible una confesión explicada, pues puede decirse que ha quedado a la interpretación o arbitrio de los jueces la calificación de que el hecho confesado y añadido como explicación al hecho principal, sea separable o inseparable de éste' " (XII, pág. 370; XXXIX, 1883, pág. 476; LXXIX, 2149, pág. 290).

Así, el cargo de que se trata resulta improducente.

Capítulo 4º

1.—El cargo que va ahora a estudiarse se hace consistir en que, al afirmar el Tribunal la existencia de hechos demostrativos de que el móvil de la escritura Nº 176 otorgada por la Joya a Flechas fue el de evitar que prosperase la acción de simulación contra la primera, poniendo los bienes fuera del alcance del actor, y que "comprobado el amancebamiento el que por otra parte está confesado, es aceptable y es plena prueba de que dentro de tal estado no hubo más que una confabulación entre los concubinos para burlar los derechos de un marido", "incurrió en errores de derecho y de hecho manifiestos en la apreciación de los medios probatorios tenidos en cuenta por él para deducir esa conclusión y también de otros, actuantes en el pleito, que subestimó o dejó de tener en cuenta para formular esa misma conclusión, errores que lo llevaron a violar los artículos 768, 769, 1495, 1500, 1502, 1759, 1765, 1766, 1849 y 1857 del C. C.".

2.—Como argumentos de esta acusación aduce en síntesis los siguientes: Que el juzgador para llegar a semejante aserto fundóse exclusivamente en que, según los testigos Antonio Rodríguez, Albino Gil y Carlos Perico y lo declarado por Flechas en posiciones dentro del juicio, María de Jesús Joya, algún tiempo después de su matrimonio con Rafael Albarracín, abandonó el hogar conyugal para unirse en concubinato con Flechas, circunstancia que estimó suficiente para dar por establecido que el último tuvo conocimiento de la simulación contenida en la escritura número 127, esto es, que la Joya no era la verdadera dueña de los bienes, y concluir así que no puede Flechas ser considerado como tercero de buena fe y que es también simulado el contrato de la escritura número 176; que esos testigos, a los que se agregan Nazario Perico y Miguel León, declararon en general de oídas, sin que de sus testimonios aparezca ninguna circunstancia relativa al trato íntimo entre la Joya y Flechas, ni al conocimiento que de ello tuviera el público, por lo cual no prueban el supuesto concubinato o relaciones ilícitas entre estos dos; que la confesión de Flechas en posiciones, sobre que se funda el Tribunal, de que él "reconoció ser cierto que 'vive con la señora María de Jesús Joya de Albarracín', así como que ésta se separó de su esposo, desde hacia algún tiempo (diez y ocho meses)", es hecho por sí mismo inocuo, del que es absolutamente erróneo deducir el reconocimiento de que entre Flechas y la Joya existían las mencionadas relaciones ilícitas cuando se otorgó la escritura número 176; que resalta el yerro del sentenciador en la afirmación de que Flechas con esa declaración reconoció que la Joya había abandonado el hogar conyugal, siendo así que la pregunta correspondiente sólo se refiere al hecho de que ella se separó simplemente de su esposo, lo que por otra parte no es un hecho personal del absolvente; que el error de hecho en la apreciación de esa prueba culmina, cuando el juzgador sostiene que, como consecuencia de esas relaciones ilícitas o dentro de ellas, se produjo la negociación de la escritura número 176, pues el declarante Flechas dijo expresamente: "Si es cierto, pero aclaro que le compré esos bienes antes de vivir con ella, como un año antes"; que los hechos tenidos en cuenta por el fallador son inconducentes a demostrar que Flechas hubiera sabido que la escritura número 127 fue simulada, y que debiendo presumirse así su buena fe, según el artículo 768 del C. C., no cabe deducir confabulación entre él y la Joya al celebrar el contrato de la escritura 176; que esto es tanto más cierto cuanto que el Tribunal dejó de estimar "todos

aquellos hechos enunciados en la misma demanda y en el interrogatorio propuesto para las posiciones extrajuicio, referentes a que la negociación de la escritura Nº 127 se hizo para disfrazar una donación entre vivos por causa de matrimonio y a que esa escritura fue otorgada con anterioridad al matrimonio, habiendo convivido después de éste los cónyuges en la población de Duitama en perfecta armonía y correspondencia conyugales"; que en las posiciones extrajuicio se leen las siguientes preguntas formuladas por Albarracín a la Joya: "Diga la absolvente cómo es cierto, si o no, que ella aceptó el matrimonio conmigo, bajo la base de que yo procedería a hacerle escritura de parte de mis bienes....", "Diga la absolvente cómo es cierto, si o no, que en esta forma, y para que me acompañara y me atendiera, le hice escritura de una finca denominada 'El Volcán' y mitad de una casa, situados en la vereda del Centro, jurisdicción de Betéitiva?"; que estas afirmaciones de Albarracín se relacionan con la respuesta que el mismo diera al absolver posiciones en el juicio, cuando dijo que otorgó la escritura 127 "mediante proposición de ella de venta y confianza con la buena voluntad de ella me la pagaría..."; y finalmente que estas pruebas, relativas al contrato de la escritura número 127, de evidente repercusión sobre el de la número 176, fueron subestimadas o no tenidas en cuenta por el fallador, quien de no haber procedido así hubiera forzosamente concluido "que cuando más se configuró allí una simulación relativa, negando, en consecuencia, las súplicas de la demanda principal porque en ellas se propuso la acción de simulación absoluta".

Se considera:

Los reparos que en este cargo se hacen a la apreciación de pruebas por el sentenciador, pueden entenderse formulados bajo tres aspectos: a) estimación equivocada de unas pruebas; b) falta de apreciación de otras; c) error en la conclusión sacada del conjunto probatorio.

a) En cuanto a lo primero, no está demostrado que el sentenciador les hubiera hecho decir a los testigos Rodríguez, Gil y Perico expresiones distintas de las que éstos pronunciaron, que en eso consistiría el error de hecho. Así, el testigo Rodríguez al contestar a la pregunta de si la Joya abandonó a Albarracín para irse a hacer vida marital con Flechas, contestó: "Eso también es cierto, puesto que está a la vista de todo el mundo que abandonó al marido para irse a vivir con don Bonifacio Flechas en la misma ciudad de Duitama", declaración esta que no puede tildarse como hecha por referencias. Si los demás testigos declararon de oídas, aunque ello apenas serviría para probar la fama pública en el particular (artículo 698 del C. J.), con todo no dejaría de subsistir demostrado el hecho de la convivencia de Flechas y la Joya y de que la escritura número 176 de 3 de abril de 1956 se otorgó dentro de esta última situación, porque ello resulta, como lo entendió el Tribunal, de la propia confesión de Flechas, relacionando las respuestas que dió en posiciones de ser cierto que él vive con la Joya y de que ésta se separó de Albarracín unos diez y ocho meses antes del 2 de julio de 1957 en que tales posiciones se absolvían, cuestión esta aceptada por el propio apoderado de Flechas en su alegato de conclusión de primera instancia, cuando, tratando de explicar el alcance de esa confesión; dice: "El ha afirmado simplemente que, nótese bien, a partir del abandono o despido de que fue víctima María de Jesús Joya por parte de su esposo Rafael Albarracín, con aquélla ha vivido..." Ni es de recibo el aserto de que la declaración del demandado Flechas de estar viviendo con la Joya, no demuestra la existencia de relaciones concubinarias entre éstos, porque declaración semejante tenía el Tribunal que tomarla según el sentido natural y obvio de las mismas palabras, las que por las circunstancias en que fueron provocadas y la forma en que fueron dichas, no se prestan a equívoco alguno respecto del significado que les diera el sentenciador.

b) En cuanto a lo segundo o sea la falta de estimación de probanzas, no indica el acusante qué enunciaciones de la demanda dejó de tener en cuenta el Tribunal, quien por otra parte transcribió íntegramente la relación de los hechos en la sentencia. Ni aparece evidente que éste hubiera desconocido las susodichas preguntas de Albarracín en el pliego de peticiones formulado antes de trabarse el litigio, ni las posiciones absueltas por el mismo Albarracín, dentro del juicio, habiéndose el Tribunal referido a las últimas en lo relacionado con la cuestión de si el demandante podía considerarse, sí o no, como deudor de servicios a la demandada; y aunque no se pronunció expresamente sobre el significado de unas y otras en lo que de las mismas señala el

recurrente, la conclusión final a que llegó en el análisis del cuadro probatorio, conclusiva de simulación absoluta, no pugna abiertamente con aquellas preguntas y respuestas a que alude el impugnante, cuyos términos se muestran un tanto anfibológicos en las primeras e imprecisos en la última, existiendo por otra parte pugna manifiesta entre cualquiera de las inferencias que de ellas pudieran deducirse y lo sostenido por los demandados a lo largo del proceso, de que la Joya recibió la discutida transferencia en pago de servicios, que es extremo que no aparece demostrado.

c) Finalmente, por lo que hace a la conclusión que, en proceso de crítica indiciaria, sacó el sentenciador, de ser absolutamente simulados los contratos de las dos escrituras Nos. 127 y 176, no ofreciéndose yerro de valoración ni error ostentoso de hecho en la estimación del haz probatorio, según está discurrido, quiere decir que la convicción que al respecto se haya formado el Tribunal se refugia en su fuero interno, bajo cortina de autonomía que no puede tocar la Corte en casación.

No prospera, pues, el cargo.

Capítulo 5º

1.—Se alega infracción directa de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 1766 del Código Civil e interpretación errónea de los artículos 1495 y 1625 ibidem.

Lo primero se hace consistir en que "el H. Tribunal expresamente reconoce que con la presunta confesión de la demandada Joya quedó establecida o acreditada una simulación relativa, vale decir, que con el otorgamiento de la escritura pública Nº 127 realmente no se celebró el contrato de compraventa sino otro muy distinto, que él llama de 'compensación'..."; que frente a ese hecho, el Tribunal ha debido declarar "la validez o ineficacia del acto secreto u oculto, desde luego en relación con los pedimentos de la demanda"; y que no fue eso lo que hizo, sino que "procedió sin otro fundamento a decretar la simulación absoluta, pretextando que la parte demandada no había logrado probar el acto oculto o secreto, por él llamado 'de compensación'. Así aplicó indebidamente la citada disposición sustantiva..."

Lo segundo o sea la errónea interpretación de los artículos 1495 y 1625, pretende fundarla en que la definición del contrato contenida en el primero y el concepto de compensación como medio de extinguir las obligaciones que trae el segundo, los entendió equivocadamente el sentenciador "al sostener que las partes celebraron, como oculto o inaparente, un contrato 'de compensación' cuando otorgaron la citada escritura pública Nº 127", siendo así que la compensación no implica acuerdo de voluntades y opera por el sólo ministerio de la ley.

Se considera:

2.—Si se toma íntegramente, en su integridad, el razonamiento del juzgador, no se encuentra que haya sostenido que en el contrato de la escritura número 127 hubo una simulación relativa, para luego, quebrantando toda lógica, declarar la existencia de una ficción total. Lo que él claramente quiso decir fue que la Joya al declarar que no había pagado precio alguno en dinero, sino que la escritura se le otorgó en pago de servicios, intentó sostener una simulación relativa, una compensación del valor de esos servicios, o sea que no negó la existencia en principio de una simulación; pero que, como no probó esa deuda a su favor por servicios, de que resultaría la llamada compensación, el acto quedaba emplazado en el terreno de la simulación absoluta.

No aparece así indebidamente aplicado el artículo 1766 del C. C.

3.—Como atrás se dijo al despachar el cargo del Capítulo 3º, resulta intrascendente el calificativo que el Tribunal le haya dado a la excepción invocada por la Joya al absolver posiciones y con que los demandados pretendieron defenderse en el juicio, desde luego que la resolución se fundó no en la denominación del caso, sino en la circunstancia de no haberse probado el hecho alegado como excepción.

Es, por lo tanto, improcedente el reparo de errónea interpretación de los artículos 1495 y 1625 en referencia.

— V —

CONSIDERACIONES PARA LA RESOLUCION DE INSTANCIA

1.—El haber prosperado el cargo de incongruencia, sólo porque el fallador procedió extra petita, otorgando una declaración que no le fue pedida, pero cuya supresión en nada afecta a las

demás determinaciones del pronunciamiento, que son independientes de aquélla y que por no haber sido desvirtuadas deben quedar en pie, como así lo impone la índole del recurso, es hecho que implica el que los efectos de la casación del fallo se reduzcan a los límites de la incongruencia encontrada, esto es, a eliminar la extralimitación, dejando subsistente el proveído en todo lo demás.

En consecuencia, habrá de modificarse el ordinal IV de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, para excluir de la declaración de dominio que allí se hace en favor de Rafael Albarracín la casa construida de paredes, palos y tejas de barro que consta de dos pisos, con cuatro piezas con su respectivo corredor y patio y sitio en que está construida, ubicada en el centro de la población de Betéitiva y de que habla la escritura número 127 de 17 de marzo de 1955, de la Notaría Única del Circuito de Santa Rosa de Viterbo.

2.—Cumple observar que tal exclusión en nada varía, por lo que hace al mismo inmueble, los presupuestos de la resolución que deniega la acción reivindicatoria reconvencionalmente interpuesta por Bonifacio Flechas. Porque, declarada la simulación absoluta de los contratos contenidos en las escrituras números 127 y 176, Flechas queda desprovisto de toda titularidad para poder reivindicar contra Rafael Albarracín.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha veintiocho (28) de enero de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, y en su lugar

RESUELVE:

PRIMERO.—Confírmanse los ordinales primero (I), segundo (II), tercero (III), quinto (V) y sexto (VI) de la sentencia de primera instancia de fecha diez (10) de abril de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), pronunciada en esta causa por el Juez Civil del Circuito de Santa Rosa de Viterbo;

SEGUNDO.—Sustitúyese el ordinal cuarto (IV) de la parte resolutiva de la misma sentencia, por la siguiente declaración, a saber: Declárase que Rafael Albarracín es el dueño de la finca denominada "El Volcán" a que se hace mención en la primera parte del ordinal primero (I) de la misma resolución;

TERCERO.—Condénase a la parte apelante en las costas de la segunda instancia.

Sin costas en el recurso de casación.

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

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



ERROR DE DERECHO EN LA SENTENCIA ACUSADA, EN CUANTO CONDENO A LA SUCESION DEMANDADA A PAGAR INTERESES LEGALES EN VEZ DE LOS CORRIENTES, EN RELACION CON EL CREDITO DEDUCIDO EN SU CONTRA Y A FAVOR DEL DEMANDANTE

1.—Sabido es que en punto al recurso extraordinario, el poder decisorio de la Corte se circunscribe estrictamente a los límites de la impugnación, la que para ser atendida debe satisfacer las exigencias al efecto imperadas por la misma ley y que constituyen lo que en doctrina se ha llamado 'técnica de la casación'. Débese ello a que lo enjuiciado en este recurso no es la controversia en que los litigantes se trabaron, como thema decidendum, sino la sentencia del Tribunal de segunda instancia en sí misma considerada o como thema decisum, a efecto de que por la Corte se resuelva si ese pronunciamiento, que llega amparado bajo presunción de acierto, se conforma, sí o no, con la ley sustancial en lo decisorio o con determinadas garantías de orden público en lo procesal.

2.—Tratándose de la acusación de un fallo por la causal primera de casación en cualquiera de sus fases, los cargos necesariamente tienen que contener la demostración de que el juzgador violó la ley sustancial, esto es, la determinante de los derechos subjetivos que fueron materia del litigio, violación que ha de ser tratada como directa cuando el impugnante esté conforme con la apreciación que el sentenciador haya hecho de las pruebas tanto in jure, como in facto, y como indirecta cuando al sentenciador se le impute error, ya de derecho, ya de hecho evidente, en la estimación de los medios probatorios, que lo condujo al término de quebrantar la ley sustancial en la solución de la controversia.

3.—Sea que de violación directa o de indirecta se cuestione, el recurrente debe, al indicar los preceptos sustanciales quebrantados, señalar el motivo por el que lo fueron, es decir, si por omisión, cuando se dejaron de aplicar al caso del pleito habiendo debido serlo o por aplicación indebida cuando se les empleó no siendo los pertinentes al caso, o por interpretación errónea cuando, siendo los adecuados, empero se los entendió y por tanto aplicó en un sentido distinto al de la mente de la ley.

4.—No tiene mérito acusatorio alguno en casación, como indicación de preceptos violados, la que se hace por referencia a los concordantes de otros, sin individualizar los concordantes, porque eso no concreta nada. La acusación se polariza en los artículos de la ley que singularmente se hayan citado como infringidos.

5.—Cuando de infracción indirecta se trata, el impugnante, además de indicar concretamente los preceptos sustanciales quebrantados y el motivo por el que lo fueron, debe señalar, en forma igualmente concreta, los medios probatorios en cuya apreciación cometiera el fallador el error de derecho o de hecho manifiesto que se le imputa, y demostrar el cargo. Lo cual significa que tendrá que indicar en el primer caso, el precepto de valoración probatoria violado y el sentido en que lo haya sido; y en el segundo, el error de hecho, que sólo cabe "o bien cuando existiendo en el proceso una prueba que demuestra evidentemente que un hecho ocurrió, el sentenciador no la ve,

es decir, la ignora, concluyendo en consecuencia que tal hecho no está demostrado; o cuando no existiendo en el proceso una prueba, el sentenciador la presupone, para, con base en ella, dar por probado un hecho" (XCI, 868).

3.—No existe texto legal que preceptúe que el poder especial para celebrar el contrato de venta envuelve en sí mismo la facultad de celebrar el contrato de promesa de venta, que es un acto jurídico diferente del primero, no necesariamente su antecedente y que crea responsabilidades especiales distintas, tales como la de indemnización de perjuicios en caso de mora o incumplimiento de la promesa, y como el poder conferido por el demandante lo fue textualmente para que su mandataria "venda, en globo total o por parcelas, al contado o a plazos", los bienes allí determinados, "con amplias facultades para parcelar, fijar linderos, fijar y recibir los precios de venta y remitir los dineros al poderdante, firmar las respectivas escrituras y asegurar los pagos", sin la determinación expresa de la voluntad del mandante respecto de ningún otro punto relativo a la ejecución del poder, resulta que la apreciación que el sentenciador hizo de no estar la mandataria autorizada por aquél para celebrar contratos de promesa de venta, no es en modo alguno violatorio de los textos legales citados por el recurrente, artículos 2.160, 2.168, 1.605 del C. Civil y 89 de la Ley 153 de 1887.

7.—Determinar las facultades del mandatario es una operación de mera interpretación del poder, de modo que, si no se trata de cláusula cuyo efecto o alcance esté prefijado por la ley, la inteligencia que el legislador se haya formado del mandato, en orden a calificar si incluye o no ciertas atribuciones, es una cuestión de hecho en cuya apreciación él es autónomo, en tanto que ésta no adolezca de error evidente, único caso en que podría ser desconocida en casación.

8.—Son dos las hipótesis en que, según el artículo 2.182 del Código Civil, está el mandatario obligado al abono de los intereses corrientes: 1º cuando haya empleado en utilidad propia los dineros del mandante; 2º cuando el mandatario sea constituido en mora de pagar el saldo que de las cuentas resulte en su contra. En el caso de autos el actor demandó a la sucesión por cantidades determinadas que, según sostiene, le quedó debiendo la causante en virtud de negocios realizados por ella como mandataria suya; y la sucesión demandada no hizo objeción alguna. Resulta, pues, que, aunque procesalmente no se ha tratado de un juicio de cuentas, el fallo de segunda instancia, en cuanto la condena a pagar parte de lo impetrado por el demandante, debe tener en este punto el mismo efecto de un pronunciamiento definitivo en juicio de cuentas, es decir, limitado a los precisos negocios de que se dedujo por el sentenciador la cantidad materia de la condenación. Entonces, los intereses que han debido imponerse a la sucesión responsable, a partir del día en que ella esté en mora de pagar la obligación dedacida a su cargo, son los corrientes por aplicación del artículo 2.182, 2ª parte, del C. Civil, y no únicamente los intereses legales como erradamente lo decidió la sentencia acusada.

9.—Demandó el actor a la sucesión para que le fueran reconocidas por los herederos ciertas sumas de dinero que la causante le quedó debiendo en razón de negocios realizados por ella como mandataria suya. Con arreglo al artículo 2.182 del C. Civil, la sucesión demandada debe al demandante los intereses corrientes del saldo en contra de ella decretado en la sentencia, desde que haya sido constituida en mora. Pues bien, este momento será aquel en que venza el término de los seis días a partir de la ejecutoria de la sentencia, fijado por ésta para el pago de lo adeudado, hecho que envuelve un perfecto requerimiento judicial, constitutivo de mora en aplicación de lo dispuesto por el ordinal 3º del artículo 1.608 del C. Civil. (V. Fernando Vélez, VIII, 248). Así que, respecto de las cantidades que integran el monto materia de la condenación, los referidos intereses corrientes no se cuentan desde cuando aquellas fueron recibidas por la causante.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, D. E., veintiocho de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo con fecha 22 de enero de 1959, en el juicio ordinario seguido por Joselyn Rodríguez Daza frente a la sucesión de Matilde Rodríguez Daza.

- I -

EL LITIGIO

1.—Joselyn Rodríguez Daza demandó a la sucesión de Matilde Rodríguez Daza representada por Luis Ernesto, Aura Rosa, María Noema o Noemí, María Antonia, Silvio Raúl, María Ilda y Blanca Leonor Rodríguez a quienes cita como herederos de la causante en el carácter de sobrinos legítimos de la misma, los cuatro primeros por derecho de representación de su padre legítimo Marco Aurelio Rodríguez y los tres últimos por derecho de representación de su padre legítimo Oliverio Rodríguez, para que mediante juicio ordinario se hicieran por sentencia definitiva las declaraciones y condenas que se concretan adelante.

2.—Como HECHOS constitutivos de la causa petendi expuso los que se compendian así:

PRIMERO.—Que por medio de la escritura número 5.089 de 20 de noviembre de 1945, de la Notaría 2ª de Bogotá, el actor confirió a su hermana Matilde Rodríguez Daza mandato para vender, en globo o por parcelas, unos terrenos de pertenencia del mandante, situados en la vereda de "Puertachiquita", de la jurisdicción de Pesca, fijara los precios y recibiera el valor de las ventas, bienes que hubo por compra a Santos Rodríguez y Agustina Daza mediante escritura número 802 de 17 de diciembre de 1923 y por herencia de sus padres;

SEGUNDO. Que en ejecución del encargo, la mandataria celebró algunos contratos de venta y de promesa de vender, los cuales se singularizan en el pedimento, habiendo ella recibido en razón del precio de lo vendido y por cuenta de las promesas, la cantidad de cuatro mil ochocientos pesos ($ 4.800.00) moneda legal;

TERCERO.— Que la mandataria no entregó a su poderdante el dinero expresado en el punto anterior;

CUARTO.—Que el actor, por medio de su nombrada hermana, dio varias parcelas de terreno para ser sembradas en compañía a distintas personas, con el fin de que las cosechas fueran repartidas por mitad, compañías cuyo producto o utilidad para el actor representa las cantidades de nueve mil ciento cincuenta pesos ($ 9.150.00) y de trescientos pesos ($ 300.00) (hechos 4º y 5º).

QUINTO.—Que por encargo del demandante, la mandataria recibió la participación del mismo en las sobredichas siembras en compañía, pero que aquélla dispuso de su valor sin haberlo entregado al mandante (hecho 6º);

SEXTO. Que facultada por el actor, la misma Matilde Rodríguez Daza otorgó a distintas personas arrendamientos de varias porciones de terreno de propiedad de aquél, por razón de los cuales la apoderada recibió por lo menos la suma de mil pesos ($ 1.000.00) que no entregó al poderdante (hecho 7º);

SEPTIMO.—Que según carta adjunta a la demanda, Matilde Rodríguez Daza hizo saber a su mandante que los dineros por ella recibidos y a éste correspondientes, no se los enviaba sino que los colocaba en la Caja de Ahorros de Pesca, a cuenta de sus menores hijos o de su persona, lo que así no hizo, ni los entregó a su dueño (hecho 8º);

OCTAVO. — Que, muerta la señorita Matilde Rodríguez Daza, su obligación de restituir tales cantidades al demandante, se transmitió a la sucesión de la misma o sea a quienes la representan como herederos (hecho 9º);

NOVENO. Que los demandados Luis Ernesto, Aura Rosa, María Noema o Noemí y María Antonia Rodríguez son hijos legítimos del finado Marco Aurelio Rodríguez, quien fue hermano legítimo de Matilde Rodríguez Daza, y los demandados Silvio Raúl, María Ilda y Blanca Leonor Rodríguez son hijos legítimos del finado Oliverio Rodríguez, quien fue hermano legítimo de la misma Matilde, representando así cada estirpe a su respectivo padre en la sucesión de Matilde Rodríguez Daza (hecho 11).

3.—Con apoyo en estos hechos, el actor pide en síntesis sentenciar lo siguiente:

PRIMERO.—Que la sucesión de Matilde Rodríguez Daza, representada por sus referidos herederos, es deudora del demandante Joselyn Rodríguez Daza, de las siguientes cantidades: a) cuatro mil ochocientos pesos ($ 4.800.00), monto de los dineros que la nombrada causante, como mandataria que fue del actor, recibió por las ventas de terrenos de éste, que hizo a Félix Rodríguez y Mercedes Ferrucho mediante la escritura número 18 de 10 de enero de 1946, de la Notaría de Pesca; a Rafael López y Leticia Landínez mediante la escritura número 186 de 1º de abril de 1949, de la misma Notaría, y también a los dos últimos mediante la escritura número 290 (sic) de 3 de junio de 1949, de la misma Notaría; b) dos mil pesos ($ 2.000.00) que la nombrada causante, en su calidad dicha, recibió por razón de la promesa de venta que, mediante documento de 18 de octubre de 1954, celebró con Domiciano Chaparro y su esposa; y trescientos pesos ($ 300.00) que la propia causante, en el mismo carácter, recibió por razón de otra promesa de venta que celebró con Rafael López.

SEGUNDO.—Que la sucesión de Matilde Rodríguez Daza es deudora del demandante Joselyn Rodríguez Daza, de la suma de nueve mil cuatrocientos cincuenta pesos ($ 9.450.00) o en subsidio de la que por peritos se estime, por concepto de la parte de cosechas que correspondió al demandante en las siembras en compañía, de terrenos de su propiedad y que la misma Matilde Rodríguez Daza recibió de varias personas, entre ellas de Aurelio Rivera y Vicente Ortiz.

TERCERO.—Que la sucesión demandada debe al actor la suma de mil pesos ($1.000.00) o la que por peritos se fije como valor de arrendamientos de lotes de terreno de propiedad de aquél, que recibió la misma causante.

CUARTO.—Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la sucesión de Matilde Rodríguez Daza, representada por sus herederos conocidos, a pagar al demandante Joselyn Rodríguez Daza las cantidades de dinero de que se declare deudora a la sucesión referida, más sus intereses corrientes hasta que se verifique el pago.

QUINTO.—Que, en caso de oposición, se condene a los demandados a pagar las costas del juicio.

4.—En derecho invoca el libelo los artículos 1.008, 1.011, 1.043, 1.411, 1.625, 1.626, 1.637, 2.142, 2.150, 2.155, 2.159, 2.168, 2.182 y demás pertinentes del Código Civil, 21 de la Ley 45 de 1936 y 737 y siguientes del Código Judicial.

De los varios demandados, ninguno de los cuales se hizo representar, sólo contestó Silvio Raúl Rodríguez Galán, quien personalmente manifestó aceptar "por ser ciertas, y hallarse debidamente probadas, todas las súplicas de la parte petitoria de la demanda, lo mismo que todas y cada una de las razones de hecho y de derecho en que se funda...". Los demás guardaron silencio.

5.—El Juez de primer grado resolvió no acceder a las peticiones de la demanda y condenar al demandante en las costas correspondientes.

6.—Por apelación de éste, surtióse la segunda instancia, que remató con sentencia del Tribunal, de fecha 22 de enero de 1959, por la cual se REVOCO la del inferior y, en su lugar se dispuso:

"PRIMERO.—Declárase que la sucesión de Matilde Rodríguez Daza, representada por sus herederos, quienes han figurado como demandados, señores doctor Luis Ernesto Rodríguez, Aura Rosa Rodríguez, María Noema o Noemí Rodríguez, María Antonia Rodríguez de Zeller, Silvio Raúl Rodríguez, María Ilda Rodríguez y Blanca Leonor Rodríguez de Hernández, DEBE al demandante, doctor Joselyn Rodríguez Daza, la cantidad de UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 1.750.00) moneda corriente, más los intereses legales sobre las distintas sumas que la integran, desde cuando fueron recibidas por la causante y hasta el día en que se verifique el pago, CANTIDAD que deberá pagar la expresada SUCESION dentro del término de seis días, a partir de la ejecutoria de esta sentencia, junto con los intereses mencionados y a favor del actor, el citado doctor Joselyn Rodríguez Daza.

SEGUNDO.—Absuélvese a la misma sucesión de la señorita Matilde Rodríguez Daza, representada como se ha dicho, de todos los demás cargos formulados contra ella en la demanda; y

"TERCERO.—No se condena en costas a ninguna de las partes".

- II -

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

1.—Acusada en casación por el actor la sentencia del Tribunal, se le formularon en el ámbito de la causal primera, cinco cargos, todos los

cuales califica el recurrente como de violación indirecta de ley sustantiva y cuyo examen se hará luego. Pero, dado que en su formulación se observan fallas de índole técnica de decisiva influencia en el despacho de los mismos, convendrá exponer previamente, como fundamento de éste, las siguientes sucintas consideraciones:

2.—Sabido es que en punto al recurso extraordinario, el poder decisorio de la Corte se circunscribe estrictamente a los límites de la impugnación, la que para ser atendible debe satisfacer las exigencias al efecto imperadas por la misma ley y que constituyen lo que en doctrina se ha llamado "técnica de casación".

3.—Débese ello a que lo enjuiciado en este recurso no es la controversia en que los litigantes se trabaron, como **thema decidendum**, sino la sentencia del Tribunal de segunda instancia en sí misma considerada o como **thema decisum**, a efecto de que por la Corte se resuelva si ese pronunciamiento, que le llega amparado bajo presunción de acierto, se conforma, sí o no, con la ley sustancial en lo decisorio o con determinadas garantías de orden público en lo procesal (C. J. artículo 520).

4.—Tratándose de la acusación de un fallo por la causal primera de casación en cualquiera de sus fases, los cargos necesariamente tienen que contener la demostración de que el juzgador violó la ley sustancial, esto es, la determinante de los derechos subjetivos que fueron materia del litigio, violación que ha de ser tratada como DIRECTA cuando el impugnante esté conforme con la apreciación de que el sentenciador haya hecho de las pruebas tanto in jure como **in facto**, y como INDIRECTA cuando al sentenciador se le impute error, ya de derecho, ya de hecho evidente, en la estimación de los medios probatorios, que lo condujo al término de quebrantar la ley sustancial en la solución de la controversia.

5.—Sea que de violación directa o indirecta se cuestione, el recurrente debe indicar los preceptos sustanciales quebrantados y el motivo por el que lo fueron, es decir, si por **omisión**, cuando se dejaron de aplicar al caso del pleito habiendo debido serlo, o por **aplicación indebida** cuando se les empleó no siendo los pertinentes al caso, o por **interpretación errónea** cuando, siendo los adecuados, empero se les entendió y por tanto aplicó en un sentido distinto al de la mente de la ley. Ni tiene mérito acusatorio alguno, como indicación de preceptos violados, la que se haga por referencia a los concordantes de otros, sin individualizar los concordantes, porque eso no concreta nada. La acusación se polariza en los artículos de la ley que singularmente se hayan citado como infringidos.

6.—Mas, cuando de infracción indirecta se trata, el impugnante, además de tener que cumplir con las exigencias de que se acaba de hablar, debe señalar concretamente los medios probatorios en cuya apreciación cometiera el fallador el error de derecho o de hecho manifiesto que se le imputa, y demostrar el cargo. Lo cual significa que tendrá que indicar en el primer caso, el precepto de valoración probatoria violado y el sentido en que lo haya sido; y en el segundo, el error de hecho, que sólo cabe: "o bien cuando existiendo en el proceso una prueba que demuestra evidentemente que un hecho ocurrió, el sentenciador no la ve, es decir, la ignora, concluyendo en consecuencia que tal hecho no está demostrado; o bien cuando no existiendo en el proceso una prueba, el sentenciador la presupone, para, con base en ella, dar por probado un hecho" (XCII, 2225-2226, pág. 863).

- III -

LOS CARGOS

1.—**Primero.** Violación indirecta de los artículos 30 de la Constitución Nacional, 1.500, 1.524, 2.160 y sus concordantes (sic) del Código Civil y 89 de la Ley 153 de 1887, "debido a la errada interpretación que el Tribunal sentenciador le da a lo que comprende la recta ejecución del mandato expresado en la escritura 5.089 citada, quebrantando directamente el artículo 2.157 del mismo Código, para desconocer y vulnerar los derechos que mi poderdante adquirió mediante la escritura 802 otorgada el 17 de diciembre de 1923 en la Notaría de Pesca, derechos que se hallan debidamente determinados en el poder y cuya violación se halla evidenciada por la parte resolutiva de la sentencia acusada...".

Como única argumentación, se alega que la sentencia cede sin causa real y lícita a la sucesión demandada trece mil quinientos pesos ($ 13.500.00) que recibió la causante Matilde Rodríguez Daza, resultantes tanto de los frutos que produjo el inmueble determinado en la escritura 5.089 constitutiva del poder y de parte del precio de la promesa de compraventa cele-

brada con Domiciano Chaparro y señora, según el documento que la contiene y el recibo expedido a favor del mismo Chaparro por dos mil pesos ($ 2.000.00), como del recibo a favor de Rafael López por trescientos pesos ($ 300.00), documentos que fueron presentados con la demanda y se hallan pericialmente cotejados con la carta de la causante que obra en autos y con las escrituras de las ventas que ésta otorgó en la Notaría de Pesca.

Se observa:

2.—No indica el recurrente en qué sentido fueron violados los artículos de la Constitución y de la ley que él cita como infringidos, ni cuál el medio o extremo de la sentencia en que se desconozcan o vulneran los derechos que el demandante adquirió por medio de la escritura número 802 de 17 de diciembre de 1923, de la Notaría de Pesca, ni cuáles las pruebas respecto de cuya apreciación incurriera el sentenciador en error de hecho, pues las que el causante trae a cuento meramente las invoca como elementos de argumentación a modo de un alegato de instancia.

Por lo mismo, es vano el cargo.

3.—Segundo. Está formulado así: "La sentencia acusada viola también indirectamente los arts. 2.160, 2.168 y sus concordantes (sic) del Código Civil, el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y los artículos 597, 630, 637, 645, 653, 654, 655, 656 y concordantes (sic) del Código Judicial ya que aquéllos contienen las disposiciones especiales de lo que comprende la recta ejecución del mandato, pero fueron quebrantadas al aseverar que no encaja en el mandato la promesa de compraventa celebrada entre la mandataria, Domiciano Chaparro y señora, porque tal aseveración implica el desconocimiento de las amplias facultades y autorizaciones legales conferidas por el poder y dichos artículos, lo mismo que todas las emanadas de los artículos 1.494, 1.500, 1.501, 1.502, 1.503, 1.505, 1.602, 1.603, 1.323 del mismo Código Civil, los cuales resultan quebrantados por los errores de hecho y de derecho en que evidentemente se incide en la sentencia, al desconocerle las amplias atribuciones legales y contractuales de que estaba investida la procuradora de mi poderdante".

Se considera:

4.—Como se ve, no indica el recurrente el sentido en que fueron quebrantados todos los preceptos de carácter sustancial a que él se refiere, cuya conexidad con el reparo que concretamente formula no se advierte sino en los tres artículos primeramente citados y en el 1.505 del Código Civil, por razón de los cuales cabe ocuparse del cargo.

5.—No existiendo texto legal que preceptúe que el poder especial para celebrar el contrato de venta envuelve por sí mismo la facultad de celebrar el contrato de promesa de venta, que es un acto jurídico diferente del primero, no necesariamente su antecedente y que crea responsabilidades especiales distintas, tales como la de indemnización de perjuicios en caso de mora o incumplimiento de la promesa, y como el poder conferido por el demandante a la señorita Matilde Rodríguez Daza mediante la escritura número 5.089 de 20 de noviembre de 1945, de la Notaría 2ª de Bogotá, lo fue textualmente para que "venda, en globo total o por parcelas, al contado o a plazos" los bienes allí determinados (cláusula 1ª), con "amplias facultades para parcelar, fijar linderos, fijar y recibir los precios de venta y remitir los dineros al poderdante, firmar las respectivas escrituras y asegurar los pagos" (cláusula 3ª), sin la determinación expresa de la voluntad del mandante respecto de ningún otro medio relativo a la ejecución del poder, resulta que la apreciación que el sentenciador hizo de no estar la mandataria autorizada por aquél para celebrar contratos de promesa de venta, no es en modo alguno violatorio de los textos legales citados.

6.—Porque, determinar las facultades del mandatario es una operación de mera interpretación del poder, de modo que, si no se trata de cláusulas cuyo efecto o alcance esté prefijado por la ley, la inteligencia que el juzgador se haya formado del mandato, en orden a calificar si incluye o no ciertas atribuciones, es una cuestión de hecho en cuya apreciación él es autónomo, en tanto que ésta no adolezca de error evidente, único caso en que podría ser desconocida en casación.

Es, por lo tanto, improcedente el cargo.

7.—Tercero. La sentencia viola indirectamente el artículo 2.182 del C. C., porque condena a la sucesión demandada al pago de los intereses legales sobre los dineros que la causante recibió al

efectuar los negocios respectivos, cuando ha debido condenarla en los intereses **corrientes**, que son los que el mandatario está obligado a pagar según el citado precepto, con lo que, dejando de aplicar la norma especial que éste contiene, se aplicó indebidamente la general del artículo 1.617 ibidem.

Se considera:

8.—Aunque calificada la violación de indirecta, su simple planteamiento, del que no resulta ocasionada por yerro alguno de estimación probatoria, la señala como directa, carácter en el que ha de ser estudiada por la Sala.

9.—Tratándose del mandato civil, son dos las hipótesis en que, según el artículo 2.182 del Código de la materia, está el mandatario obligado al abono de los intereses corrientes: 1º cuando haya empleado en utilidad propia los dineros del mandante: 2º cuando el mandatario sea constituido en mora de pagar el saldo que de las cuentas resulte en su contra.

10.—En el caso de autos, aunque procesalmente no se ha tratado de un juicio de cuentas, pues que el actor demandó por cantidades determinadas, que sostiene produjeron ciertos negocios realizados por la mandataria a nombre de aquél, sin que por la sucesión demandada se hubiera hecho oposición en sentido alguno, resulta que el fallo de segunda instancia, en cuanto la condena a pagar parte de lo impetrado por el demandante, debe tener en este punto el mismo efecto de un pronunciamiento definitivo en juicio de cuentas, es decir, limitado a los precisos negocios de que se deduja por el sentenciador la cantidad materia de la condenación.

11.—Entonces, los intereses que el Tribunal ha debido imponer a la sucesión responsable a partir del día en que ella esté en mora de pagar la obligación deducida a su cargo, son los corrientes, por aplicación de lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2.182 del Código Civil. Pero como únicamente la condenó a los intereses legales, quebrantó directamente este precepto, por lo cual la censura en el particular es procedente.

12.—Sin embargo, como el reparo sólo incide sobre una declaración atinente a efecto accesorio de la obligación principal reconocida, cual es el de los intereses, sin que por sí solo tenga alcance sobre lo demás del pronunciamiento, se hace preciso estudiar los cargos restantes.

13.—**Cuarto.** Se acusa a la sentencia de violar indirectamente los artículos **1.757, 1.759, 1.762, 1.763, 1.765, 1.769, 2.158** y sus concordantes (sic) del Código Civil y los arts. 597, 630, 637, 693, 697, 705, 722, **724, 730** y concordantes (sic) **del Código** Judicial, "porque tanto las pruebas que se presentaron con la demanda como las que se pidieron y practicaron dentro del término de prueba tienen el valor probatorio consagrado por dichos artículos, pero el sentenciador les da otro valor diferente, como sucede con la escritura poder número 5.089 a la que le niega las amplias facultades legales y contractuales que tanto allí como por los artículos 2.158, 2.180, 2.168 y concordantes del Código Civil, le confieren a la mandataria para celebrar precontratos, compraventas, 'comprar los materiales para el cultivo y beneficio de las tierras', y en la recta ejecución del mandato emplear tanto los medios estipulados por el mandante como todos los medios equivalentes a que la necesidad obligare para obtener de ese modo el completo objeto del mandato".

Se observa:

14.—Que no determina el recurrente en qué sentido fueron quebrantadas las disposiciones del Código Civil a que en este cargo se alude; que, salvo la referencia a la escritura de poder número 5.089, no indica concretamente, esto es singularizándolas, cuáles son las pruebas a que asignara el Tribunal un valor diferente del que legalmente les corresponde; y que, en lo tocante con la inteligencia dada por el juzgador al mencionado poder, el reparo que en este punto se hace ya quedó despachado desfavorablemente al impugnante en el estudio del cargo tercero, estudio cuyas razones se dan por reproducidas aquí, agregando ahora que el Tribunal no tenía por qué considerar como incluída en el poder la facultad de "comprar los materiales para el cultivo y beneficio de las tierras", pues en ningún pasaje de su texto aparece tal atribución, ni ésta puede por ley deducirse de ese mandato, el que sólo lo fue para vender en globo o por parcelas, y consiguientemente parcelar, los bienes en él contemplados, pero no para beneficiarlos con explotaciones agrícolas.

Es vano el cargo.

15.—**Quinto.** Se hace consistir en que la sentencia viola indirectamente el art. 1.769 y sus concordantes (sic) del Código Civil y los artículos 603, 604, 605, 606, 608, 609 y sus concordantes (sic) del Código Judicial, porque no tuvo en

cuenta ni la confesión extrajudicial que el recurrente pretende hizo la señorita Matilde en la carta que en los primeros días de 1955 escribió a su mandante y de la que el acusador presenta un extracto parcial acomodado a su intención, ni la confesión judicial que, al contestar el traslado de la demanda, hiciera uno de los demandados, el señor Silvio Raúl Rodríguez Galán, admitiendo ser ciertas y justas todas las peticiones y fundamentos del libelo, confesión que, según el recurrente, rindió este demandado interpretando el unánime consentimiento de todos los demás, quienes firmaron sus respectivas notificaciones, pero no se opusieron por hallar —dice— justas dichas peticiones y fundamentos.

Se observa:

16.—No tiene la Corte la oportunidad de ocuparse de esta censura, porque el impugnante no señala los textos de ley sustancial o determinantes de los derechos subjetivos comprometidos en el debate, que hayan resultado infringidos por causa de la falta de apreciación de las confesiones en que, se dice, incurrió el Tribunal. Ciertamente, todos los artículos en la formulación del cargo citados son normas de valoración probatoria, cuya violación, como insistentemente lo han enseñado la jurisprudencia y la doctrina, no puede fundar por sí sola un acusamiento valedero en casación, mientras no se demuestre que semejante falta, que sería apenas violación de medio, condujo al sentenciador a quebrantar determinados preceptos de derecho sustancial, que por lo mismo deben precisamente señalarse.

- IV -

CONSIDERACIONES PARA LA SENTENCIA DE INSTANCIA

1.—Como ésta no ha de modificar la situación resultante del fallo del Tribunal, sino en lo relativo a la condena de intereses, las consideraciones al respecto hechas en el estudio del cargo tercero concurren a fundar en este punto el pronunciamiento de instancia que dicte la Corte.

2.—Allí se dijo que, con arreglo al artículo 2.189 del Código Civil, la sucesión demandada debe al demandante los intereses corrientes del saldo en contra de ella deducido en la sentencia, desde que haya sido constituída en mora. Ese momento será aquel en que venza el término de los seis días a partir de la ejecutoria de la sentencia, fijado por ésta para el pago de lo adeudado, hecho que envuelve un perfecto requerimiento judicial, constitutivo de mora en aplicación de lo dispuesto por el ordinal 3º del artículo 1.608 del Código Civil. El civilista colombiano, don Fernando Vélez, dice al respecto lo siguiente: "Como los intereses de que se trata, no los debe el mandatario sino desde que está constituído en mora de pagar el saldo respectivo, para saber cuándo comienza la mora deben tenerse presentes las reglas del artículo 1.608. Parece que desde que haya un saldo en contra del apoderado, aceptado por éste o en sentencia firme, mientras no lo satisfaga, debe los intereses correspondientes". (Derecho Civil Colombiano, Tomo VIII, número 248).

3.—Empero, como el Tribunal impuso a la parte demandada los intereses legales sobre las distintas cantidades que integran el monto materia de la condenación, "desde cuando fueron recibidas por la causante", no mediando recurso de esta parte, la Corte no puede sustituir en ello la sentencia recurrida, por lo cual los intereses legales habrán de dejarse correr desde cuando lo ordenó el Tribunal hasta el día en que venza el plazo señalado para el pago del principal, día en el cual comenzará el curso de los intereses corrientes.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida y como Tribunal de instancia falla este juicio así: REVOCASE la sentencia de primer grado proferida en esta causa por el Juez Primero Civil del Circuito de Sogamoso con fecha trece (13) de enero de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), y en su lugar se

RESUELVE:

PRIMERO.—Declárase que la sucesión de Matilde Rodríguez Daza, representada por quienes han figurado como sus herederos demandados en este juicio, señores doctor Luis Ernesto Rodríguez, Aura Rosa Rodríguez, María Noema o Noemí Rodríguez, María Antonia Rodríguez de Zeller, Silvio Raúl Rodríguez, María Ilda Rodríguez y Blanca Leonor Rodríguez de Hernández, DEBE al demandante doctor Joselyn Rodríguez

Daza la suma de UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 1.750.00) moneda corriente, que montan las cantidades recibidas por la mencionada causante en razón de las ventas que rezan las escrituras públicas números 18 de 10 de enero de 1946, 186 de 1º de abril de 1949 y 291 de 3 de junio de 1949, otorgadas en la Notaría del Circuito de Pesca, suma que deberá pagar la sobredicha sucesión a su acreedor mencionado dentro del término de seis (6) días, a partir de la ejecutoria de esta sentencia, junto con los intereses legales respectivos desde cuando cada una de las cantidades parciales componentes de la total fue recibida por la causante y hasta el día en que se verifique el pago dentro del término aquí señalado al efecto. Si ocurriere mora, los intereses durante ésta serán los corrientes.

SEGUNDO.—Absuélvese a la misma sucesión de la señorita Matilde Rodríguez Daza, representada como se ha dicho, de todos los demás cargos formulados contra ella en la demanda.

TERCERO.—No se condena en costas de la instancia a ninguna de las partes.

Sin costas en el recurso de casación.

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

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

SALA DE CASACION PENAL

POR CARECER LA JUSTICIA CASTRENSE DE COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO, SE DECLARA NULO UN PROCESO POR DELITO DE HOMICIDIO COMETIDO POR UN AGENTE DE LA POLICIA Y SE ORDENA REPONER EL PROCEDIMIENTO

No tenía competencia la jurisdicción castrense para dictar la sentencia condenatoria acusada, recaída en proceso por homicidio imputado a quien desempeñaba el cargo de agente de policía. Ello por dos razones: la primera, porque para el mes de mayo de 1952, época en que ocurrieron los hechos que motivaron la investigación, la Policía no había sido incorporada a las Fuerzas Armadas, ni sometida al fuero que a éstas es propio, y segunda, porque, admitido que las disposiciones posteriores que regularon la organización militar de la Policía eran aplicables al acusado, el nuevo Código de Justicia Penal Militar (Decreto legislativo número 250 de 1958), vuelvió a modificar la situación creada, sustrayendo a la justicia castrense los delitos comunes cometidos por los militares en Departamentos no sometidos al estado de sitio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, abril tres de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria)

VISTOS:

El Tribunal Superior Militar, por sentencia de 10 de mayo de 1950, condenó a Teléforo Cepeda Toro, agente de Policía de la Unidad "Boyacá", a la pena principal de nueve años de presidio, a más de las correspondientes sanciones accesorias, como responsable del delito de homicidio, reformando la proferida el 29 de abril de 1959 por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal (Unidad "Boyacá", Tunja), en el sentido de rebajar en un año la pena privativa de la libertad.

Contra el fallo de segundo grado interpusieron procesado y defensor recurso extraordinario de casación, autorizado por el Código de Justicia Penal Militar. Sobre su mérito procede la Corte a decidir.

HECHOS:

Los expone así el Tribunal:

"Cuenta el proceso que en la cantina o establecimiento de Misael Bustos, ubicada en el área urbana del municipio de Moniquirá, en el Departamento de Boyacá, entre las nueve y las diez de la noche del siete (7) de mayo de mil novecientos cincuenta y dos (1952), se encontraba el agente de Policía Teléforo Cepeda Toro tomando cerveza con algunas personas vecinas de la localidad, cuando ocasionalmente pasó por el frente de dicha cantina Arnulfo Vergel y al verlo el agente Cepeda lo obligó a entrar a la cantina y allí le dirigió algunas palabras ofensivas y le anunció que lo llevaría a la cárcel. Refieren los declarantes que Vergel adoptó una posición perfectamente pasiva frente a la asumida por el representante de la autoridad y tranquilamente esperó, recostado a las puertas del establecimiento, el desenlace de tan inesperada situación, cuando el agente Cepeda le apuntó con su fusil y le hizo un disparo que le ocasionó la muerte.....". (Fls. 284, cuaderno 1º).

DEMANDA DE CASACION

La formula el doctor Luis Alberto Pérez González, defensor del acusado en el escrito que obra de fls. 13 a 19 del cuaderno 2º. y si bien no se ajusta en debida forma a las prescripciones legales sobre el contenido de la demanda de casación, la Sala entrará a estudiarla de fondo por estar jurídicamente fundada la causal de impugnación.

El demandante, después de reseñar los antecedentes de la actuación procesal, concreta los fundamentos del recurso en estos términos:

"Se alega la causal cuarta de que trata el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

"'Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad'.

"La sentencia demandada se pronunció en un juicio viciado de nulidad como paso a demostrarlo:

"Son causales de nulidad en los procesos penales entre otras las incompetencias de jurisdicción, artículos 198 del Código de Procedimiento Penal y 441 del Código Penal Militar.

"La jurisdicción penal militar carecía de competencia para juzgar al agente Telésforo Cepeda Toro, por tratarse de delitos imputados al referido agente, consumados antes de que el personal de las fuerzas de policía quedasen amparadas por fuero militar como lo ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia en varias sentencias de casación en donde se interpreta y se estudian todas las disposiciones sobre la materia.

"Al respecto el decreto 1.814 de diez (10) de julio de mil novecientos cincuenta y tres (1953) incorporó las Fuerzas de Policía al Ejército Nacional, señalándolas como el cuarto componente de las Fuerzas Armadas; y posteriormente el decreto 1.897 de junio veintiuno (21) del año de mil novecientos cincuenta y tres (1953) incorporó a la Policía Nacional los cuerpos policivos departamentales y municipales.

"Posteriormente el decreto 2.900 reguló lo referente a juzgamiento y procedimiento de justicia penal militar, determinó que los miembros de las Fuerzas de Policía Nacional fueran amparados por el fuero militar y por consiguiente juzgados de la misma manera que los miembros de las Fuerzas Armadas, pero como al entrar a regir el decreto 2.900 el tres (3) de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953) existían en curso varios procesos contra los miembros de la Policía ante las autoridades militares por estimarse que por el solo hecho de la incorporación de la citada Fuerza al Ejército le confería a las personas que formaban parte de tal cuerpo armado el fuero penal castrense especial para el personal en servicio activo y civiles al servicio de las Fuerzas Militares.

"Debido a la diversidad de conceptos respecto a la jurisdicción a que debían ser sometidos los miembros de la Fuerza de Policía ya que algunos negocios seguidos a dicho personal, los conocía la justicia ordinaria y otros la justicia penal militar, el Gobierno dictó el decreto 1.426 de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) el que en su artículo 12 dijo lo siguiente: 'Todos los negocios penales en curso contra los miembros de la Fuerza de Policía, pasarán a los funcionarios a quienes les corresponda dentro de la organización de la justicia penal cualquiera que sea el estado en que se encuentren'.

"Sobre el contenido de esa norma la Honorable Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

"'Conforme a este texto las autoridades militares judiciales debían pasar los procesos respectivos en curso a las de esta misma calidad determinadas en la nueva organización; y las judiciales ordinarias que aún estaban conociendo de procesos contra miembros de la Policía, debían hacer otro tanto. No se especificó qué clase de procesos y así no fue posible saber qué suerte debían correr los referidos a delitos cometidos con anterioridad a la incorporación de la Policía al Ejército.

"'Los estatutos que incorporaron la Policía al Ejército no consagran retroactividad de ninguna especie, y bien sabido es que este fenómeno sólo puede estipularlo la ley en forma expresa. De consiguiente no viene a aceptar que los miembros de la Policía hubieran entrado a disponer de fuero, en materia jurídico-penal por el solo hecho de su incorporación al Ejército ordenada en el decreto 1.814 del diez de julio de mil novecientos cincuenta y tres y que se adicionó con el 1.897 del treinta y uno del mismo mes. El fuero vino a nacer posteriormente y por medio de decretos que se expidieron al respecto sin darles carácter retroactivo. Por lo tanto de los

delitos consumados por miembros de la Policía, antes de que quedasen amparados con fuero, debe conocer la justicia ordinaria y no la castrense'.

"En el caso de estudio y ciñéndonos a la doctrina de la Corte el conocimiento corresponde a la justicia ordinaria y no a la justicia militar. En vista de que los hechos que se ventilan fueron cometidos con anterioridad a la incorporación de las Fuerzas de Policía a las Fuerzas Armadas lo mismo que a los anteriores decretos referidos como el 1.697 del veintiuno de julio de mil novecientos cincuenta y tres y el 2.900 del tres de septiembre del mismo año, es el caso de dar aplicación al decreto 1.426 de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) para efectos del fuero en el sentido que lo ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia, no aceptando que los miembros de la Policía hubieran entrado a imponer su fuero especial en materia jurídico-penal por el solo hecho de su incorporación al Ejército, ordenada en el decreto 1.814 del diez de julio de mil novecientos cincuenta y tres. Este fuero especial sí existe para los delitos cometidos con posterioridad a los decretos que han regulado el Código de Justicia Penal Militar.

"Al conocer la justicia militar de este proceso penal, ha incurrido en la causal de nulidad de que trata el numeral 12 del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal y por consiguiente debe prosperar la causal cuarta de casación, ya que la sentencia referida se profirió en un juicio viciado de nulidad".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Delegado de las Fuerzas Militares y Policía Nacional al responder la demanda es de opinión de que se case la sentencia recurrida, y al efecto hace estas consideraciones:

"El homicidio que se atribuye al agente de la Policía Telésforo Cepeda Toro, ocurrió en el mes de mayo de 1952 en la población de Moniquirá, departamento de Boyacá. La investigación de los hechos la inició el Alcalde Municipal, para luego remitirla al Juez Penal del Circuito.

"El Jefe de la División de Policía Boyacá, con fundamento en lo establecido en los artículos 1º y 12 del decreto-ley 1.426 de 1954 solicitó el expediente y obtuvo que fuera remitido a la Justicia Castrense, en el mes de septiembre de 1955.

'El fuero militar legal para los Agentes de Policía ha existido desde la vigencia del decreto 2.900 de 1953 y fue reiterado en el año de 1954 por el decreto-ley 1.426, cuyo artículo 1º dice: 'De todos los delitos que cometan miembros de la Fuerza de Policía en servicio activo conocerá la Justicia Penal Militar', y a continuación en el artículo 12 se dispone: 'Todos los negocios penales en curso contra los miembros de las Fuerzas de Policía, pasarán a los funcionarios a quienes les corresponda dentro de la organización de la Justicia Penal Militar, cualquiera que sea el estado en que se encuentren'.

"El decreto-ley número 0251 de 1953 entró a regir el 19 de julio, y en materia de competencia establece en el artículo 308 que la justicia penal conoce: 'de los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, turbación de Orden Público o conmoción interior'. Y en los artículos 618 y 619, en su orden, dice: 'Los procesos en curso que por razón de este decreto pasen a ser de competencia de otra jurisdicción, se remitirán inmediatamente en el estado en que se encuentren al respectivo Juez o Tribunal. Las disposiciones procedimentales contenidas en este decreto se aplicarán a todos los procesos de competencia de la jurisdicción militar que estén en curso, cualquiera que haya sido la fecha de su iniciación con arreglo a lo dispuesto por la Ley 153 de 1887'.

"De manera que aún aceptando que el fuero del agente Telésforo Cepeda Toro fue garantizado por el decreto 1.426 de 1954, levantado el estado de sitio en el Departamento de Boyacá y en presencia de las disposiciones antes copiadas, la Justicia Penal Militar perdió la competencia para el conocimiento del proceso contra el agente Telésforo Cepeda Toro.

"A pesar de las anteriores condiciones, el Presidente del Consejo de Guerra Verbal en sentencia de fecha 29 de abril de 1959 condenó a Telésforo Cepeda a diez años de presidio, como responsable del delito de 'HOMICIDIO', hecho ocurrido el 7 de mayo de 1952. Y el H. Tribunal Militar reformó la sentencia de primera instancia en mayo diez de mil novecientos sesenta.

"Si el fuero del agente Telésforo Cepeda Toro, garantizado por el decreto 1.426 de 1954 desapareció por haber sido levantado el estado de sitio

en el Departamento de Boyacá, la sentencia proferida por el II. Tribunal Superior Militar está viciada de nulidad por incompetencia de jurisdicción".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1ª—Están en lo cierto el recurrente y el señor Procurador Delegado de las Fuerzas Armadas cuando estiman que el juzgamiento del acusado Cepeda Toro, quien desempeñaba el cargo de agente de Policía al ocurrir el hecho imputado, no compete a la jurisdicción castrense. Ello por dos razones: la primera, porque para el mes de mayo de 1952 la Policía no había sido incorporada a las Fuerzas Armadas, ni sometida al fuero que a éstas es propio, y segunda, porque, admitido que las disposiciones posteriores que regularon la organización militar de la Policía eran aplicables al acusado, el nuevo Código de Justicia Penal Militar (decreto legislativo número 0250 de 1958), volvió a modificar la situación creada, sustrayendo a la justicia castrense los delitos comunes cometidos por los militares en Departamentos no sometidos al estado de sitio.

2ª—La doctrina de la Corte en este particular es muy clara y la ha mantenido en guarda de los principios consagrados por el artículo 26 de la Constitución Nacional. En fallo de 2 de diciembre de 1960 (casación en proceso por homicidio contra José Antonio Londoño Lopera) dijo:

"El delito atribuído al acusado ocurrió, como ya se dijo, a principios de octubre de 1957. Para entonces y por virtud del decreto 1.426 de 1954, el conocimiento de los autos correspondía a la justicia militar. Esa competencia, sin consideración a que el territorio de la República estuviera en estado de sitio, y el consiguiente fuero militar para el agente del delito, subsistió hasta la expedición del decreto 0250, es decir, hasta el 11 de julio del año de 1958.

"Bajo el imperio de este nuevo Código de Justicia Penal Militar la situación respecto de la competencia y del fuero respecto de los miembros de las Fuerzas Armadas (que incluye a los Agentes de la Policía), varió fundamentalmente.

"De una parte, el ordinal 2º del artículo 308 dio competencia a la justicia penal militar para conocer de 'los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que estén al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del orden público'; y de otra, en los artículos 618 y 619, en su orden, dispuso:

"'Los procesos en curso que por razón de este decreto pasen a ser de competencia de otra jurisdicción, se remitirán inmediatamente en el estado en que se encuentren al respectivo Juez o Tribunal.

"'Las disposiciones procedimentales contenidas en este decreto se aplicarán a todos los procesos de competencia de la jurisdicción militar que estén en curso, cualquiera que haya sido la fecha de su iniciación, con arreglo a lo dispuesto por la Ley 153 de 1887'.

"Por decreto 321 de 1958 fue levantado el estado de sitio en la mayoría de los Departamentos, entre ellos Antioquia, territorio dentro del cual ocurrió el delito a que se refiere el proceso. La disposición aludida tuvo vigencia a partir del 27 de agosto de 1958.

"4ª—En estas condiciones, se tiene: la justicia castrense tuvo competencia para el conocimiento del proceso contra Londoño Lopera hasta la fecha últimamente citada, como que en ella perdió el acusado el fuero garantizado en derecho, primero por el decreto 1426 de 1954, luego por el decreto 0250 de 1958, en cuanto el lugar de comisión del delito se mantuvo bajo el estado de sitio. Levantado éste, se imponía para el caso de autos, dar aplicación a los artículos 618 y 619, atrás copiados.

"5ª—Así se deduce en consideración a que el Decreto 0250 no conservó el fuero castrense para los delitos comunes, salvo que su comisión hubiera tenido lugar en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del orden público, pero en estos eventos excepcionales de que da cuenta el ordinal 2º del artículo 308 del C. de J. P. M. necesariamente debe estar vigente el fuero al tiempo del juicio. Cuando la justicia militar avocó el conocimiento del proceso para su calificación de fondo por el Comando de la Policía de Antioquia, ya había cesado el estado de sitio en esa sección del país. En efecto, el auto de proceder lleva fecha 24 de julio de 1959, y del negocio empezó a conocer dicho Comando en virtud del auto proferido por la Cuarta Brigada el 14 de noviembre de 1958, en el que dispuso, con

base en el artículo 347 del C. de J. P. M. remitir el sumario 'al señor Comandante de la Policía del Departamento de Antioquia, por ser de su competencia'.

"8ª—Si el decreto no mantuvo el fuero castrense para delitos comunes, salvo las excepciones de que trata el ya citado artículo 308, ni ese fuero tiene efecto retroactivo, resulta claro que la competencia para juzgar a Londoño Lopera es de la justicia ordinaria.

"7ª—Hay, pues, incompetencia de jurisdicción, causal de nulidad que la ley de procedimiento penal consagra y que a la vez tiene amparo en el artículo 26 de la Carta, como que todo procesado debe ser juzgado 'ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'".

3ª—Lo expuesto está indicando, en consecuencia, que el proceso es nulo, por incompetencia de jurisdicción, a partir del auto de 22 de marzo de 1956 (fls. 175 del cuaderno principal), que dispuso remitir las diligencias a la Auditoría Principal de Guerra de la Primera Brigada, y con base en el cual asumió el conocimiento la Justicia Penal Militar.

Procede, entonces, casar la sentencia recurrida y dar aplicación a lo dispuesto en el ordinal b) del artículo 570 del C. de P. P.

Así, 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, INVALIDA el fallo recurrido a que se ha hecho mérito, y ORDENA devolver el proceso al juez competente, por conducto del Tribunal Superior Militar para que se reponga el procedimiento, en la forma indicada en la parte motiva.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — **Humberto Barrera Domínguez.** — **Simón Montero Torres.** — **Gustavo Rendón Gaviria.** — **Julio Roncallo Acosta.**— **Angel Martín Vásquez A.** —**Pioquinto León L.**, Secretario.

NO PROSPERA LA CAUSAL TERCERA DE CASACION INVOCADA CONTRA LA SENTENCIA QUE, CON BASE EN EL VEREDICTO, IMPUSO CONDENA POR DELITO DE HOMICIDIO

1.—Ha expresado la Corte en múltiples ocasiones que en los juicios en que interviene el Jurado no es pertinente proponer la causal segunda de casación, no sólo porque éste goza de plena libertad para apreciar las pruebas del proceso conforme a su íntima convicción, sino porque tal examen probatorio conduciría a la declaratoria de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrado como causal de casación y cuyo estudio es exclusivo de las instancias. Por tanto, si ello es así tratándose de la causal segunda, a fortiori resulta improcedente, dentro de la causal tercera, la crítica que sobre el valor de las pruebas del proceso trata de promover en la demanda el recurrente.

2.—El Jurado es el que califica los hechos, verdad sabida y buena fe guardada, en los juicios en que debe intervenir. La determinación de la responsabilidad, en esta clase de juicios, es función privativa del Jurado, y al juez de derecho sólo compete declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, si fuere el caso, o interpretar la respuesta del Tribunal popular, para ensamblarla dentro de la ley penal que reprima el hecho. Esa omnímoda atribución del Jurado únicamente quiebra su rigor en cuanto se refiere a la individualización de las sanciones, tarea que incumbe, por modo exclusivo, al juez de derecho.

3.—Corresponderíale al Jurado, en los juicios en que interviene, la calificación de la responsabilidad, si se invalidara el fallo del juez de derecho con fundamento en el primer motivo de la causal tercera de casación, esto es, por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, se prescindiría del veredicto, base inmodificable de la sentencia, si fue admitida, arrogándose así el juzgador una facultad que la ley no le ha conferido. Por esto ha sostenido la Corte que en los juicios con intervención del Jurado no es atinado proponer el primer motivo de la causal tercera "porque el desacuerdo que pueda existir no es entre la sentencia y el auto de proceder, sino entre el veredicto y el mencionado auto".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL.—Bogotá, seis de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

En sentencia del catorce de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, el Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo condenó a Manuel María Peñalosa a la pena principal de ocho (8) años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio, resolución que fue confirmada integralmente por el Tribunal Superior del nombrado Distrito en fallo de fecha diez y nueve de agosto del citado año.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación el defensor del procesado. Habiéndose sustentado el recurso dentro del término legal por

abogado titulado e inscrito en la Corte y hallándose agotado el trámite propio del asunto, la Sala entra a decidir sobre el mérito de la respectiva demanda.

HECHOS

La siguiente síntesis, acogida por el fallador de segundo grado, consulta la realidad procesal:

"Informan las constancias procesales que el día veintisiete de abril del año próximo pasado (1957), desde las horas de la mañana, se encontraban en casa de Julio Ramón Villazana, situada en el punto de Rancho Bonito de la comprensión municipal de Puerto Rondón (Casanare), el citado Julio, Teodoro, hermano de éste, Julio Ramón Villazana Castillo, padre de éstos y Manuel María Peñalosa, dedicados a tomar aguardiente en abundante cantidad. En seguida llegaron a dicho lugar los señores Andrés Chaves, primero, y luego Augusto Robinson, quienes también tomaron algunas copas y se fueron a sus trabajos de ganadería. Como a eso de la una de la tarde, cuando Teodoro Villazana se hallaba ya en avanzado estado de embriaguez, fue invitado por Manuel María Peñalosa a que fueran a la orilla del río Casanare, cercano a la casa en donde estaban, a fin de ver la canoa de Manuel, y al efecto se dirigieron hacia ese lugar. Como se demoraran en regresar, Julio Villazana se asomó a ver si aparecían y observó que su hermano Teodoro se hallaba tendido en la playa y que Manuel huía llevando un cuchillo en la mano. Julio salió en persecución del heridor de su hermano, el cual a nado cruzó el río y tomó el monte. Acto seguido llegó al lugar en donde se hallaba herido Teodoro, María del Carmen García, su querida, quien al verlo muerto llamó a María Virginia Ratia y entre juntas levantaron el cadáver y lo llevaron a una de las piezas de la casa. Puesto el hecho en conocimiento de la autoridad, con toda diligencia se procedió a capturar al matador y a levantar la correspondiente investigación".

El mérito del sumario fue calificado mediante auto de fecha 30 de abril de 1958, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor literal:

"Llamar a responder en juicio criminal por los trámites de la justicia ordinaria y con la intervención del jurado, a MANUEL MARIA PEÑALOSA, de las condiciones personales descritas anteriormente, como autor del delito de homicidio cometido en la persona de Teodoro Villazana, por medio de herida que le produjo destrozos orgánicos que acusan la diligencia de autopsia, hecho ocurrido el día veintisiete de abril de mil novecientos cincuenta y siete (1957), en el punto denominado 'Rancho Bonito', en jurisdicción municipal de Puerto Rondón (Casanare).—— Del delito anunciado, trata el Libro II - Título XV y Capítulo I del C. P. —— Con el enjuiciado llévense a término las prevenciones propias a su defensa. Cópiese, notifíquese y cúmplase". (F. 103, cuaderno 1º).

Dicho auto no fue recurrido. En la audiencia pública fue sometida a la consideración del Jurado la siguiente cuestión única:

"El acusado MANUEL MARIA PEÑALOSA, hijo de Angel Peñalosa Cortés y María Escalantes; mayor de edad, natural de Arauca y vecino de Puerto Rondón, soltero y agricultor, es responsable sí o no de haber herido con intención o propósito de matar a Teodoro Villazana, a consecuencia de cuya lesión murió, hecho que tuvo ocurrencia el día veintisiete de abril de mil novecientos cincuenta y siete (1957), en el punto denominado 'Rancho Bonito', en jurisdicción municipal de Puerto Rondón (Casanare)?".

El Jurado respondió unánimemente: "Sí es responsable en estado de embriaguez". (F. 118, Cuad. 1º).

Consta en el proceso que el defensor solicitó al Jurado un veredicto absolutorio para su defendido, después de sustentar la tesis de que éste había obrado en legítima defensa. (Fls. 117 a 120).

El Juez, fundándose en el veredicto del Jurado, profirió la sentencia condenatoria de primer grado, la cual, recurrida en apelación por el procesado y su defensor, mereció plena confirmación por parte del Tribunal, según ya se expresó.

LA DEMANDA

La parte de la demanda destinada al relato de los hechos, lejos de contener una síntesis objetiva de los mismos, sólo constituye, en verdad, una versión personal y subjetiva del impugnador, que éste aprovecha con notorio quebranto de la técnica del recurso, para formular una serie de comentarios sobre las pruebas del proceso. Luego, para impugnar la sentencia, se invoca la causal tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Concretamente, el primero de los motivos previstos en la causal mencionada: No estar la sentencia en consonancia con los cargos

formulados en el auto de proceder. Y argumenta de la siguiente manera en orden a sustentar el cargo.

"Mi petición tiene como base y fundamento la interpretación jurisprudencial y legal del alcance del artículo 431 del C. de P. P., dentro del cual se especifican con meridiana claridad los requisitos que debe contener una demanda enjuiciatoria, entre los cuales es preciso destacar, por incidir vertebralmente en el problema que nos ocupa, aquellos del numeral 3º de la disposición citada, o sea, la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, **con las circunstancias conocidas** que lo especifiquen (subraya el suscrito), ya que si ello no ocurre, se desvirtúa la esencia misma de la referida providencia que es y constituye 'el pliego de cargos que se presenta al acusado para que se defienda'. Y si dentro de la parte motiva se hace alusión a alguna circunstancia justificativa o modificadora del hecho imputado, es de lógica que deba consignarse igualmente en la parte resolutiva de la providencia que es la conclusión de las premisas consignadas en la parte motiva.

"Considero, pues, que el señor Juez 2º Superior de Santa Rosa de Viterbo, al enunciar en forma vaga la posible existencia de circunstancias modificadoras del hecho, sin **especificarlas** concretamente en la parte motiva del auto de vocación a juicio, se puso en abierta pugna con el espíritu de la disposición que se comenta, dando origen con ello a que el juzgamiento del procesado se efectuara de ahí para adelante en forma anómala, contraria a la Constitución y a las leyes de la República que ordenan perentoriamente que nadie puede ser juzgado sino con las formalidades propias de cada juicio.

"Es apenas natural que el Jurado de conciencia a quien no se pregunta sobre la posible existencia de esas circunstancias modificadoras del delito, mal puede entrar a responder sobre las mismas, pues su labor se limita a decidir en conciencia las causas sometidas a su decisión y no a analizar a la luz del derecho las actuaciones de la persona o personas que han sido incriminadas. Y si resulta inaceptable que ello ocurra, con más veras debemos rechazar como contrarios a la ley el que, dentro de la parte motiva del auto de proceder, se dé nacimiento a una causa justificadora, se ordene preguntar al jurado sobre su posible existencia y con posterioridad se calle sobre el particular, no sólo en las conclusiones de las premisas sentadas sino en los cuestionarios producto de las mismas".

"El H. Tribunal Superior consideró lo anterior ajustado a derecho con razones que no comparte el suscrito, ya que si el señor Juez no hubiera pensado sobre la posibilidad de la legítima defensa se hubiera abstenido de edificar sobre su posible existencia la duda que ordenó fuera despejada por el jurado popular. En ningún caso puede pensarse que el hecho de haber llamado al procesado a responder en juicio por homicidio simple, ello nos está indicando que el señor Juez a-quo descartó la legítima defensa y dió aplicación a la jurisprudencia de la H. Corte que ordena negarla cuando se presente borrosa o con cualquier matiz que la perturbe, ya que debemos atenernos a la letra del auto que es bastante elocuente y no admite interpretaciones acomodaticias, deformadoras de su verdadero sentido".

" El señor Juez de derecho se equivocó y es preciso subsanar legalmente ese error no con argumentaciones en contra de los intereses del procesado, sino con verdadero sentido jurídico y algo de corazón".

Concluye el demandante sus argumentos en relación con la causal 3ª, que es la única invocada, citando una doctrina de la Corte según la cual la omisión en los cuestionarios que se formulan al Jurado de las circunstancias favorables a los intereses del procesado, "atenta contra las bases esenciales del proceso" y constituye, por tanto, una violación del artículo 26 de la Carta fundamental.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría, representada en este caso por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, formula en primer lugar la siguiente crítica al aspecto formal de la demanda:

"Sin pecar de exceso en el comentario, puede afirmarse que ni siquiera fueron cumplidos los requisitos formales de la demanda, tal como lo prescribe el artículo 531 del C. J., aplicable a cuestionales penales por mandato del artículo 7º del C. de P. P. El pretendido relato de los hechos no es nada diferente de una versión personal del recurrente, que no se halla acorde con la realidad del proceso, razón por la cual este Despacho hará oportunamente el que corresponda. Por otra parte, se ha involucrado en tal recuento, una serie de comentarios sobre el mérito de las pruebas

del proceso, cosa esta antitécnica que en forma alguna es procedente durante la sustentación de la causal tercera de casación, que es la invocada. Falta, también, una petición conforme al contenido del artículo 570, letra a) del C. de P. P. y se halla ausente la cita de las disposiciones que se estiman violadas".

"En síntesis, la demanda presentada tiene todas las características de un alegato de instancia".

Luégo el señor Procurador transcribe textualmente las razones que el demandante aduce para sustentar el motivo de impugnación propuesto contra la sentencia acusada, y las rebate en seguida, con lógica y rigor jurídicos, a través de un amplio desarrollo de la siguiente tesis sostenida por la Corte:

"En razón a que en los juicios en que interviene el Jurado no es el Juez de derecho el que califica la responsabilidad, es improcedente alegar como causal de casación en estos procesos, la de no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder (causal 3ª). 'Si se invalidara el fallo por esa razón —ha dicho la Corte— se prescindiría del veredicto, base inmodificable de la sentencia, si fue admitido, y, por otra parte, el juzgador se abrogaría una atribución que la ley no le ha conferido, convirtiéndose así en Juez de hecho y de derecho' (septiembre 10 de 1955, G. J. Tomo LXXXI, Nos. 2157 2158, pág. 266). (Casación Penal, febrero 27 de 1957. Nos: 2177 y 2178, 149, 2ª)".

De lo anterior deduce el Procurador que la causal invocada, dentro de la modalidad que se alega, "no puede prosperar por falta absoluta de idoneidad"; que los cargos resultan mal formulados, y que, no siendo en la actualidad subsanables, se deben considerar inocuos.

Por otra parte, como el impugnador plantea en su demanda algunas erradas apreciaciones acerca de la técnica y el contenido del auto de proceder, el Agente del Ministerio Público consideró acertado refutarlas en los siguientes términos, que la Sala prohija:

"1º.—Dice el recurrente que por mandato del artículo 431 del C. de P. P., en la parte motiva deberá anotarse: "La calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen", según el ordinal 3º. Y fácilmente concluye luego: "es de lógica" que igual cosa ha de hacerse "en la parte resolutiva de la providencia que es la conclusión de las premisas consignadas en la parte motiva.

"Pues bien, es la misma norma (artículo 431 del C. de P. P.) la que señala que la parte resolutiva del auto de proceder contendrá "el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, como **homicidio**, lesiones personales, robo, estafa; sin **determinar dentro del género del delito** la especie a que pertenezca, ni el artículo especial que se considere aplicable". (El subrayado de este Despacho).

"La interpretación del anterior texto enseña que la parte resolutiva del auto de proceder no debe contener sino la calificación genérica del **delito** "sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca", lo que significa que no "es de lógica" que en dicha parte se deba hacer "alusión a alguna circunstancia justificativa o modificadora del hecho imputado", conforme afirma gratuitamente el demandante. Que en la parte resolutiva del auto de proceder resulta injurídico hacer reconocimiento de alguna "circunstancia justificativa" es obvio: si fuera admitida alguna causa justificativa del hecho, no se produciría auto de enjuiciamiento sino de sobreseimiento definitivo, según enseña el artículo 437 del C. de P. P. en su ordinal 3º.

"Que, por otra parte, se hiciera referencia a alguna circunstancia modificadora del hecho significaría que se estaba haciendo letra muerta del texto del artículo 431 del C. de P. P., cuyo mandato es perentorio: en la parte resolutiva se hará la calificación genérica del delito "sin determinar dentro del género del delito la especie a que pertenezca". Al proceder así se estaría anticipando la calificación específica del delito, lo cual es propio de la sentencia.

"Algo más: es bien sabido que durante el período probatorio de la causa, los nuevos elementos de juicio pueden modificar las circunstancias que especifican el hecho. Y si la parte resolutiva, por naturaleza, es inmodificable no se comprende cómo se haría para no atentar contra los intereses de las partes al conservar incólume la calificación específica dada en la parte resolutiva como lo pretende el recurrente. Por absurda esta situación debe descartarse, y además por llevar implícita la violación del texto legal en comentario. (Artículo 431 del C. de P. P.).

"De modo que las circunstancias conocidas que especifican el hecho (y que pueden variar con posterioridad a la pronunciación del auto de proceder) se han de señalar en la parte motiva y la calificación genérica del delito, por el respectivo capítulo o título del Código Penal, se ha de verificar en la resolutiva y es inmodificable. La sentencia debe pronunciarse sin variar esta última calificación (a menos de haberse incurrido en la nulidad contemplada en el artículo 190 del C. de P. P., ordinal 8º). En este sentido se ha pronunciado la H. Corte en casación del 15 de mayo, de 1946, LX, 532.

"El planteamiento del abogado recurrente revela, pues, inconsistencia jurídica. Y como sobre él se edifica la pretendida demostración de la causal tercera de casación es claro que el cargo no prospera.

"Por otra parte se tiene: el Juez 2º Superior de Santa Rosa de Viterbo profirió auto de proceder contra MANUEL MARIA PEÑALOZA por el delito de HOMICIDIO (calificación genérica del hecho) y señalando que de este delito trata el Código Penal en el Libro Segundo, Título XV, Capítulo I, con lo cual se dió cumplimiento estricto a lo ordenado por el artículo 431 del C. de P. P. inciso final.

"El formulario que se sometió a los Jurados no varió en su texto el cargo genérico formulado en el auto de proceder (parte resolutiva) y por eso el veredicto que se emitió guardó perfecta armonía con la realidad procesal concretada en el pliego de cargos. La sentencia que siguió acogió el veredicto y se mantuvo por igual, fiel a la decisión del Jurí, con lo cual ningún derecho se lesionó ni tampoco se violaron las disposiciones legales.

"El Tribunal ad quem confirmó el fallo de su inferior y así no podía, tampoco, producirse contraviniendo la ley.

"Si el Jurado descartó la existencia de la legítima defensa a favor del procesado Manuel María Peñaloza porque tal postura no resultaba respaldada en los autos, el Juez a-quo no podía menos de emitir un fallo acorde al veredicto pronunciado. Y si el Superior confirmó tal decisión ello denota, precisamente, que hubo criterio uniforme entre los Jueces del hecho y derecho, por lo que por este aspecto tampoco se lesionó siquiera la soberanía del Jurí, en lo más mínimo".

SE CONSIDERA:

1º.—Ha expresado la Corte en múltiples ocasiones que en los juicios en que interviene el Jurado no es pertinente proponer la causal 2ª de casación, no sólo porque éste goza de plena libertad para apreciar las pruebas del proceso conforme a su íntima convicción, sino porque tal examen probatorio conduciría a la declaratoria de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrado como causal de casación y cuyo estudio es exclusivo de las instancias.

Por tanto, si ello es así tratándose de la causal 2ª, a fortiori resulta improcedente, dentro de la causal 3ª, la crítica que sobre el valor de las pruebas del proceso trata de promover en la demanda el recurrente.

2º.—El jurado es el que califica los hechos, verdad sabida y buena fe guardada, en los juicios en que debe intervenir. La determinación de la responsabilidad, en esta clase de juicios, es función privativa del Jurado, y al juez de derecho sólo compete declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, si fuere el caso, o interpretar la respuesta del Tribunal popular, para encauzarla dentro de la ley penal que reprima el hecho. Esa omnímoda atribución del Jurado únicamente quiebra su rigor en cuanto se refiere a la individualización de las sanciones, tarea que incumbe, por modo exclusivo, al juez de derecho.

3º.—Correspondiendo, pues, al Jurado la calificación de la responsabilidad, si se invalidara el fallo con fundamento en el primer motivo de la causal tercera de casación, se prescindiría del veredicto, **base inmodificable de la sentencia**, si fue admitido, abrogándose así el juzgador una facultad que la ley no le ha conferido. "La anterior consideración —ha dicho la Corte— conduce a sostener la tesis de que en los juicios ventilados ante los jueces superiores mediante intervención del Jurado no es atinado proponer el primer motivo de la causal 3ª del artículo 567 del C. de P. P., porque, se repite, el desacuerdo que pueda existir no es entre la sentencia y el auto de proceder, sino entre el veredicto y el mencionado auto. Así es preciso declararlo en vista de la dificultad de orden práctico que suscita el tratar de cumplir el mandato del artículo 570, letra a),

del C. de P. P., cuando en los juicios en que interviene el Jurado se alega en casación el primer motivo de la causal 3ª". (Sentencias, 12 de marzo de 1947, LXII, 796; 8 de junio de 1948, LXIV, 520; 16 de diciembre 1952, LXXII, 849).

4º. La tangencial referencia a la violación del artículo 26 de la Carta, por no habérsele planteado al Jurado en el cuestionario circunstancias excluyentes o modificadoras de la responsabilidad, constituye una materia que sólo podría ser estudiada por la Corte a través de la causal cuarta. Pero, como se ha visto, dicha causal no fue propuesta por el recurrente, y, como es obvio, a la Sala no le es dado suplir las omisiones o deficiencias de la demanda en tal sentido.

De todo lo anterior se desprende, en síntesis, que la causal invocada no puede prosperar.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oída la respuesta del Ministerio Público y acorde con ella, NO INVALIDA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. —Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Plaquinto León L., Secretario.

SE DECLARA, RESPECTO DE UN MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR, QUE NO ESTA IMPEDIDO PARA SEGUIR CONOCIENDO DE UN PROCESO POR LESIONES PERSONALES

1.—Por medio de un escrito, el apoderado de uno de los sindicados le solicitó al Magistrado del Tribunal que se declarara impedido por causa de enemistad. Este manifestó nunca haber abrigado enemistad para con el peticionario, pero que no obstante, y por razones de delicadeza en el cumplimiento de su deber, consideraba que valía la pena declararse impedido, como lo hizo en efecto. Los Magistrados del mismo Tribunal a quienes correspondió calificar el impedimento manifestado, lo declararon infundado y la Sala de la Corte encuentra acertadas las razones que alegan. Pues si el Magistrado de modo categórico expresa que nunca ha abrigado ni abriga enemistad para con dicho abogado y, por otra parte, éste ninguna prueba presentó de dicha enemistad, es necesario estarse a lo manifestado por el Magistrado, ya que en este caso es éste quien mejor puede apreciar los estados afectivos que experimenta.

2.—El procedimiento sui generis empleado en este caso por el abogado con respecto al Magistrado del Tribunal, consistente en instarlo a que se declarara impedido para seguir conociendo del negocio penal, es procedimiento que no prevé ni autoriza nuestra ley procesal. Si el abogado consideró que existe realmente enemistad grave por parte del Magistrado hacia su persona, lo legalmente indicado es que proceda a recusarlo y no acudir al expediente de pedirle que se declare impedido.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL — Bogotá, siete de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

En el proceso que en el Tribunal Superior de Ibagué se adelanta contra Eliécer Caycedo, José María Aranda y otros por el delito de lesiones personales, el abogado Roberto Castro Osorio, apoderado de Caycedo, pidió al Magistrado ponente de dicho Tribunal, doctor Hernando Vera, se declarara impedido para conocer, expresando que: "Invoco las mismas causales de enemistad que invoqué en el proceso por violación de domicilio según denuncio presentado ante el Juez de Espinal, causales que fueron suficientes para que usted se declarara impedido. Solicito de Ud. que para evitar esta recusación, cada vez que a su mesa lleguen negocios penales en los cuales soy interesado, se declare Ud. impedido".

El Magistrado doctor Vera, a pesar de que expresa que "nunca ha abrigado ni abriga enemistad, ni mucho menos manifiesta para con el doctor Castro Osorio" explica que: "Pero como se lo ha injuriado (al Magistrado ponente), siendo hombre de gran delicadeza y dignidad en alto grado en el ejercicio de su encargo, le asalta la duda, de si realmente la causal que invoca el aludido peticionario, pudiera presentarse, interfiriendo, así fuera en forma leve, la cuestión sub-judice, en cuyo caso, más vale la pena de que se declare impedido para actuar en esta oportunidad".

Los Magistrados del mismo Tribunal de Ibagué, a quienes les correspondió calificar el impedimento manifestado por su compañero el Magistrado doctor Vera, en providencia del 3 de marzo

del año en curso, en que declararon infundado dicho impedimento, expusieron para ello, los siguientes motivos:

"Pues bien, el motivo que encuentra el doctor Castro Osorio para presumir que el ponente no será imparcial en sus decisiones, es la enemistad grave que dice existir entre los dos. Por su parte el Magistrado, como ya se vio, de manera enfática asegura que nunca ha abrigado sentimientos hostiles para con el profesional, a pesar de que le haya fallado al respeto. En tales condiciones, estima la Sala que, con referencia a la causal que examina, en ausencia de la prueba suministrada por el interesado en la separación del Magistrado, debe otorgarse un valor especial a la apreciación que éste tiene sobre sus relaciones con el recursivo abogado. Porque la enemistad, como la amistad, según lo enseña la doctrina, llevan en sí la idea de reciprocidad. Son sentimientos que plantean una situación entre dos o más personas: cariño o aversión. Así como no puede haber amistad sin correspondencia, es decir, de un solo individuo hacia otro que ignora el afecto que despierta o produce, tampoco es posible la enemistad unilateral". Y como aquí tan sólo se advierte una especie de resentimiento emanado de un fallo adverso a los intereses del presunto recusante, que no una enemistad manifiesta y mutua, habrá de convenirse en que no se cumplen los requisitos legales para la existencia del impedimento".

La Sala encuentra perfectamente razonables y acertadas las razones transcritas y, por tanto, las acoge, pues si el Magistrado Vera de modo categórico expresa que "nunca ha abrigado ni abriga enemistad, ni mucho menos manifiesta para con el doctor Castro Osorio" y por otra parte, éste ninguna prueba ha presentado de dicha enemistad, es necesario estarse a lo manifestado al respecto por el Magistrado Vera, ya que en este caso es éste quien mejor puede apreciar los estados afectivos que experimenta.

Por otra parte, el procedimiento sui generis empleado en este caso por el abogado Castro Osorio con respecto al Magistrado Vera, pidiéndole que manifieste un impedimento, es un procedimiento que no prevé ni autoriza nuestra ley procesal. Si dicho abogado considera que existe realmente enemistad grave por parte del Magistrado Vera hacia su persona, lo legalmente indicado es que proceda a recusarlo, y no a acudir al expediente de pedirle que se declare impedido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA que el Magistrado doctor Hernando Vera no está impedido para seguir conociendo del proceso que se adelanta contra Eliécer Caycedo y otros por el delito de lesiones personales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel María Vásquez A. — Plinio Díaz León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
SUPREMA DE JUSTICIA

POR ABSOLUTA FALTA DE TECNICA EN LA DEMANDA, SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA CONDENATORIA RECAIDA EN UN PROCESO POR HOMICIDIO CULPOSO

Para que una demanda de casación pueda tener éxito, es necesario que quien interpone el recurso extraordinario lo sustente debidamente, ciñéndose estrictamente a las disposiciones legales que lo establecen y reglamentan, no solamente en su aspecto de forma sino en cuanto a los requisitos intrínsecos o de fondo. La reunión de estos factores es lo que, desde el punto de vista de la técnica procesal, constituye una demanda que sirva de fundamento para que la Sala pueda proceder a hacer el estudio de las cuestiones que en ella se plantean.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, abril siete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia del cinco de mayo de mil novecientos sesenta, confirmó la proferida por el Juez 1º Superior del mismo distrito, por medio de la cual se condenó a Luis Eduardo Suárez Giraldo a la pena principal de seis meses de prisión y a las accesorias de rigor, concediéndole el beneficio de la suspensión de la pena, como responsable de un homicidio culposo consumado en la persona de Hernando Ríos.

Contra el fallo del Tribunal oportunamente interpuso recurso extraordinario de casación el defensor de Suárez Giraldo. Como los trámites propios de este recurso están agotados, se procede a decidirlo por medio de esta providencia.

HECHOS

El día diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis, Luis Eduardo Suárez Giraldo, con varios amigos suyos, se encontraba ingiriendo bebidas embriagantes en la fonda "El Encanto" situada en el paraje "El Cedrón", en el municipio de Tarso; por efecto del licor se formaron parejas de baile (hombre con hombre) lo que fue motivo de hilaridad, por lo cual uno de los asistentes, el señor Antonio Gómez, pidió respeto para los que bailaban. En este estado intervino Luis Eduardo Suárez Giraldo para calmar a aquél con estas o semejantes palabras: "Hombre Toño, deja de estar hablando que eso no es para tanta cosa". El diálogo continuó entre Gómez y Suárez Giraldo, recordando el último que en alguna ocasión le había hecho unos disparos al primero, a lo cual éste replicó: "Bien puede disparar hombre". Suárez Giraldo procedió entonces a sacar su pistola y hacer varios disparos dentro de la cantina, pero sin dirigirlos contra persona determinada, con tan mala suerte, que Hernando Ríos, quien se encontraba sentado en el mostrador, recibió el impacto de uno de dichos disparos en el cráneo, al nivel de la región fronto parietal derecha, causándole la muerte en forma casi instantánea.

DEMANDA

Con un memorial, que el propio recurrente califica de "alegato", que no se ajusta a los requisitos de forma y de fondo exigidos por la ley en estos casos, pretende éste sustentar ante esta Sala de la Corte el recurso de casación, alegando que la sentencia recurrida "es violatoria de la ley penal en sus artículos 203 y 537 (C. Procesal Penal)".

Para comprobar su aserto el demandante intenta demostrar que "al proceso no se trajo la plena prueba, la prueba completa de que Hernando Ríos murió por la lesión de arma de fuego, revólver o pistola, qué se le halló en una de las cavidades del cuerpo, porque esa plena prueba, esa prueba completa de la causa de su muerte sólo podría haber llegado, mediante una autopsia bien hecha, completa y precisa".

También afirma el impugnador que "la sentencia del Tribunal viola el artículo 537 del C. de P. P., porque de los autos no puede ni podrá jamás aparecer que el veredicto que se lee a fls. 163 del expediente (que fue declarado contraevidente) es claramente contrario a la evidencia de los hechos".

CONCEPTO DEL PROCURADOR

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, representante en este negocio del Ministerio Público, solicita que se declare desierto el recurso propuesto, fundándose para ello en la siguiente razonada crítica de la demanda de casación:

"Confusión, anarquía, no aducción de causales, lamentable purificación del recurso a instancia ordinaria, examen desacertado de aspectos procesales nada incidentes a la pretensión final, tal es el cuadro que ofrece la presente demanda.

"Reiteradamente ha sostenido este Ministerio público la necesidad, ya perentoria, de que se haga cumplir por la H. Corte con inexorable criterio el deber intelectual y jurídico que sustenta el espíritu del recurso y que impone requisitos severos para que pueda ser considerado apto y en tal forma proceder a su examen. No es posible, por respeto al mismo alto Tribunal, que conoce de la casación, desacatarlo tácitamente, llevando a su conocimiento escritos que difícilmente obtendrían recibo en una oficina jurisdiccional de jerarquía infinitamente subalterna.

"Casación implica contienda, controversia, crítica, combate a la sentencia para imponer la ley violada o lesionada; emplazamiento lógico a ella, precisión de puntos en derecho, reflejados y cotejados con el acervo probatorio; discurso lógico y raciocinio contundente. Nada de ello halla esta Procuraduría para el caso de autos.

"En consecuencia, por sustracción absoluta de materia competente, no puede dar respuesta a una demanda virtual, técnica y jurídicamente inexistente".

SE CONSIDERA:

En realidad el memorial dirigido a la Sala por el recurrente, o guiso de demanda de casación, no reúne los requisitos de forma ni de fondo exigidos por el artículo 531 del Código Judicial, aplicable también a las demandas de casación en lo penal, pues dicho memorial es un corto y mediocre alegato de instancia, en el que no se contiene ni siquiera un resumen de los hechos y en el que tampoco se invoca en forma clara y precisa, ninguna de las causales de casación establecidas por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Para que una demanda de casación pueda tener éxito, es necesario que quien interpone el recurso extraordinario lo sustente debidamente, ciñéndose estrictamente a las disposiciones legales que lo establecen y reglamentan, no solamente en su aspecto de forma sino en cuanto a los requisitos intrínsecos o de fondo. La reunión de estos factores es lo que desde el punto de vista de la técnica procesal, constituye una demanda que sirva de fundamento para que la Sala pueda proceder a hacer el estudio de las cuestiones que en ella se plantean.

Pero a este resultado no se llega por la presentación de un simple memorial o alegato de instancia, ni tampoco por la referencia que se haga en él de las disposiciones que se estiman violadas, sino mediante la adecuada demostración de las causales invocadas. Al proceder de otra manera el recurso extraordinario de casación, de hecho, se convertiría en una tercera instancia y la técnica que legalmente debe presidirlo sería completamente inoperante.

En relación a esta cuestión de la técnica del recurso de casación, esta Sala, en diversas oportunidades ha expresado que: "La demanda debe contener —ha dicho ella— una solicitud —elemento volitivo de la acción— y una motivación, factor lógico de impugnación. Los motivos que son específicos —causales de casación— determinan el límite o ámbito dentro del cual se mueve la potestad jurisdiccional de la Corte en orden al control técnico jurídico de la sentencia y a las finalidades del recurso. La demanda debe contener una sistematización legal de crítica a la sentencia, invocación de la causal y motivos que la sustentan. La motivación de cada causal debe

ser precisa y concreta para destruir los fundamentos jurídicos del fallo acusado.

"Lo importante en la técnica del recurso de casación es saber formular la demanda para obtener un resultado, o sea el fin perseguido, anulación del fallo acusado. No es lo mismo alegar en las instancias del juicio que confeccionar una demanda de casación. Lo primero, no está condicionado a reglas de técnica; lo segundo, implica conocimiento completo de las disposiciones legales que regulan el recurso ante la Corte".

Además, y en relación con la interpretación del alcance del artículo 565 del C. de Procedimiento Penal, la Sala en diversas oportunidades ha sostenido que: "Cuando el artículo 565 del C. de P. P. dice que el recurso debe declararse desierto si no se fundare en la oportunidad legal, no sólo está indicando la ausencia de todo escrito tendiente a respaldar el propósito de impugnación, sino también el caso en que la demanda a que se refiere el inciso segundo del artículo 563 ibidem, no indique de manera precisa los hechos y las razones jurídicas en que se basa el recurrente y que sirvan a la Corte para hacer un estudio concreto de la providencia recurrida en relación con la causal o causales que se invoquen".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, DECLARA DESIERTO el recurso interpuesto contra la sentencia de fecha cinco de mayo de mil novecientos sesenta proferida por el Tribunal Superior de Medellín, por la cual se condenó a Luis Eduardo Suárez Giraldo, a la pena principal de seis meses de prisión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres.—Gustavo Rendón Gaviria.—Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pinquinto León L., Secretario.

INVALIDACION DE UN FALLO CONDENATORIO EN PROCESO DE HOMICIDIO, POR NO APARECER LA PRUEBA DE LA CELEBRACION DE LA AUDIENCIA PUBLICA, Y DECLARACION DE NULIDAD DE PARTE DEL PROCESO

1.—Si el cargo que se hace a la sentencia alude a la falta de consonancia de aquélla con el veredicto del Jurado, el impugnante debe presentarlo con invocación de la causal tercera de casación. La misión del juez de derecho en los juicios en que interviene el Jurado es la de interpretar el veredicto para encuadrarlo dentro de las disposiciones que reprimen el hecho. La sentencia, por tanto, tiene por fundamento inmediato la respuesta dada al cuestionario por los jueces de conciencia. Si rebasa los límites del veredicto, es casable por la causal tercera del artículo 567 del C. de P. Penal.

2.—No habiendo sido firmado por el Juez el escrito que figura en autos como acta de audiencia pública, es evidente que, por falta de autenticidad, no tiene el alcance de prueba de los hechos que allí se relatan. No puede entonces tomarse como acreditado que en el juzgamiento del procesado se haya cumplido con formalidades del juicio, fundamentales en el proceso, como el juramento que ante el juez de derecho deben prestar los jueces de conciencia. Luego se ha incurrido en nulidad constitucional por cuanto dejaron de cumplirse los trámites que la ley señala (artículo 26 de la Carta).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, abril catorce de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

VISTOS:

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, fechada el 4 de julio de 1960, por la cual se impuso al procesado Campo Elías Carrero Barrera la pena de siete años y seis meses de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Luis Buitrago Carrero.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El día primero de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete, en las horas de la noche, Luis Buitrago Carrero departía con otras personas en la tienda de Aureliana Gil, en la población de Cocuy. Poco después llegó al mismo establecimiento el procesado Carrero Barrera, habiéndose suscitado entre aquél y éste un altercado, que concluyó con la muerte de Buitrago Carrero, allí mismo, a consecuencia de varias heridas que con cuchillo le ocasionó Carrero Barrera.

Perfeccionado el sumario, el Juzgado 1º Superior de Santa Rosa de Viterbo, mediante providencia de 13 de noviembre de 1958 calificó su mérito y llamó a juicio al procesado por el delito de homicidio, resolución que fue confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, por auto de 22 de septiembre de 1959.

Tramitado el juicio, se profirió la sentencia de primera instancia, fechada el 22 de enero de 1960, por la cual el Juzgado 1º Superior de Santa Rosa de Viterbo, con fundamento en el veredicto de

los Jueces de Hecho, condenó a Carrero Barrera por el delito porque fue llamado a juicio.

Ahora bien:

A los folios 182 y 183 aparece un escrito en el cual se dice, entre otras cosas, que "en Santa Rosa de Viterbo, a dos de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, se reunieron en el despacho del Juzgado Primero Superior, con el objeto de llevar a término la audiencia pública en la presente causa, siendo la hora y fecha señalados al efecto por auto de fecha noviembre diez del año en curso, el señor Juez doctor Agustín Lizarazo Granados; el señor Fiscal, doctor Manuel Peñalosa Niño; el señor defensor, doctor Pablo A. Barón Garavito: el señor apoderado de la parte civil, doctor Cristóbal Escobar; los jurados, el procesado y el suscrito Secretario. Declarado abierto el acto por el señor Juez y recibido el juramento al jurado, por parte de la Secretaría se dio lectura al auto de proceder y a la providencia del H. Tribunal por la cual se reformó la anterior. Luego de esto, se dio por parte del señor Juez la posesión legal del cargo de apoderado de la parte civil al doctor Cristóbal Escobar, quien bajo la gravedad del juramento prometió cumplir fielmente con sus deberes. Sucedido lo anterior, se leyó...".

Pero a pesar de que en la parte final de lo referido en los folios citados aparece escrito a máquina el nombre y apellido del Juez 1º Superior de Santa Rosa de Viterbo, la firma de éste no fue puesta.

DEMANDA DE CASACION

Con invocación de la causal cuarta prevista en el artículo 567 del C. de P. P., el doctor Pablo Barón Garavito hace a la sentencia recurrida los siguientes cargos:

A.—Que "el parentesco de afinidad existente entre mi defendido...", dice el demandante... "y el interfecto Buitrago, está contemplado por el numeral 1º del artículo 363 del Código Penal como circunstancia modificadora del delito de homicidio y que lo eleva a la categoría de asesinato. Así, esta circunstancia ha debido someterse a consideración del jurado de conciencia, conforme a la doctrina de la Corte. Al no hacerlo, se sentenció a mi defendido en segunda instancia —que no en primera— por el delito de asesinato o de homicidio agravado, sobre el cual no fue juzgado".

Dice, asimismo, que "el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943 dispone que en la elaboración del cuestionario que se somete al jurado se deben determinar 'las circunstancias' que constituyen el hecho materia de la causa, conforme al auto de proceder", y que "una de dichas circunstancias modificadoras de la responsabilidad la constituye el parentesco existente entre el interfecto y mi defendido, o sea el primer grado de afinidad... circunstacia que no fue sometida a la consideración del jurado".

Anota el impugnador que la Corte, en sentencia de 27 de marzo de 1946, dice lo siguiente: "La interpretación lógico-jurídica de la norma citada (artículo 28 de la Ley 4ª de 1943) es la de que los cuestionarios deben formularse, no sólo de acuerdo con los cargos imputados en el auto de proceder, sino de conformidad con aquellas circunstancias modificadoras de la responsabilidad que se demuestren en el curso del juicio. En esta forma, se establece un equilibrio perfecto entre dos derechos: el de la defensa social, por una parte, y el del procesado, por la otra; y la posible arbitrariedad judicial en la redacción de los cuestionarios, se evita o limita por el auto de proceder y por las pruebas del juicio". (G. J. Tomo LX, pág. 203).

Y que el cuestionario propuesto al Jurado en este proceso solamente pregunta si "Campo Elías Carrero... es responsable, sí o no, del hecho de haber herido intencionalmente y con el propósito de matar, con arma cortante y punzante, a Luis Buitrago Carrero, a consecuencia de cuyas lesiones murió...", sin señalar el grado de parentesco existente entre víctima y victimario, a los fines previstos en el ordinal 1º del artículo 363 del C. P.

B.—Que el artículo 499 del C. de P. P. "ordena que la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponde al Juez de derecho. Es decir, impide al Juez de derecho pronunciarse sobre una circunstancia modificadora o un elemento constitutivo del delito. Y la sentencia proferida por el H. Tribunal de Santa Rosa de Viterbo entra a apreciar y calificar la circunstancia de parentesco, modificadora del delito de ho-

micidio y que lo eleva al grado de asesinato... sin que sobre ella se hubiera pronunciado el jurado de conciencia".

Que "esto equivale...", observa el demandante... "a sentenciar a mi defendido por el delito de homicidio agravado con circunstancias de asesinato, respecto del cual no se le había formulado un cargo del cual defenderse.....", tanto más, cuanto que "en el auto de proceder no se hizo referencia expresa a la relación de parentesco existente entre el interfecto y mi defendido".

"Al hablar el juzgado de 'homicidio simplemente intencional', descarta el asesinato, pues se refería expresamente al artículo 362 del Código Penal...: y que "el Tribunal...." confirmó el llamamiento a juicio, con la única modificación de tomar como existente una riña imprevista para el procesado. De consiguiente, "la sentencia del Tribunal fue totalmente sorpresiva....", pues el "juzgado no había sentenciado por asesinato".

C. — Que "en el proceso contra mi defendido Carrero...", anota el recurrente... "aparece que el acta de la primera sesión de la audiencia pública carece de la firma del señor Juez, como se puede constatar al folio 183. Y falta la firma del señor Juez precisamente en el acta correspondiente a la recepción del juramento a los señores Jurados, requisito indispensable, según la doctrina de la Corte y por mandato del artículo 582 del C. de P. P. Es decir, se dictó sentencia sin que aparezca la prueba conducente para acreditar que la audiencia pública se verificó, dada la falta de autenticidad del acta respectiva'".

Considera el demandante, con apoyo en los anteriores cargos, que el fallo recurrido "viola el artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto se juzgó a Campo Elías Carrero sin 'observar la plenitud de las formas propias del juicio', pues se violaron los artículos 28 de la Ley 4ª de 1943 y 499 del C. de P. P., a más de haber sido dictada la sentencia sin que aparezca 'la prueba conducente para acreditar que la audiencia pública se verificó, dada la falta de autenticidad del acta respectiva'".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Expresa el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal lo que pasa a transcribirse:

"El primero..." de los cargos formulados..... "lo rechaza este Despacho por infundado, pues si bien es cierto que es al Jurado de conciencia a quien corresponde la apreciación y calificación de las circunstancias modificadoras del delito o de los elementos constitutivos de éste, no es menos evidente que dicha regla general tiene precisamente su excepción o no se cumple en el evento contemplado por el ordinal 1º del artículo 363 del Código Penal.

"Y no se cumple, porque el vínculo del parentesco, sea de consanguinidad o afinidad, no constituye circunstancia de agravación que dependa del reconocimiento que hagan de su existencia los jueces de hecho. El existe de por sí y su simple violación, la cual se consuma cuando quiera que se dé muerte a un pariente dentro de los grados indicados por el ordinal en cita, constituye razón suficiente para que el homicidio reciba la denominación de asesinato. Por lo mismo, no era necesario que en el cuestionario sometido a la consideración del tribunal popular que intervino en la causa seguida al acusado Carrero Barrera, se hiciera alusión a dicha vinculación y se preguntara si el mismo acusado había o no dado muerte a su padrastro.

"Por lo demás, la prueba de dicho vínculo en materia penal no es tan exigente como en lo civil, desde luego que basta según la jurisprudencia nacional, 'la certeza de que el autor de un delito tenía conocimiento claro y preciso del vínculo que lo unía con su víctima....' siendo posible dar por demostrado el parentesco por medios comunes distintos de los que exige la ley civil (véase casación de Miguel Luque Miranda, de 5 de septiembre de 1947, citada a la pág. 385 del Tomo 3º de la obra de Agustín Gómez Prada: 'Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia').

"En el caso a estudio, tal cosa es la que ocurre, pues, de un lado, el acusado al rendir indagatoria y confesar el delito, admitió que le había dado muerte a quien fuera el marido legítimo de su señora madre, esto es, de Helena Barrera (fl. 27, cuaderno 1º). Y, de otro lado, obra en autos la partida de bautismo del occiso, en la que, a manera de nota marginal, se certifica que el señor Luis Buitrago 'contrajo matrimonio con Helena Barrera el cinco de marzo de 1937' (fl. 33 id.). Además, sucede que la mencionada señora, al declarar en autos, afirma que es la madre del acusado y Luis Buitrago era su esposo legítimo (fl. 37, id.).

"Y también ocurre que en el auto de proceder y en el confirmatorio de éste, los cuales obran a los fls. 145 y 167 del cuaderno principal, expresamente se habla de un homicidio cometido por un entenado contra su padrastro.

"De modo, pues, que no es cierto que haya sido infringido con la sentencia acusada, el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943.

"Con respecto al segundo cargo...", anota el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal..... "las razones que ha aducido...." el demandante... "en su empeño de demostrar la carencia de fundamento de la primera tacha formulada al fallo del **ad quem**, sirven igualmente para juzgar que no es cierta la violación del artículo 499 del C. de P. P.

"Finalmente, al hacer referencia al tercer cargo formulado a la sentencia, la Procuraduría expresa su absoluta conformidad con el razonamiento hecho en la demanda, a fin de sustentar dicha tacha.

"Resulta feliz la cita de la jurisprudencia de la H. Corte, pues ésta le presta todo apoyo al concepto del recurrente que tiende y consigue demostrar que en el proceso seguido a Campo Elías Carrero se dictó sentencia sin que apareciera la prueba conducente para acreditar la audiencia pública, dada la falta de autenticidad del acta respectiva'.

"En realidad, no habiendo firmado el Juez del conocimiento el acta visible a los fls. 182 y 183 del cuaderno principal, la violación del artículo 475 del C. de P. P. es manifiesta y apareja como consecuencia la de que los señores jueces de hecho llamados a decidir sobre la responsabilidad del acusado Carrero Barrera, no fueron debidamente juramentados, por cuyo motivo se infiere que no se observaron plenamente las formas propias del juicio.

"La firma del Secretario del Juzgado que aparece estampada en la cuestionada acta, no es suficiente, porque 'representa apenas un requisito de autenticidad *de* de forma respecto del acto jurisdiccional ejercido por el Juez', según lo tiene preceptuado también esa Superioridad en su auto de 30 de enero de 1952, que figura en el Tomo LXXI de la Gaceta Judicial y que cita Ortega Torres en su codificación'

"Ese solo requisito cumplido, se repite, no es bastante, porque la firma del Secretario, si sirve para autenticar las firmas estampadas por el Fiscal del Juzgado, el defensor, el apoderado de la parte civil, el procesado y los jurados, no suple la del Juez, quien al abstenerse de suscribir el acta, dejó de aprobarla, como lo demanda la ley.

"Por lo demás, si el mentado artículo 475, el cual no es más que desarrollo de la norma general contenida en el artículo 194 del mismo C. de P. P., prescribe que el acta debe ser firmada por el Juez, el Secretario y las demás personas que hayan intervenido en la audiencia, es porque solamente firmando unos y otros, puede considerarse auténtica la misma acta o, lo que es lo mismo, que son ciertos los hechos atestiguados o que se hicieron constar en ella. Es dable, por tanto, decir que cada uno de los que firman un escrito de tal naturaleza, por haber intervenido en la actuación procesal reseñada, contribuye a legalizar el documento, en lo que atañe a su particular actuación.

"Las anteriores consideraciones conducen a reconocer que la causal cuarta alegada es procedente por ser fundado el tercer cargo que se puntualiza en la demanda. Por consiguiente, el suscrito Procurador Primero Delegado en lo Penal, de manera atenta, solicita de la H. Corte que devuelva el proceso al Juzgado del conocimiento, por conducto del H. Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, para que se reponga el procedimiento a partir del auto del fl. 176 del cuaderno principal".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sólo con invocación de la causal cuarta de casación, indicada en el artículo 567 del C. de P. P., impugna el demandante la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por la cual impuso a Campo Elías Carrero Barrera la pena de siete años y seis meses de presidio, como responsable del delito de homicidio consumado en la persona de Luis Buitrago Carrero.

Y siendo evidente que los dos primeros cargos que se hacen al fallo recurrido aluden a la falta de consonancia de la sentencia, en cuanto a los hechos, con el veredicto del Jurado, el impugnante ha debido presentarlos con invocación de la causal tercera de casación señalada en el artículo 567 citado, la cual procede:

"Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

La misión del juez de derecho en los juicios en que interviene el Jurado es la de interpretar el veredicto para encauzarlo dentro de las disposiciones que reprimen el hecho. La sentencia, por tanto, tiene por fundamento inmediato la respuesta dada al cuestionario por los jueces de conciencia. Si rebasa los límites del veredicto, es casable por la causal tercera del artículo 567 aludido.

Sólo con invocación de esta causal, en tales casos, pueden tomarse las medidas conducentes para enmendar el yerro cometido en el fallo acusado: invalidar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo, como reza el literal a) del artículo 570 del C. de P. P., para cuando la Corte acepta alguna de las causales de casación indicadas en los ordinales 1º, 2º y 3º del artículo 567 de la misma obra.

La causal cuarta de casación, citada por el demandante para fundamentar en ella los dos primeros cargos que hace a la sentencia, no permite a la Corte proferir el fallo que deba reemplazar al invalidado, pues ella, como la quinta y la sexta, de conformidad con el literal b) del artículo 570 mencionado, sólo conducen a que se devuelva el proceso a quien corresponda, por conducto del Tribunal de origen, para que se dicte la sentencia o se reponga el procedimiento.

No puede, pues, la Sala ocuparse del examen de los dos primeros cargos hechos por el impugnante, porque la causal cuarta invocada no permite tomar la resolución pertinente, en caso de que resultaren demostrados.

Ahora bien:

Es evidente que el escrito de los folios 182 y 183 no tiene, por falta de autenticidad, el alcance de prueba de los hechos que allí se relatan. No puede, entonces, tomarse como acreditado que en el juzgamiento de Carrero Barrera se haya cumplido con formalidades del juicio, fundamentales en el proceso, como el juramento que ante el juez de derecho, deben prestar los jueces de conciencia.

De consiguiente, se ha incurrido en una nulidad constitucional, pues se dejaron de cumplir, en este proceso, los trámites que la ley señala, contra el mandato contenido en el artículo 26 de la Carta.

En sentencia de 24 de marzo de 1960 (G. J. Tomo XCII, Nos. 2223 y 2224, pgs. 557 y sgs.), dijo la Sala:

"Siendo evidente que en este proceso se ha incurrido en una nulidad constitucional, como habrá de demostrarse, no es pertinente el examen de los cargos hechos a la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo con fundamento en la causal 2ª de casación...

"En efecto, como lo expresa el apoderado de Etelvina Tibocha, es evidente que el escrito que aparece a los fls. 14 y 15 del 2º cuaderno... es procesalmente inexistente, pues no está suscrito por el Juez Superior de Santa Rosa de Viterbo, que debía firmarlo.

"Y el artículo 149 del C. de P. P. dispone que 'de toda diligencia que se practique...', se extienda 'la correspondiente acta, que se irá escribiendo a medida que se vaya practicando y que será firmada por el Juez o funcionario y su Secretario y las demás personas que intervengan'.

"Igual mandato y ya con respecto a la audiencia con intervención del Jurado, se encuentra en el artículo 475 del mismo C. de P. P., que dice: 'De todo lo sucedido durante la audiencia el Secretario extenderá un acta debidamente detallada, que firmarán el Juez, el Secretario y las demás personas que hayan intervenido en ella. Antes de firmarla será leída a los que deban suscribirla; si alguno tuviere reparos o rectificaciones que hacerle, así lo hará constar en el acta'.

"Y es natural que se hayan previsto estas exigencias, pues las correspondientes actas de un proceso penal están llamadas a servir de prueba de los hechos y diligencias de que dan cuenta, como documentos públicos que son.

"Pero si el escrito correspondiente no está firmado por el Juez...", como ocurre en este negocio..., "es lógico que no existe el acta, no existe el documento público que el acta representa, pues en todo documento, público o privado, es menester que se den sus condiciones esenciales de tenor y firma.

"Es lógico entonces, que si esa escritura no se debe a autor determinado, porque no la ha suscrito la persona que se dice autor de ella o haber concurrido a ella, mal puede ser apta para probar un hecho jurídicamente relevante, como lo es, por caso, el de que a un procesado se le juzgó con el lleno de las formalidades propias del juicio...

"No se trata de declarar con fundamento en el artículo 202 del C. de P. P., que la diligencia de

audiencia pública en este negocio, 'no se ha verificado', por no haberse dado cumplimiento a formalidades previstas en la ley, cuya inobservancia lleve consigo la sanción de nulidad del acto. Ocurre, como se deja expuesto, que no aparece la prueba conducente para acreditar que la audiencia pública se verificó, dada la falta de autenticidad del acta respectiva.

"Procede, en consecuencia, declarar nulo lo actuado desde la diligencia de sorteo de los jueces de conciencia, pues se ha incurrido en violación de las garantías previstas en el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Prospera, pues, en este negocio, el cargo que el demandante ha hecho a la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, con invocación de la causal cuarta de casación, consistente en que por no aparecer la prueba de que se instaló, en la forma legal, el Jurado que debiera juzgar a Campo Elías Carrero Barrera, no está acreditado que se cumpliera con las formalidades propias del juicio, violándose, así, la garantía pertinente del artículo 26 de la Carta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y de acuerdo, en parte con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, por autoridad de la ley, INVALIDA el fallo acusado y, en su lugar, DECLARA NULO el proceso a partir de la diligencia de sorteo del Jurado, practicada el 27 de octubre de 1959.

Por conducto del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, envíese este negocio al Juzgado 1º Superior de la misma ciudad, para que reponga la tramitación anulada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez. — Pioquinto León, Secretario.

SE DESECHAN LOS CARGOS QUE, CON INVOCACION DE VARIAS CAUSALES, SE FORMULARON CONTRA LA SENTENCIA QUE PROFIRIO CONDENA POR DELITO DE HOMICIDIO

1.—Ninguna norma procesal establece que los testimonios que se produzcan en el sumario para la investigación del delito, tengan que practicarse con asistencia del procesado, bien sea solo o en compañía de su apoderado. De consiguiente, si el procesado no estuvo presente en la recepción de las declaraciones de quienes fueron testigos del delito que él llevó a cabo, no por eso sabe sostener que se conculcaron sus derechos.

2.—De conformidad con el artículo 396 del C. de Procedimiento Penal, la práctica de careos corresponde a una facultad discrecional del funcionario instructor o del de conocimiento. Por lo mismo, si no se llevan a término, no es posible hablar de violación de ese texto legal, como lo pretende el recurrente.

3.—No siempre en el proceso penal es indispensable la inspección ocular, llamada de reconstrucción de los hechos. Así, en el caso de autos, en que nadie presentó la menor duda de que los testigos presenciales pudieron observar los acontecimientos desde el sitio desde donde afirmaron haberlos visto, no era necesaria la reconstrucción para establecer este punto, y por tanto no hubo violación de la ley por el hecho de no haberla practicado.

4.—En el veredicto conocido en estos términos 'Sí es responsable, pero en estado de ira causado por injusta provocación', no aparecen contenidos todos los elementos que exige el artículo 28 del Código Penal para la integración del atenuante específico allí previsto. En efecto, la provocación, conforme al citado artículo 28, para que pueda generar el atenuante que allí se prevé, además de injusta tiene que revestir el carácter de grave, modalidad que no se reconoce en este veredicto.

5.—Para que un veredicto pueda entenderse como contradictorio es necesario que contenga proposiciones que choquen entre sí y se nieguen.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, catorce de abril de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación respecto de la sentencia del 21 de marzo del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó al señor José Jesús Ramírez Granados, como responsable del delito de homicidio en el señor Nicanor Quimbayo Barrios, a la pena de ocho años de presidio y accesorias del caso.

ANTECEDENTES:

En la tarde del 30 de marzo de 1968 se presentó a la tienda del señor Valeriano Ospina,

ubicada en el punto de "Las Brisas", en los alrededores de la población de "El Guamal", de la por entonces Intendencia del Meta, el señor José Jesús Ramírez y allí hizo conocer de aquél que "tenía que arreglar un asunto" con el señor Nicanor Quimbayo, el cual apareció poco después en el mismo sitio, y entró a un reservado del establecimiento, lugar a donde lo siguió el predicho Ramírez y en donde le planteó agria disputa, lo que determinó la intervención del citado Ospina para hacerlos salir del aludido reservado. En esta suerte abandonaron ese sitio y al dar a la puerta de la tienda Ramírez, quien tenía la iniciativa en las palabras descompuestas, lanzó frase agresiva a Quimbayo y a continuación extrajo un cuchillo "peinecabra" y, con esa arma se le fue encima, por cuya razón éste emprendió carrera, perseguido por aquél, quien al darle alcance, le causó la muerte mediante varias cuchilladas.

CALIFICACION DE LOS HECHOS:

El conocimiento de los hechos referidos correspondió al Juzgado 1º Superior de Bogotá el cual llamó a juicio, en auto del 25 de agosto de 1958, al procesado señor José de Jesús Ramírez, aclarando en la motivación de esta medida, que el homicidio que daba lugar a ella, consumado en la persona del señor Nicanor Quimbayo, contra lo que conceptuaba el señor Fiscal, quien lo estimó con las características de asesinato, era simplemente voluntario. Esa vocación a juicio, dentro de los mismos términos en que se produjo, la confirmó el Tribunal Superior en su auto del 22 de noviembre del mismo año. En consecuencia, en la oportunidad legal, le fue propuesto al Jurado el siguiente cuestionario que se reproduce acompañado de su respuesta:

"CUESTION UNICA: El acusado JOSE JESUS RAMIREZ GRANADOS es responsable, SI o NO, de haberle causado voluntaria e intencionalmente, con el propósito de matar, heridas corto-punzantes a **Nicanor Quimbayo Barrios** que le produjeron anemia aguda por hemorragia interna, causa única determinante de la muerte, hecho que realizó a eso de las seis y media de la tarde del treinta o treinta y uno de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho, en el establecimiento de cantina denominado "Las Brisas", de la jurisdicción municipal de Guamal (Intendencia del Meta), comprensión de este Distrito Judicial?

"EL JURADO RESPONDE: "Sí es responsable pero en estado de ira causado por injusta provocación".

Con fundamento en este veredicto, el cual se interpretó en el sentido de que en modo alguno consagraba modalidad que atenuara la responsabilidad del procesado en forma específica, el Juzgado dictó la sentencia del caso con fecha 30 de julio de 1959, condenando a Ramírez Granados, como responsable del homicidio en el señor Nicanor Quimbayo, a la pena de ocho años de presidio y accesorias correspondientes; fallo que el Tribunal Superior de Bogotá confirmó, en el suyo de 21 de marzo del año pasado, sin ningún reparo ni observación.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, presentada por conducto de apoderado y conforme a las exigencias del artículo 531 del C. J., el recurrente invoca como causales de casación, conforme al orden que se indica, las previstas en los ordinales 4º, 3º, 1º y 7º del C. de P. P. Con fundamento en la 4ª, referida a que la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, el libelo, luego de que anota que "el expediente prueba que Ramírez Granados no disfrutó de los adecuados medios defensivos que la ley prescribe para tales casos", trae varios cargos al fallo acusado, encaminados a demostrar que se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional. Esos cargos, en suma, son los siguientes:

a) Ramírez Granados "rindió indagatoria ante el señor Alcalde de Guamal asistido por un apoderado de oficio, el señor Antonio Parrado, completamente ajeno a las disciplinas del Derecho.

b) El mismo sujeto no fue asistido de apoderado en la diligencia de reconocimiento del cadáver del señor Nicanor Quimbayo, omisión en la que también se incurrió "a través de la práctica de diferentes pruebas y recepción de declaraciones que solamente afirmaron la responsabilidad del procesado", lo que tanto significa, que "no tuvo abogado que lo asistiera en las diligencias iniciales del proceso";

c) Los derechos del procesado "fueron vulnerados por el funcionario instructor al no practicar los diferentes cargos a que estaba obligado a efectuar (sic) con los diferentes testigos de car-

go, tal como lo ordena el artículo 376 del estatuto procesal";

d) No se verificaron las citas que a su favor hizo el procesado, lo que fue violatorio del artículo 356 del C. de P. P.;

e) En la recepción de la indagatoria se formularon al procesado preguntas "capciosas e inoperantes";

f) No se practicó una inspección ocular reconstructiva de los hechos de autos, la cual hubiera servido para establecer "si los testigos podían observar desde el mismo sitio desde donde afirmaron haber presenciado los acontecimientos", y así "se creó una duda sobre la veracidad de dichos testimonios y lo afirmado por el procesado y que no fue tenido en cuenta por el Juez de derecho para resolverla a favor del incriminado"; y,

g) Las pruebas solicitadas en el memorial que obra al folio 74 del cuaderno principal no fueron practicadas en consideración a que ese memorial se presentó "fuera de tiempo".

El recurrente, conforme a estos cargos, considera que se violaron, en perjuicio del procesado Ramírez Granados, los textos legales que a continuación se indican: artículo 5º de la Ley 21 de 1931 y 104 del C. de P. P.; el 203, el 204, el 210, el 255, el 295, el 351, el 376, el 436 y el 472, en armonía con el 451 y el 471 del mismo Código citado.

La causal 3ª se sustenta, dentro de la demanda, conforme a los siguientes argumentos:

"Siendo que el Tribunal popular convocado para juzgar en conciencia a José Jesús Ramírez Granados contestó el cuestionario sometido a su consideración por el Juez de Derecho, afirmando la responsabilidad de éste, pero agregando que el hecho criminoso lo había cometido en estado de ira determinado por injusta provocación quiso fue reconocer el estado aminorante de responsabilidad consagrado en el artículo 28 del C. Penal, pero como al Juri la Ley 4ª de 1943 no le exige que use fórmulas sacramentales en su respuesta, ni que acomode su respuesta a los términos técnicos del derecho penal, al suprimir la palabra "grave" que exige la citada norma sustantiva, dejó trunco el veredicto, lo que determinó que el Juez de Derecho aplicara el artículo 362 del C. Penal en lugar del artículo 28 ya citado. Hay manifiesta contradicción entre el pensamiento expresado por el Jurado en su decisión y la norma para contestar la modalidad del estado de ira e intenso dolor prevista por el Código".

La causal 1ª se propone sobre la base de la aplicación indebida del artículo 362 del C. P. y la falta de aplicación del artículo 28 de la misma obra, ya que en sentir del recurrente, el Jurado, en el veredicto, reconoció la modalidad de específica atenuación de la responsabilidad a que se contrae el segundo de los dos textos legales.

La causal 7ª, propuesta en último término, aparece planteada en la forma siguiente:

"Afirmar que José Jesús Ramírez Granados cometió un homicidio de propósito estando debidamente reconocida "la ira por injusta provocación" es dictar una sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio, ya que si el Jurado reconoció la ira injustamente provocada por el occiso, el Tribunal no podía condenar al procesado sin reconocer dicha circunstancia, no como un estado de menor peligrosidad, sino como circunstancia aminorativa de responsabilidad del mismo. Al contestar el cuestionario, no en la forma propuesta por el Juez, sino agregando circunstancias aminorativas de responsabilidad y para lo cual el Tribunal del pueblo es soberano, y no siendo reconocidas dichas circunstancias por el Juez de Derecho, implica que la sentencia fue dictada sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador 1º Delegado, con el cuidado y ponderación que le son propios, después de un estudio exhaustivo de la demanda, en orden a cada una de las causales invocadas, solicita de esta Corporación que no se invalide el fallo acusado. De este estudio se irá ocupando la Sala a medida que vaya siendo necesario.

SE CONSIDERA:

De acuerdo con lo que consta en la respectiva acta de indagatoria, el señor Ramírez Granados fue informado "del derecho que tiene de nombrar un apoderado que lo asista en la diligencia" y como manifestó no tener a quién designar, en fuerza de "no haber abogado titulado en la localidad", se procedió a nombrarle "de oficio al señor Antonio Parrado", quien desempeñó el cargo previo el juramento de rigor. En estas condiciones, como de suyo se comprende resulta inconsulto pretender que en la indagatoria se vio-

laron los artículos 5º de la Ley 2ª de 1931 y 104 del C. de P. P. puesto que lo que aparece es que se dió cumplimiento a esas disposiciones legales.

La diligencia de reconocimiento del cadáver del señor Nicanor Quimbayo, por parte del acusado Ramírez Granados, la cual figura a los folios 3 v. y 4 del cuaderno principal, no era necesaria, en orden a que éste dentro de su indagatoria, confesó ser el autor del delito, por cierto en forma muy clara.

Ninguna norma procesal establece que los testimonios que se produzcan en el sumario para la investigación del delito a que hayan de contraerse, tengan que practicarse con la asistencia del procesado, bien sea solo o en compañía de su apoderado. De consiguiente, si como ocurrió, el señor Ramírez Granados no estuvo presente en la recepción de las declaraciones de quienes fueron testigos del delito que llevó a cabo, no por ello cabe sostener que se conculcaron sus derechos.

De conformidad con el artículo 376 del C. de P. P., invocado por el mismo recurrente, la práctica de careos corresponde a una facultad discrecional del funcionario instructor o del de conocimiento. Por lo mismo, si no se llevan a término, no es posible hablar de violación de ese texto legal.

El acusado, en su declaración de indagatoria, citó el nombre de cuatro personas que lo conocían y que podían dar testimonio de su conducta, tres de personas en donde había trabajado y, por último, dijo el de otras tres personas que habían presenciado los hechos en que dió muerte al señor Nicanor Quimbayo. A las primeras siete no se les recibió declaración, omisión con la que no se perjudicó en modo alguno al procesado, particularmente si se tiene en cuenta que la pena principal que se le impuso fue la mínima que corresponde para el homicidio simplemente voluntario.

De los tres testigos que el acusado citó como presenciales de los hechos se recibió declaración a los señores Valeriano Ospina y Dámaso Zúñiga, según aparece a los folios 4 y ss. y 11 y ss. del cuaderno principal. No ocurrió lo mismo con respecto a un tal Honorio Calderón, pero la verdad es que el recurrente ni siquiera ensaya un solo argumento para demostrar que la no recepción de esa declaración perjudicó al señor Ramírez Granados. En estos términos es impropio pretender que hubo renuencia en la práctica de las pruebas que podían favorecer al sindicado y, por lo tanto, violación del artículo 295 del C. de P. P.

No se le alcanza a la Sala cuáles fueron las preguntas que en la indagatoria se formularon al procesado como capciosas y, examinada esa diligencia no se encuentra ninguna que revista ese carácter y, por su parte, el recurrente tampoco presenta, con su debida demostración las que puedan tener esa condición.

No siempre en el proceso penal es indispensable la inspección ocular, llamada de reconstrucción de hechos. En el caso de autos no se hacía necesaria esa reconstrucción para establecer si los testigos presenciales de los sucesos "podían observar desde el mismo sitio desde donde afirman haber presenciado los acontecimientos", ya que a ese respecto nadie presentó la menor duda.

Conforme al memorial que obra al folio 74 del primer cuaderno del expediente, aparece que el procesado señor Ramírez Granados solicitó algunas pruebas, las cuales se le negaron en el auto que obra al folio 75 ibidem, "por ser extemporáneas". Esas pruebas, evidentemente, las pidió el acusado vencido el término probatorio del juicio, lo que quiere decir que en forma extemporánea y entonces se concluye en que estuvieron bien negadas. Por lo demás, debe anotarse que en firme el auto de proceder, en modo alguno corresponde al Juez continuar haciendo averiguaciones oficiosas, según lo ha sostenido esta Corporación en jurisprudencia reiterada del siguiente tenor:

"Cuando el proceso ya ha salido del estado de sumario, por auto firme de proceder, no le toca al juez continuar haciendo averiguaciones oficiosas en pro ni en contra del reo. El enjuiciamiento es el pliego de cargos que el poder social formula contra él, y en esta nueva etapa del proceso, que es el juicio propiamente dicho, entran el reo y su defensa a proponer y demostrar los descargos. Es claro que el Juez de la causa y sus auxiliares deben facilitar, con la mayor amplitud, al procesado, todos los medios normalmente útiles para desvanecer la imputación materia del proceso o reducirla a sus justos límites. Pero el juzgador, en esta segunda etapa, y salvo el poder discrecional que el juez superior tiene en las audiencias, guarda más bien una actitud de expectativa, dirigiendo el debate probatorio entre el ministerio público y la defensa,

actitud necesariamente diversa de la acuciosa que el investigador asume durante el sumario, cuando su oficiosidad está obligada aún a suplir la inercia del sindicado para defenderse".

"Sin embargo, tal actitud imparcial y de expectativa del juez durante la causa, no lo exime del deber legal de hacer efectiva la práctica de las pruebas que se le solicitan. Rehusarla arbitrariamente equivaldría a denegación de justicia y la sentencia dictada en un juicio que adoleciera de esta irregularidad, sería un fallo proferido sin las garantías reconocidas por la Constitución Nacional (artículo 22, hoy 26). (Casación de 16 de febrero de 1942, G. J. tomo LII, número 1978, página 454)".

De manera que, en síntesis, en la recepción de indagatoria del procesado Ramírez Granados, no se violó el artículo 104 del C. de P. P.; ya que allí estuvo asistido de apoderado, el que tuvo que ser un empírico por no haber abogados titulados en "El Guamal" y autorizarlo el artículo 5º de la Ley 21 de 1931, debiéndose advertir, de otra parte, que el predicho sujeto dispuso de amplia libertad a todo lo largo del proceso para designar en cualquier momento el apoderado o defensor que le hubiere provocado, derecho que se le hizo saber desde un principio. El artículo 210 del citado Código se refiere a los fines de la prueba de inspección ocular, y no se ve cómo pudo violarse ese texto, cuando la verdad es que en el proceso no aparece que se hubiera practicado inspección ocular alguna. El investigador obró con el celo que determina el artículo 295 ibidem, lo que indica que no se violó ese precepto. No aparece que en la indagatoria se hubieran formulado preguntas capciosas al acusado Ramírez Granados y entonces no es dable sostener que se violó el artículo 351 de la citada obra. Los careos son facultativos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 376 del estatuto en mención, y así, al prescindirse de ellos, no hubo violación de esa norma. Como quedó expresado, las citas que hizo el procesado Ramírez, en cuanto fue posible se evacuaron, lo que quiere decir que no se dejó de cumplir el artículo 356 del aludido Código. El artículo 451 de la obra en mención dispone que "las pruebas decretadas que no hubieren podido practicarse dentro del término probatorio, podrán practicarse, válidamente, en la audiencia pública". En este proceso no se decretaron pruebas en el término probatorio del juicio y, en esa suerte, no había ninguna para practicar en la audiencia, al menos pendiente, lo que indica que no se violó, como se pretende en el citado texto legal. No se ve en qué forma pudieron violarse los artículos 471 y 472 del C. de P. P., referido el primero al orden y las veces que corresponde a las partes para hablar en la audiencia pública, y el segundo a las amplias facultades de que goza el Juez para durante esa audiencia suscitar careos, exigir a los testigos o peritos las relaciones que considere necesarias y practicar las diligencias que estime convenientes, nada de lo cual le fue solicitado al funcionario que presidió el acto público en cuestión y que si no se llevó a cabo fue porque no le estimó necesario y oportuno, como en rigor debe deducirse.

El recurrente, dentro de la misma serie de cargos que hace a la sentencia acusada con invocación de la causal 4ª, sostiene que se violó el artículo 436 del C. de P. P., en razón de que a Ramírez Granados ha debido, en vez de llamársele a juicio, amparársele con un sobreseimiento temporal, aspecto que no corresponde discutir en el recurso de casación, puesto que lo oportuno era tratarlo en la calificación del sumario, particularmente a través del recurso de apelación que fue propuesto contra el auto de proceder. Respecto a la supuesta violación de los artículos 203, 204 y 255 del C. de P. P., apenas cabe observar que de ella no es dable tratar a través de la causal 4ª de casación sino de la segunda, la cual no se invocó ni tampoco era procedente hacerlo en orden a que el juicio se decidió con la intervención del Jurado.

De todo cuando se deja expuesto y comentado se desprende que no puede prosperar la causal 4ª de casación, ya que, contra lo que supone el recurrente, en los trámites del proceso contra Ramírez Granados, no se incurrió en violación de preceptos legales que pudieran configurar nulidades de esa índole, ni mucho menos en la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, en donde se garantizan las formas del juicio, las cuales, en el caso de autos, no se lesionaron en forma alguna.

La causal 3ª, como quedó anotado, se invoca en la consideración de que el fallo acusado se profirió "en desacuerdo con el veredicto del Jurado", el cual, en sentir del recurrente, reconoce

la modalidad a que se refiere el artículo 28 del C. P., modalidad que, en cambio, no se tuvo en cuenta en la sentencia.

Conocido el texto del veredicto, por haberse copiado en párrafos anteriores, fácil es analizarlo, y así se tiene, en primer término, que el Jurado afirmó la responsabilidad del procesado Ramírez Granados con respecto al homicidio que consumó en la persona del señor Nicanor Quimbayo. Esto es algo que no discute el recurrente. El veredicto, según se vió, contiene la frase explicativa "pero en estado de ira causado por injusta provocación", frase que es en la que se apoya la demanda para sostener la modalidad atenuante de que se ha hecho mérito. Ocurre, sin embargo, que en esa frase no aparecen contenidos todos los elementos que exige el artículo 28 del C. P. para la integración del atenuante específico allí previsto.

En efecto, la provocación, conforme al artículo 28 del C. P., que es en donde se consagra, para que pueda generar el atenuante allí previsto, además de injusto, tiene que revestir el carácter de grave, modalidad que no se reconoce en el veredicto y que tampoco aparece demostrada en el proceso, donde ni siquiera hay base para sostener, en rigor, que el señor Ramírez Granados fue objeto de una provocación por parte de su víctima señor Nicanor Quimbayo. El señor Valeriano Ospina, que fue el testigo que con mayor exactitud pudo apreciar el desarrollo de los hechos los relata así:

"El día domingo treinta del pasado mes de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho, aproximadamente entre las cinco y seis de la tarde, llegó el señor José Jesús Ramírez y le dije yo... no te has ido? y él me contestó. No me he ido ni me voy porque tengo.... que arreglar un asunto con un tipo, entonces le dije yo, cuál tipo? y le dije yo aquel? dijo sí ese. En esas pidió unas cervezas, estábamos en eso cuando entró Nicanor y pasó por el pie de él y se metió a un reservadito y entonces el reo salió ahí mismo y se pusieron a discutir ahí. Estando en la discusión queriendo subir las voces entré yo al reservado y les dije: me van a respetar o es que se van a agarrar aquí o se van para afura(sic), entonces dijeron ambos aquí no peleamos don Valerio ni venimos aquí a irrespetarle su casa. Luego se vinieron de allá de donde estaban y se pararon hacia la puerta del mostrador y siguieron siempre sobre la misma discusión que tenían antes dentro del reservado, entonces le dijo el finado pues yo sé directamente que usted ha sido el de los cuentos, pero yo no soy güebón, entonces le dijo Nicanor, pero ni yo tampoco, porque aquí las tengo como las tiene usted, a lo que le dijo él que así como las tenía él entonces que él también los tenía y que entonces camine para la carretera, estando diciendo eso fue cuando el señor José Jesús Ramírez comenzó a desabotonarse la camisa y vide que sacó el arma no supe si si sería puñal, puñalete o cuchillo y le mandó la primera puñalada. Entonces el señor Nicanor retrocedió tantico y ahí mismo avanzó la puerta del mostrador, cuando ví que le mandó la otra por encima y salió corriendo el señor Nicanor Quimbayo y el reo o sea el señor Ramírez detrás de Nicanor, después de unos dos minutos ví al Nicanor que volvía hacia la cantina otra vez corriendo, cuando al entrar cayó adentro boca abajo".

Esta declaración, no rectificada en forma alguna dentro del proceso, sino, por el contrario, respaldada por todo el acervo probatorio, descarta el hecho de que el señor Ramírez Granados hubiera sido provocado por su víctima el señor Nicanor Quimbayo, lo que significa que el atenuante en discusión ni siquiera en principio llegó a tener vida y entonces no podía ser reconocido en el veredicto del Jurado, como efectivamente no lo reconoció. Esto es lo que sostiene, con acierto el señor Procurador en los siguientes términos:

"El Jurado no declaró la circunstancia modificadora de la responsabilidad a que se refiere el artículo 28 del Código Penal con **términos equivalentes en esencia los empleados en la ley**, pues apenas reconoció que el acusado había obrado "en estado de ira causado por injusta provocación". Y como no expresó que esa misma provocación reunía también la condición de grave, obviamente debe inferirse que descartó la posibilidad de que el Juez de derecho tuviera en cuenta, a la hora de graduar la pena básica, el citado artículo 28.

"De lo anterior se sigue a su turno, que los juzgadores de instancia, al aplicar el artículo 362 del Código Penal con motivo de la muerte injusta que Ramírez Granados le ocasionó a Quimbayo Barrios, no hicieron otra cosa que traducir fielmente el pensamiento del Jurado, como que acomodaron el veredicto pronunciado por

éste a las normas de la ley, sin modificar en nada su esencia.

"De modo y suerte que al declarar el Juri que Ramírez Granados es responsable, "pero en estado de ira causado por injusta provocación", lo que hizo fue admitir la simple concurrencia en el hecho homicida cometido, de una circunstancia de menor peligrosidad a la cual alude el numeral 3º del artículo 38 del Código Penal.

"Por lo demás, dicho reconocimiento, no era de su resorte, y bien hizo en observarlo así el Juez a-quo cuando al recordar en su sentencia los términos del artículo 499 del Código de Procedimiento Penal, expresó que el Tribunal popular al obrar de tal manera se arrogó atribuciones que realmente no le competen, porque es bien sabido, que es al Juez de derecho a quien corresponde determinar, sobre la base del acervo probatorio, si reconoce o no esta circunstancia especial morigeradora de la sanción". (Fl. 100 del cuad. 1º).

"No existe, por consiguiente, el supuesto desacuerdo entre el fallo de hecho y la sentencia acusada, y un firme piso, a no dudarlo, tiene ésta en aquél".

La causal 1ª, invocada como subsidiaria de la 3ª, sólo podía tener éxito al prosperar el cargo que se formuló con base en la predicha causal, ya atrás estudiada, referida a supuesto desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado, hecho que resultó inexacto. Por lo mismo, tampoco es procedente esa otra causal de casación.

Respecto de la causal 7ª, invocada en último lugar, cabe observar que para que un veredicto pueda entenderse como contradictorio es necesario que contenga proposiciones que choquen entre sí y se nieguen y la verdad es que el que profirió el Jurado contra Ramírez Granados, no reviste ese carácter, hecho que lo demuestra su simple lectura. No prospera, en consecuencia, esta última causal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y que es materia de examen en la parte motiva de este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pisoquinto León, Secretario.

NO PROSPERAN LOS CARGOS FORMULADOS CONTRA LA SENTENCIA CONDENATORIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ADUANAS RECAIDA EN UN PROCESO DE CONTRABANDO DE MERCANCIAS

1.—La declaración de nulidad en el proceso penal no está sometida a trámite alguno, pues ella se hace de oficio por el juzgador y, a diferencia de lo preceptuado para el proceso civil, el juez en materia penal no está obligado a poner en conocimiento de las partes las nulidades que encuentre en el proceso, pues su pronunciamiento al respecto es de plano, salvo que se trate de las relativas, esto es, de las que pueden ser subsanadas.

2.—Se alega que el proceso se halla viciado de nulidad por cuanto la sentencia no dispuso nada respecto de la situación jurídica penal de uno de los sindicados, a pesar de que contra él reposó auto de detención preventiva. Pero ocurre que tal resolución no tuvo cumplimiento, pues la captura de tal individuo no fue posible y por lo mismo no se le recibió declaración de inquirir, y de otra parte no se cumplió, para vincularle al proceso, el diligenciamiento previsto en el artículo 365 del C. de P. Penal. De consiguiente, el citado individuo no adquirió calidad de parte sindicada, por no haber sido oído en indagatoria, ni habérsele emplazado en la forma que señala el inciso 2o del artículo 433 del Código citado, y así mal podría ser objeto de juzgamiento, ya para absolverlo o bien para condenarlo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL — Bogotá, abril diez y siete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

VISTOS:

Cumplido el trámite correspondiente, procede la Sala a resolver sobre el recurso de casación interpuesto por el doctor Carlos Reyes Posada, a nombre del procesado Roque Hazbun Yidi, contra la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas, fechada el 3 de diciembre de 1959, por la cual fueron condenados Jaime Acosta Beltrán y el procesado recurrente a las penas de cuatro y tres años de prisión, en su orden, como responsables del delito de contrabando.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Tuvo origen este proceso en el informe del señor Héctor J. Leal L., Teniente del Resguardo de Aduanas, rendido al Capitán del Puerto de Barranquilla, en el cual dice lo siguiente:

"De acuerdo con la orden de ronda de la fecha...", 27 de mayo de 1959... "requisé la casa o fábrica situada en la calle 73, números 42 B 49 y 41 C 49, de propiedad del señor René Mandonette, de nacionalidad francesa. Al inspeccionar la bodega número 22 de la citada fábrica, en compañía de los guardas Medardo González, Raimundo Angulo, Arsenio Díaz y Juan Beltrán, hallamos camuflada atrás de una cantidad de canecas de cartón treinta y tres (33) bultos de mercancía extranjera, que según el suscrito es de procedencia japonesa. Al preguntarle al señor René Mandonett cómo había entrado dicha mercancía a la fábrica, me manifestó que eso era de Roque Hazbun, que lo había metido un día cualquiera en la fábrica con permiso del dueño. Ad-

junto al presente la orden de ronda número 230, advirtiendo, además, que a eso de las 13.30 cuando el suscrito ya se venía para la Capitanía con la mercancía, el señor Roque Hazbun, que según el señor Mandonett era el dueño de la mercancía, apareció; y tanto al propietario de la fábrica como a Hazbun. . los dejé en la Guardia, en calidad de incomunicados".

Adelantada la averiguación por el Juez Auxiliar de Instrucción Penal Aduanera, se estableció que la mercancía decomisada es de prohibida importación y tiene un valor de ciento cuarenta y cinco mil pesos ($ 145.000.00).

Preguntado Hazbun Yidi respecto de la procedencia de ella, manifestó: "Yo tenía esa mercancía en la fábrica....; yo se la compré al señor Jaime Acosta, el 4 de junio, o mejor dicho, yo le presté veinte mil pesos sobre esa mercancía, pagándome intereses al dos por ciento mensual mientras él retiraba esa mercancía; en vista de que yo tenía que hacer un viaje a los Estados Unidos, le pedí el favor al señor René Mandonett que me guardara esa mercancía...". Explica que esa suma la entregó a Acosta en efectivo y no en cheque, "...por asunto de la declaración de renta, y entonces le ven a uno ese movimiento, y que yo casi todos esos negocios los hago en efectivo".

Oído en indagatoria Jaime Acosta, acepta haber estado detenido antes "por un lío de un contrabando de whisky...", si bien, agrega, fue absuelto. Considera que se le ha llamado a declarar por razón de "una mercancía que le vendí yo al señor Roque Hazbun". Luego refiere lo siguiente:

Que encontrándose en Maicao, un señor Medina lo relacionó con Alberto Iguarán Bazurdo, quien tenía interés de vender 26 bultos de tela de seda floriada y 7 bultos de tela de malla; pero como el indagado no tenía dinero suficiente para comprarla, aceptó traer esa mercancía a Barranquilla para negociarla por cuenta de Iguarán Bazurdo. Así fue como "él me dio unos papeles...", anota Acosta... "para traerlos yo en caso de que me molestaran..., inclusive venía uno que hacía constancia que esa mercancía la había comprado en un remate de almacén... Me dio el precio de $ 30.000.00 y me dijo que hiciera por mostrar unos bultos que él me mostró, que dizque estaba en buenas condiciones y que había otros bultos que no estaba muy buena... Vine a Barranquilla y la ofrecí, y entonces me pedían la legalización; entonces yo les mostraba: que faltaba un papel me decían, y entonces me fui a donde don Roque y le dije que si le interesaba dicha mercancía; me dijo que pocas ganas le tenía y entonces yo le dije que la comprara, que la mercancía era buena y le mostré los papeles y entonces él me dijo que bueno, que podía hacer negocio, pero siempre y cuando trajera otro papel que pusiera bien en claro la legalización de la mercancía, y entonces yo le propuse que si él la compraba, que entonces yo le dejaba la mercancía y que me diera $ 20.000.00, que iba a traer el papel y yo le firmaba un recibo en que constara que me había prestado la plata, dejándole en empeño la mercancía; entonces él me dijo que bueno y entonces yo le dejé la mercancía y él me dio los $ 20.000.00; yo le firmé y él un recibo que no sé si lo tenga en calidad de que la mercancía quedaba en empeño y en caso de que me demorara yo le pagaba intereses, si en caso de que el señor Iguarán, dueño de la mercancía, Alberto Iguarán Bazurdo, no lo encontrara rápido porque él es viajante, tiene una lancha que viaja, es un capitán de lancha...".

Agrega que fue hasta Maicao y allí le entregó a Iguarán los veinte mil pesos y le informó sobre la manera como había hecho el negocio de la mercancía, información que también le dio un familiar de Iguarán quien había viajado hasta Barranquilla con el indagado para ayudar a la venta. "Me dijo....", afirma Acosta Beltrán... "que eso del papel no tenía importancia, que él lo traía en otro viaje..." y que "del negocio le dio un mil pesos, como comisión, y que me daba otros mil... cuando él me entregara el papel y le llevara yo el resto de la plata. Que posteriormente hizo varios viajes a Maicao, sin encontrar al señor Iguarán y sólo en diciembre lo encontré, a quien le dije que qué había habido del papel, que me había hecho perder varios viajes, que él ni razón ni chica ni grande, y que yo estaba quedando aquí mal con la factura o la plata para pagar intereses y entonces me dijo que era que había estado enfermo y que después la señora si más se le muere, que inclusive la tenía en operación... y que él también esos centavos le iban a hacer falta ahora, porque había tenido bastantes gastos y que era que no había podido encontrar al tipo que le daba la legalización de dicha mercancía. Entonces yo le dije que cómo

íbamos a hacer con este señor Hasbun aquí en Barranquilla; entonces me dijo que fuéramos ahí a una tiendita a ver si a él le habían dejado unos centavos que le debían y que de eso me daba para que yo pagara los intereses de la plata, entonces encontró los centavos, le dieron cinco mil pesos y él me dio a mí dos mil cuatrocientos pesos... y entonces yo me fui y le entregué al señor Roque los dos mil cuatrocientos pesos de los intereses de dicho tiempo...".

Si bien se profirió auto de detención preventiva contra el señor Alberto Iguarán Bazurdo, su captura no fue posible. Tampoco se le vinculó al proceso mediante el procedimiento señalado en el artículo 365 del C. de P. P. Sin embargo y mediante declaración extrajuicio solicitada por el señor Alfonso Muvdi Zurob, en noviembre 4 de 1959, expuso Alberto Iguarán Bazurdo, ante el Juez Municipal Promiscuo de Maicao, lo siguiente:

"..... efectivamente realicé un negocio con el señor Jaime Acosta, por la suma de treinta mil pesos, para vender una mercancía en Barranquilla. Yo le ofrecí unos bultos, creo que treinta y tres a Jaime Acosta, por mediación del señor Emilio Medina... Le aseguré a Jaime Acosta que tuviera toda la confianza en mí, como yo la tenía en él, de que la mercancía era de buena calidad y que las autoridades no tenían por qué ponerle pereque. Recuerdo que mandé a mi sobrino Toñito Iguarán con Jaime Acosta para que hicieran el negocio en Barranquilla.....; también recuerdo que ese mismo mes Jaime Acosta se vino de Barranquilla por Riohacha hasta Maicao, y me entregó en dinero efectivo la suma de veinte mil pesos y un recibo. Entonces yo le dí, si mal no recuerdo, una remisión de mil a mil quinientos pesos..... y me contó Acosta que la mercancía no la había vendido propiamente, sino que estaba empeñada en la casa de un turco en Barranquilla, que prestaba plata a las personas conocidas de él, de buena reputación, sobre mercancías, pero que la aceptaba en esa condición mientras Acosta le trajera los comprobantes de la buena procedencia de dicha mercancía, y que mientras tanto esos bultos estaban empeñados y ganando intereses en casa del turco de Barranquilla. Me dijo Acosta que el turco de Barranquilla que le había prestado el dinero sobre la mercancía, se había conformado con los documentos que le mostró y que él le exigía otros documentos o facturas...". Agrega que posteriormente le entregó a Acosta "la suma de dos mil cuatrocientos pesos para el pago de intereses al turco...".

Ahora bien:

El Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla, mediante providencia de 3 de diciembre de 1959, declaró responsables del delito de contrabando en mayor cuantía a los nombrados Jaime Acosta Beltrán y Roque Hazbun Yidi y les impuso la pena de cuatro y de tres años de prisión, respectivamente. En cuanto al referido Iguarán Bazurdo, advierte que "por omisión involuntaria del Juzgado se dejó de emplazar a este sindicado, razón por la cual no fue oído en juicio".

Apelado este fallo, el Tribunal Superior de Aduanas lo confirmó en sentencia de 7 de septiembre de 1960, previo el siguiente trámite:

a)—Traslado al Ministerio Público, para solicitar pruebas (auto de 8 de febrero de 1960);

b)—Traslado a las demás partes, en la Secretaría, para solicitud de pruebas (auto de 19 de abril de 1960);

c)—Traslado al Ministerio Público, para concepto de fondo (auto de 5 de mayo de 1960);

d)—Orden de fijación en lista, para que los interesados presenten sus alegatos por escrito (auto de 30 de junio de 1960);

e)—Alegato por escrito del doctor Carlos Reyes Posada, presentado el 18 de julio de 1960 (fls. 333 a 347, del primer cuaderno), y

f)—La sentencia recurrida.

LA DEMANDA DE CASACION

Acusa el doctor Carlos Reyes Posada el fallo del Tribunal Superior de Aduanas con fundamento en las causales cuarta y primera de casación, y expresa que ha "alterado el orden de la numeración en el planteamiento de la demanda, por razones de técnica en este recurso extraordinario...", pues... "si se acepta la causal que invoca con prelación, no procedería, siquiera, el estudio de la otra".

Son los siguientes los cargos que hace el recurrente:

A.—Causal cuarta de casación.

Dice el demandante que "la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Aduanas está afectada de nulidad constitucional y legal....",

pues.... "en el procedimiento señalado para la segunda instancia, una vez rendido el concepto de fondo del señor Agente del Ministerio Público, el negocio debería volver a la Secretaría y allí fijarse en lista por el término previsto en la ley, durante el cual las partes pueden presentar sus alegatos".

"Transcribo...", dice... "las disposiciones que confirman las aseveraciones anteriores, así:

"Artículo 549 del C. de P. P. (procedimiento común al seguido en el juicio especial de aduanas): 'Cumplida por el Secretario la formalidad prescrita en el artículo 456, el Superior ordenará pasar el proceso al Agente del Ministerio Público, por el término de cinco días, para que formule su alegato de conclusión...'.

"Artículo 550.—Devuelto el expediente, será fijado en lista por el término común de cinco días, para que las partes puedan presentar sus alegatos'.

"El H. Tribunal Superior de Aduanas, al recibir del señor Fiscal el oficio de fecha 20 de junio de 1960 en que se le señalaba una clara nulidad, tenía sólo dos caminos de acuerdo con el procedimiento señalado en la ley para el recurso de apelación en la segunda instancia, y eran: o rechazar la sugerencia del Fiscal en el sentido de demostrar que no existía la causal invocada, o aceptarla y ordenar de consiguiente que se subsanara tal nulidad en la forma prevista en la ley.

"Pero al no aceptar el Tribunal la sugerencia del señor Agente del Ministerio Público, lo único que sí no podía hacer era precluir el término de fijación en lista del concepto fiscal, señalado en el artículo antes transcrito, a fin de que las partes alegaran, porque éste es uno de los tantos medios de defensa, que constituyen parte de las garantías procesales que el legislador colombiano en la Carta y en las leyes vigentes garantiza a los sindicados. El Tribunal, sin lugar a dudas, si era de concepto de que no se justificaba la declaratoria de nulidad que puso de presente ante la Sala el señor Agente del Ministerio Público, ha debido ordenar que se devolviera el negocio a la Fiscalía para que se produjera el concepto de fondo. No fue así. En la misma providencia, el Tribunal profirió fallo confirmando en todas sus partes la sentencia apelada, habiéndole puesto fin al negocio, sin que se surtiera el concepto fiscal y los presumibles alegatos de las partes, una vez conocido el concepto del Ministerio Público y dentro del procedimiento ya anteriormente señalado".

Agrega, luego, lo siguiente:

"No hay duda, pues, de que se ha incurrido en este negocio en una nulidad de carácter constitucional, originada en el procedimiento a todas luces ilegal del H. Tribunal Superior de Aduanas, porque el proceso llega a la Corte, como es fácil constatarlo, sin concepto fiscal de fondo y sin alegato de las partes. Por lo que a mi respecta como apoderado de los señores Jaime Acosta y Roque Hazbun Yidi, estaba listo, para plantear al H. Tribunal algunos aspectos procesales y alegar de fondo en un estudio exhaustivo de todas las piezas procesales, no sólo el hecho de que la sentencia estaba afectada de nulidad, sino que el mismo auto de detención que se profirió contra mi defendido Roque Hazbun Yidi carecía de todo respaldo porque en el expediente obraba la plena prueba de que mi defendido en el momento en que las mercancías fueron decomisadas, no las tenía con título alguno que lo hubiera dado el dominio de las mismas, sino como una prenda por la suma que había facilitado al señor Jaime Acosta y por la cual éste le pagó los intereses convenidos.

"El procedimiento penal..." dice el recurrente más adelante..., "es la norma consagrada por el legislador para que se surtan los juicios en sus distintas etapas y momentos procesales y todas sus disposiciones en cuanto a términos, recursos, etc., se consideran como de orden público. Por este aspecto son de carácter sustantivo fuera de que no dejan de serlo si se tiene en cuenta que muchas de las instituciones del procedimiento penal forman parte del Habeas Corpus".

Y luego de transcribir el artículo 26 de la Carta, expresa que "una de las formas propias del juicio en lo que respecta al procedimiento que debe seguirse en la segunda instancia para la apelación de los autos y sentencias, es la de que se surta el concepto de fondo por parte del Fiscal o del representante del Ministerio Público, concepto que debe emitirse en el momento señalado previamente por la ley procedimental. Con tal fin, en este negocio se corrió el traslado al Fiscal y no lo descorrió en cumplimiento de la obligación de emitir concepto de fondo, sino para anotar una nulidad o lo que es lo mismo, el Agente del Ministerio Público se abstuvo de emitir dicho concepto y por economía procesal dijo

a los H. Magistrados de la Sala de Decisión que en su concepto había una nulidad que debía declararse. Ya indicamos en párrafo anterior cuál era la conducta señalada por la ley y la doctrina en este caso, de la cual se separó el H. Tribunal Superior de Aduanas, al entrar a fallar para pronunciarse en una sola pieza, tanto sobre la nulidad invocada por el Agente del Ministerio Público, como por la validez legal de la sentencia apelada. Fue así como se pretermitieron, sin razón legal valedera, momentos procesales claramente delimitados en el Código de Procedimiento Penal que impidieron al señor Fiscal emitir concepto de fondo por una parte y a los defensores presentar sus alegatos. Estas dos piezas, hoy ausentes del proceso, forman parte de las garantías constitucionales a que todo ciudadano tiene derecho en el proceso penal y la falta de las mismas sustrajeron al conocimiento de los señores Magistrados razones que no se puede decir a priori, de todos modos, que no pudieran tener virtud para incidir en el criterio con que esos altos funcionarios hubieran podido contemplar la situación jurídica de los sindicados. Se preluyeron, pues, formalidades propias del proceso o del juicio, contra mandato expreso de la Constitución Nacional y en detrimento de las garantías más elementales de la defensa. Hay pues una causal de carácter constitucional indudable que la H. Corte Suprema de Justicia, como guardián de la Constitución Nacional está en el deber de declarar y así lo hará sin lugar a dudas.

"Es bien sabido que el Ministerio Público en Colombia, como representante de la sociedad, no sólo debe buscar las sanciones correspondientes a los infractores de la ley penal, sino inclusive buscar la defensa de las personas acusadas sin justa causa. Quién puede decirnos en estos momentos, si como consecuencia de un detenido estudio del proceso, el Fiscal hubiera podido, si no encuentra la causal de nulidad presentada a la consideración de los Magistrados...", la de que en la sentencia de primera instancia no se resolvió sobre la situación de Alberto Iguarán Bazurdo, "llegar a la conclusión de que la situación de los señores Hazbun Yidi y Acosta debía resolverse absolviendo a los procesados?

Igualmente hace el cargo de que la sentencia de primera instancia proferida en este proceso es nula, "por cuanto, como lo hizo observar oportunamente el señor Agente del Ministerio Público a la Sala de Decisión del H. Tribunal...", dice el demandante..., "se omitió en el fallo apelado definir la situación jurídica del sindicado, detenido preventivamente, Alberto Iguarán Bazurdo".

Y luégo de distinguir las partes de toda sentencia y su objeto, hace el recurrente las siguientes consideraciones para sustentar este nuevo cargo, con fundamento en la causal cuarta de casación:

"Desde este punto de vista, la nulidad del fallo de primera instancia sugerida por el señor Agente del Ministerio Público y que desestimó el H. Tribunal Superior de Aduanas, subsiste en el proceso y al invocarla en el recurso extraordinario de casación, abrigo la certidumbre de que se habrá de considerar y declararla según lo pedido.

"El Tribunal Superior de Aduanas afirma en su fallo:

'No dicen, ni el señor Fiscal, ni el apoderado del sindicado Hazbun Yidi, los fundamentos legales que motivan su pedimento. Alegan, únicamente, el hecho de que el señor Juez, por olvido, por ignorancia o por descuido, no vinculó al proceso, en forma legal, al señor Alberto Iguarán Bazurdo a quién le atribuyó uno de los sindicados ser el dueño de la mercancía decomisada en poder de los otros dos encartados. Y este hecho no encaja dentro de ninguna de las causales de nulidad dentro de los procesos penales claramente previstas y determinadas en el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal...'

"El señor Agente del Ministerio Público...", continúa el demandante..., "al proponer que se declarara la nulidad cuestionada, fue muy claro al sostener que la sentencia era un todo indivisible y que faltando la definición jurídica de la situación procesal en que estaba colocado el señor Alberto Iguarán Bazurdo, podía afirmarse que se trataba de una sentencia recortada que no era por consiguiente, un todo. Las mismas razones invocadas por el defensor de los señores Hazbun Yidi y Acosta.

"Pero es más: la sentencia es nula de nulidad absoluta, porque faltó el requisito legal, consagrado en el C. de P. P., en cuanto a la parte formal de la misma, y que especialmente establece el artículo 160, en relación con el 158 y el 160. En los numerales 2, 3 y 4 del primero de los ar-

ticulos citados y en la enumeración del 5º de las letras a), a h), está contenido todo el aspecto formal. En el numeral 6º se dice que la sentencia terminará con la parte resolutiva, en la que, según el caso, se condenará por las infracciones que hubieren motivado el llamamiento a juicio o absolverá de las mismas; se otorgará la condena condicional o el perdón judicial; se impondrá la obligación de pagar las costas a quien corresponda y se impondrá la obligación de indemnizar los daños y perjuicios a los que resultaren civilmente responsables, fijándose la cuantía de la indemnización.

"La doctrina invariablemente ha hecho la distinción entre la parte motiva y la parte resolutiva, lo mismo que toda la obra jurisprudencial colombiana, en el sentido de que la decisión del Estado se adopta en la parte resolutiva, hasta el extremo de poder confundir la sentencia con dicha parte.

"No sabríamos explicarnos después de las razones anteriormente invocadas, qué quiso decir la sentencia de segunda instancia en relación con este proceso, cuando en ella se afirma:

'En un caso similar, en que el Tribunal, con el salvamento de voto del Magistrado Peña Baena y con ponencia del suscrito, creyó encontrar una nulidad sustancial, proveniente de la violación del derecho de defensa que consagra el artículo 26 de la Constitución hubo de rectificar su doctrina estudiando más a fondo el negocio para concluir que, la omisión consistente en no vincular legalmente al proceso a una persona a quien se le sindicó de haber participado directa o indirectamente en el ilícito, no acarrea nulidad en la actuación; caso muy distinto es aquel en que, legalmente vinculado al proceso un sindicado, no se le resuelva su situación en la sentencia que ponga fin a la actuación. En este caso sí hay lugar a declarar la nulidad pedida por el sindicado a quien no se le resolvió su situación...'.

"Precisamente...", cree el demandante..., "el caso de Iguarán Bazurdo,. es que no se le definió su situación jurídica en la sentencia y por este aspecto está bien que el Tribunal de segunda instancia reconozca que hay lugar a declarar la nulidad pedida, sólo que entiende dicha alta corporación que es necesario que el sindicado lo pida".

Y agrega:

"No. En la relación jurídico procesal que se esestablece entre el procesado y el Estado, no existe el requisito previo de pedir, porque las leyes procedimentales que regulan la forma de adelantar el proceso son de orden público. Hoy se ha superado por parte de los doctrinarios la distada creencia de antaño en que dividía las disposiciones contenidas en el Código Penal y de Procedimiento Criminal en sustantivas y formales, asignándoles a las del último el carácter antes dicho. En el proceso penal, el funcionario procede de oficio y debe acomodar sus decisiones a las prescripciones de la ley, en cuanto a la forma y en cuanto al fondo. Que no se ha definido la situación jurídica del señor Iguarán Bazurdo, lo está proclamando el hecho de que subsiste el auto de detención preventiva, porque por ningún medio legal se ha revocado, ni se le ha absuelto. De suerte que, por este aspecto, las razones aducidas por el H. Tribunal Superior de Aduanas que estamos comentando carecen de todo apoyo en la doctrina y en una sana interpretación de los textos legales.

"El Tribunal acepta que el Juez Superior de Aduanas de Barranquilla incurrió en numerosas irregularidades de carácter procedimental. Estoy seguro de que tales irregularidades serán observadas en su debida oportunidad, por los H. Magistrados a quienes me dirijo.

"Creo sinceramente haber demostrado las dos causales de carácter constitucional que con el mayor detenimiento he estudiado en los párrafos anteriores, para sostener que por este aspecto se han llenado plenamente los requisitos que para reconocerlas y así declararlas establece el numeral 4º del artículo 567 del C. de P. P., o sea 'cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad'."

B.—Causal primera de casación.

Dice el demandante que "invoca, además, la causal primera del mismo artículo 567 del C. de P. P., que establece que hay lugar a casación: 'cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma...'.

Anota que "prescindiendo de las críticas que se le han formulado al texto anterior, porque se vincula en la sentencia al señor Roque Hazbun Yidi, al considerársele infractor de las disposiciones aduaneras, asignándole el carácter de comprador de la mercancía, que según la sentencia de segunda instancia le vendió el señor Jaime Acos-

ta, todas las conclusiones que emanan de esta interpretación de las relaciones comerciales trabadas entre Jaime Acosta y Hazbun Yidi son equivocadas y por consiguiente, se tipifica el caso de la ley penal sustantiva, ya que no teniendo el señor Hazbun Yidi la calidad de dueño de la mercancía decomisada, materia de este proceso, en ninguna forma contribuyó en ninguna de las etapas del fraude a la renta nacional de aduana, ni en la introducción fraudulenta de la mercancía, ni en su traslado de un sitio a otro, ni por el hecho de haberla adquirido a sabiendas de que procedían de ilícita introducción al país. Al señor Hazbun no se le podía condenar sino por lo que aparece probado en el expediente, con la plenitud de la prueba y no con parte de ella. Si es cierto que cuando fue llevado al depósito en donde se encontraban desde hacía varias semanas esas mercancías y dijo ser el dueño, el diligenciamiento posterior ha delimitado exactamente qué clase de relaciones tuvo con el señor Jaime Acosta al rededor de esa mercancía. Es un principio universalmente conocido que los contratos no los denominan las partes, sino que ellos tienen su esencia propia y que en caso de ser sometidos a litis, es el juzgador quien debe identificarlos, de acuerdo con los exactos elementos estructurales para definir su ubicación jurídica.

"No puede prescindirse de tener en cuenta...", agrega, ..."que el señor Jaime Acosta se presentó espontáneamente al llegar a Barranquilla y al saber que habían detenido al señor Hazbun Yidi como consecuencia del decomiso de la mercancía que él le había dejado en prenda. En lo fundamental las versiones de los dos sindicados están perfectamente acordes, pero quiero destacar que la naturaleza de ese contrato la proclaman en el expediente numerosas pruebas y circunstancias que harían imposible estimar justa y serenamente que estemos en presencia de un contrato de compraventa de esa mercancía por parte del señor Hazbun Yidi".

Dice luégo el demandante, lo que pasa a transcribirse:

"El contrato es inequívocamente de mutuo o préstamo de consumo con la garantía prendaria de las mismas mercancías otorgadas por el señor Jaime Acosta, siguiendo instrucciones según dice y con amplias facultades del dueño de la misma señor Iguarán Bazurdo. Está acreditado en el proceso que por motivo de un viaje a los Estados Unidos, el señor Hazbun Yidi solicitó permiso del señor René Mandonett, de nacionalidad francesa, socio y administrador de la fábrica situada en la calle 73 Nº 42-B-49 de Barranquilla, permiso para trasladar allí esos bultos, el cual le fue concedido por el expresado Sr. Mandonett con previa consulta al dueño del establecimiento. El Sr. Hozbun no pagó arrendamiento ninguno por el favor que se le hizo de tenerle esa mercancía mientras él regresaba de los Estados Unidos y hecho especialísimo para despejar toda duda en cuanto a la exacta naturaleza del contrato, es la circunstancia de que Hazbun Yidi desde que recibió varios meses antes la mercancía del señor Acosta, conservó intactos los bultos de la misma, como se constató por los señores agentes del resguardo de aduanas que efectuaron el decomiso. Por otra parte, hay constancias en el proceso de que el señor Hazbun Yidi en ocasiones anteriores, había celebrado este tipo de operaciones comerciales. Ni Jaime Acosta dice que Hazbun Yidi le pagara el precio de las mercancías, ni éste lo aceptó así, ni hay elemento probatorio alguno que así lo indique. En cambio, la prueba de los intereses la aporta no sólo el señor Hazbun en su indagatoria, sino el señor Acosta al aceptar por este concepto la operación, tal como en el principio lo había informado a la investigación el señor Hazbun Yidi.

"El propio señor Mandonett afirma bajo la gravedad del juramento, que conocía de antemano que el señor Roque Hazbun Yidi facilitaba dineros en préstamo cuando se le dejaban mercancías como prenda.

"Por otra parte, quedó claramente establecido que la posibilidad de adquirir Hazbun la propiedad de esa mercancía se subordinó al hecho de que el señor Jaime Acosta regresara a Maicao y obtuviera el documento que faltaba o los documentos que faltaban para acreditar la procedencia lícita de la misma, de acuerdo con lo que el señor Iguarán Bazurdo aseveró al señor Acosta. Entonces, cómo puede hablarse de elemento a sabiendas por parte del señor Hazbun Yidi y cómo puede proferirse un fallo condenatorio sobre simples suposiciones, cuando por no haber podido el señor Jaime Acosta acreditar con esos documentos la procedencia de la mercancía, sólo hubo entre ellos el contrato de mutuo o préstamo con garantía prendaria, préstamo que se hizo por la suma de veinte mil pesos. Ni el señor Acosta, de haber tenido conocimiento de la procedencia ilícita hu-

biera vendido la mercancía en suma tan desproporcionada con su verdadero precio, ni el señor Hazbun Yidi por su tradición de honorabilidad, se habría aprovechado de ninguna circunstancia excepcional para hacer una transacción tan absurda.

"De suerte, pues, que sólo atribuyendo a Hazbun Yidi la calidad de propietario o dueño de la mercancía podría relacionársele con el fraude a la renta nacional de aduana. No teniendo tal carácter por las razones que se han estudiado y que fueron invocadas a lo largo del proceso por los apoderados y defensores de dichos señores, Hazbun y Acosta, ante el Juez Penal Auxiliar de Instrucción Aduanera y Juez Superior de Barranquilla, por ninguna parte aparece la contribución directa o indirecta que pudiera tener el señor Hazbun en el delito cuestionado, como no aparece por parte alguna la prueba plena de que el señor Jaime Acosta hubiera trasladado a Barranquilla esa mercancía a sabiendas de que era de contrabando.

"Los razones que he aducido para sostener las causales de casación cuarta y primera, presentadas no en su orden, sino dándole prelación a la cuarta, por referirse a las nulidades visibles en el proceso, me permiten demandar con todo respeto que se case la sentencia recurrida, por haberse acreditado que son valederas las razones invocadas, es decir, porque la sentencia de segunda instancia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad y violatoria de la ley penal, por errónea interpretación y por indebida aplicación de la misma".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Anota el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal que el decreto extraordinario Nº 188 de 1958 establece el régimen a que deben someterse los procesos que se inician en ejercicio de la jurisdicción penal aduanera y a sus disposiciones especiales se debe atender en el trámite de los recursos extraordinarios que allí se establecen.

Y luégo de aludir a los artículos 19 a 22 del decreto mencionado y de transcribir el artículo 23 del mismo, hace las siguientes consideraciones, en las cuales apoya su opinión de que no corresponde al Ministerio Público contestar la demanda de casación en esta clase de procesos:

"Por interpretación lógica y armónica de las normas mencionadas, es preciso concluir que durante el trámite del recurso de casación no son aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Penal (artículos 556 a 570) porque ni el legislador lo expresó, como sí lo hizo al referirse al recurso de revisión, ni menos es aceptable tal proceder si se observa que los artículos 19 a 22 del decreto 188 de 1958 (4 de junio) no sólo indican contra cuáles sentencias procede el recurso, sino que señalan la forma de interponerlo, el momento procesal para ello, cuándo se lo concede y las consecuencia de tal medida. Además, se indican cuáles serán las causales de casación y cuál el trámite que a los autos se dará en la H. Corte. Más aún, se habla de que puede formularse oposición y que vencido el traslado a la parte opositora, empezará a correr el término de veinte días para pronunciar sentencia'.

"Es decir, que en tratándose del recurso extraordinario de casación, hay normas claras que señalan cuál es su trámite en los juicios adelantados en ejercicio de la jurisdicción penal aduanera sin que en forma alguna se precise que deberá correrse traslado al Agente del Ministerio Público o a 'las partes no recurrentes' de que trata el artículo 564 del C. de P. P. En primer lugar, no hay norma que lo disponga y en seguida las disposiciones del C. de P. P. (artículos 556 a 570) no le son aplicables al procedimiento que, en los juicios aduaneros, regulan el recurso de casación.

"La naturaleza misma del recurso extraordinario de casación, en sana hermenéutica jurídica, implica que las disposiciones han de ser interpretadas con carácter restringido y, por tal motivo, no puede aceptarse que por vía analógica se aplique un procedimiento general y no el especial que para el trámite del recurso de casación en los juicios aduaneros, ha estipulado claramente el legislador".

PARA RESOLVER CONSIDERA LA SALA

Como el recurrente ha aludido al artículo 567 del C. de P. P. para invocar las causales cuarta y primera de casación en él señaladas, es menester, antes de examinar los cargos hechos a la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas acusada, aceptar qué ellas corresponden a la segunda y primera que indica el artículo 20 del Decreto Legislativo número 188, de junio 4 de 1958, que reza lo siguiente:

"Hay lugar a casación:

"1º Cuando la sentencia sea violatoria de la

ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea.

"Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que la demanda puntualice y demuestre que el sentenciador incurrió en error de derecho, o en error manifiesto de hecho, siempre que alguna de esas dos clases de error incida en elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificantes de la responsabilidad y de los autores o partícipes, o en circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción.

"2º—Cuando el proceso esté afectado de nulidad por incompetencia de jurisdicción improrrogable, o por no haberse notificado en debida forma el auto que señala término para pedir pruebas, a menos que en este caso el procesado se haya hecho presente en el juicio sin hacer reclamación a ese respecto dentro de los cinco días siguientes a su apersonamiento. La falta de notificación no puede invocarse sino por quien haya debido recibirla".

Pues bien:

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION (Artículo 20 del Decreto Legislativo número 188, de junio 4 de 1958).

Si bien el demandante alude a la causal cuarta de casación prevista en el artículo 567 del C. de P. P., para presentar dos cargos de nulidad constitucional contra la sentencia recurrida, corresponde hacer el examen de las consideraciones en que el recurrente los fundamenta, dado que las garantías señaladas en el artículo 26 de la Carta son pertinentes a todo juicio.

Primer cargo:

Observa el impugnante que "el Tribunal, sin lugar a dudas, si era de concepto de que no se justificaba la declaratoria de nulidad que puso de presente ante la Sala el señor Agente del Ministerio Público, ha debido ordenar que se devolviera el negocio a la Fiscalía para que se produjera el concepto de fondo. No fue así. En la misma providencia, el Tribunal profirió fallo confirmando en todas sus partes la sentencia apelada, habiéndole puesto fin al negocio, sin que se surtiera el concepto fiscal y los presumibles alegatos de las partes, una vez conocido el concepto del Ministerio Público y dentro del procedimiento..." señalado en los artículos 548 y 550 del C. de P. P.

El Tribunal Superior de Aduanas, en providencia de 5 de mayo de 1960 (fl. 330), dispuso pasar "el expediente al señor Agente del Ministerio Público por el término de ocho días, para concepto de fondo". Y el señor Fiscal, en escrito del folio 331, descorrió el traslado solicitando que se declarara nula la actuación procesal a partir de la audiencia, pues al señor Alberto Iguarán Bazurdo no se le definió su situación jurídica en la sentencia de primera instancia.

Se ordenó luego "fijar en lista el negocio por el término de ocho días, dentro del cual pueden los interesados presentar sus alegatos por escrito" (auto de 30 de junio de 1960, fl. 331 v.). Y oportunamente el defensor de Hazbun Vidi llevó al proceso el alegato que obra a los folios 333 a 347, en el cual no solamente coadyuva la solicitud de nulidad presentada por el señor Agente del Ministerio Público, sino que después de un detenido examen de las pruebas afirma que "en parte alguna se ha demostrado que ninguno de los dos...", Acosta y Hazbun..., "tenga nada qué ver con la introducción de tal mercancía ni de que hubieran en ningún momento estado obligados a cubrirle al Estado los derechos de aduana, ni participado para nada en el fraude a la renta de aduanas".

Ahora bien:

¿Podía el Tribunal Superior de Aduanas proferir sentencia, como lo hizo, luego de ser presentados los alegatos referidos; o debía, como lo afirma el recurrente, resolver previamente sobre la nulidad propuesta y luego, dejando sin validez el traslado ya concedido para alegar de fondo, repetir ese traslado?

Ninguna norma procedimental señala lo que alega el demandante. Antes bien, la declaración de nulidad en el proceso penal no está sometida a trámite alguno, pues ella se hace de oficio por el juzgador, y a diferencia de lo preceptuado para el proceso civil, el juez en materia penal no está obligado a poner en conocimiento de las partes las nulidades que encuentre en el proceso, pues su pronunciamiento al respecto es de plano, salvo que se trate de las relativas, esto es, de las que pueden ser subsanadas.

De consiguiente, al proponer el señor Fiscal del Tribunal Superior de Aduanas la declaratoria de nulidad a que se hizo referencia en alegato pre-

vio a la sentencia, no necesitaba el juzgador de segunda instancia en este proceso resolver sobre ella previamente al fallo, pues en éste, como lo hizo, bien podía pronunciarse sobre la materia; y mucho menos que ello diera lugar a que se repitiera el traslado al Agente del Ministerio Público para que diera concepto de fondo sobre el proceso, pues su opinión ya había sido expresada: la de que existía una nulidad a partir de la audiencia ante el Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla, por no haberse resuelto en la sentencia de primera instancia sobre la situación jurídica del señor Iguarán Bazurdo.

Lo que garantiza el artículo 550 en relación con el derecho de defensa es que el defensor tenga oportunidad de presentar su alegato, garantía que allí también se establece en favor de la parte civil.

Y tal oportunidad fue otorgada en este negocio, mediante el auto de 30 de junio de 1960, luego del cual el doctor Reyes Posada presentó el escrito de los folios 333 a 347, ya citado.

En ninguna violación, pues, incurrió por este aspecto el Tribuno. Superior de Aduanas, en relación con las formas propias del juicio; y mucho menos fue menoscabado el derecho de defensa del sindicado Hazbun Yidi, pues dentro de la oportunidad respectiva su apoderado presentó su alegato.

Segundo cargo:

Como lo sugirió el señor Fiscal del Tribunal Superior de Aduanas, el demandante asimismo considera que al no haberse dispuesto nada sobre la situación jurídico-penal del nombrado Iguarán Bazurdo en el fallo de primera instancia, tal sentencia es nula "y esa nulidad subsiste en el proceso".

Ciertamente el Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla, mediante providencia de 26 de agosto de 1959, ordenó la encarcelación preventiva de Alberto Iguarán Bazurdo, resolución que no tuvo cumplimiento. Pero en este negocio ni se le recibió declaración de indagatoria al nombrado, ni se cumplió, para vincularlo al proceso, el diligenciamiento previsto en el artículo 365 del C. de P. P.

De consiguiente, el citado Iguarán Bazurdo no adquirió la calidad de parte sindicada en este negocio, por no haber sido oído en indagatoria, ni habérsele emplazado en la forma que señala el inciso 2º del artículo 433 del C. de P. P. Por tanto, mal podía ser objeto de juzgamiento, ya para absolverlo o bien para condenarlo.

Y es procedente lo que dispuso, al respecto, el Tribunal Superior de Aduanas: "ordenar que se compulsen, por el juez a quo, las copias pertinentes a fin de que se adelante la correspondiente investigación penal para establecer la posible responsabilidad que le pueda caber en el ilícito investigado al nombrado Alberto Iguarán Bazurdo."

No fueron demostrados, pues, los cargos hechos a la sentencia con fundamento en la causal segunda de casación, señalada en el artículo 20 del Decreto Legislativo número 183 de 1958, aunque el demandante cita la cuarta del artículo 567 del C. de P. P.

CAUSAL PRIMERA DE CASACION (artículo 20 del Decreto Legislativo número 188 de 1958).

Si bien el demandante alude a la causal primera de casación del artículo 567 del C. de P. P. para acusar la sentencia impugnada por violación de la ley penal "por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.....", el cargo se apoya en una crítica a las pruebas tomadas en cuenta en las instancias para condenar al señor Hazbun Yidi, lo cual, de no existir la previsión contenida en el ordinal 1º del artículo 20 del Decreto Legislativo citado, obliga invocar la causal segunda de casación a que alude dicho artículo 567.

Pero como en el ordinal 1º del artículo 20 del Decreto Legislativo número 188 de 1958 toma en cuenta "la violación de la ley penal proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba", con criterio de amplitud la Sala entra a examinar los cargos hechos a la sentencia, con invocación de la causal primera de casación del artículo 567 del C. de P. P., tomando como aducida la primera del artículo 20 mencionado.

Estima el recurrente que el juzgador de segunda instancia, al deducir de lo expuesto por Jaime Acosta y Roque Hazbun que éste compró a aquél la mercancía decomisada, a sabiendas de no haber sido introducida legalmente al país, contra lo aseverado por uno y otro de que lo convenido fue un contrato de mutuo y no de compra venta, incurrió en un error en la apreciación de tales pruebas, con la consecuencia también equivocada de que se dio por existente el delito de contrabando y probada la responsabilidad penal de Hazbun Yidi, en esa violación punible.

Luego de aseverar el recurrente que Hazbun

Yidi recibió esa mercancía en calidad de prenda para garantizar un préstamo por veinte mil pesos que hizo a Jaime Acosta, considera que por no ser aquél propietario de la mercancía, sino mero tenedor precario, no puede ser responsabilizado por el supuesto fraude a la renta nacional de aduanas. Tanto más, agrega, cuanto que "no aparece por parte alguna la prueba plena de que el señor Jaime Acosta hubiera trasladado a Barranquilla esa mercancía a sabiendas de que era contrabando".

Pues bien:

Es el mismo Jaime Acosta quien afirma haberle "vendido...." esa mercancía al señor Hazbun Yidi, quien aceptó comprarla por la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00), habiéndole dado a buena cuenta la cantidad de veinte mil pesos ($ 20.000.00). Pero que como hacía falta algún documento para completar la prueba de legalización de la misma, si bien la mercancía quedaba en manos del comprador, el negocio no se perfeccionaba sino cuando ese documento fuera presentado por Acosta, debiendo éste pagar a Hazbun Yidi intereses por la citada suma de veinte mil pesos.

Igualmente Hazbun Yidi acepta que "tenía esa mercancía en la fábrica..." del señor Mandonett, y agrega que "yo se la compré al señor Jaime Acosta el 4 de junio...", si bien agrega en seguida que le prestó veinte mil pesos sobre esa mercancía a Jaime Acosta...".

¿Cómo, entonces, no entender que lo celebrado entre Acosta y Hazbun Yidi fue un contrato de compra venta de dicha mercancía?

Acosta declara que recibió esa mercancía de Iguarán Bazurdo para venderla en Barranquilla. ¿Puede, así, admitirse que la dejó en garantía de tal préstamo, siendo así que el mandato que le dio aquél fue para venderla y no para que obtuviera dinero prestado, mediante constitución de una garantía prendaria sobre la misma?

No dice Acosta que Iguarán Bazurdo le recomendara obtener dinero prestado. ¿Entonces, cómo aceptar que Acosta se propuso obtenerlo para Iguarán Bazurdo, si éste no le había sugerido, si quiera, tal cosa?

¿Y cómo admitir que el señor Hazbun Yidi aceptara como garantía del préstamo que dice haber hecho a Acosta por veinte mil pesos una mercancía de la cual Acosta no le entregó la documentación correspondiente, para tomarla como legalmente importada al país? ¿No era lógico que si esa mercancía, por lo menos, era sospechosa de haber sido objeto de contrabando, en nada le garantizaba el préstamo que dice haberle hecho a Acosta?

Lo que resulta de acuerdo con lo normal, es aceptar que Hazbun Yidi, luego de comprar por treinta mil pesos una mercancía que tiene un valor de ciento cuarenta y cinco mil, abonó veinte mil pesos a cuenta del precio y condicionó con Acosta, el vendedor, el pago del saldo para cuando éste le trajera algún documento que requería Hazbun Yidi.

Y a sabiendas de la falta de documentos que acreditaran la importación legal de la mercancía al país, Hazbun Yidi la compró a Acosta, pues éste declara lo siguiente:

Al ofrecer tal mercancía al señor Hazbun, éste "me dijo que pocas ganas le tenía y, entonces, yo le dije que la comprara, que la mercancía era buena y le mostré los papeles y entonces él me dijo que bueno, que podía hacer negocio, pero siempre y cuando le trajera otro papel que pusiera bien en claro la legalización de la mercancía...".

Además, debe tenerse en cuenta que ninguno de los interesados presentó al proceso la documentación pertinente para acreditar la importación legal de tal mercancía; y, ni siquiera, los papeles que Acosta dice haber mostrado al señor Hazbun Yidi. Y es evidente que si tal mercancía hubiese sido importada legalmente, los interesados habrían comprobado tal circunstancia para recuperar la mercancía, estimada en la no despreciable suma de ciento cuarenta y cinco mil pesos.

Asimismo, cabe anotar que se trata de mercancía de prohibida importación, como lo declararon los peritos que la examinaron.

Esa abultada diferencia entre el valor de la mercancía y la suma por la cual Acosta la vendió al señor Hazbun Yidi indica sin lugar a dudas, que no se trató de una negociación sobre cosa lícitamente introducida al país, pues no es lo normal que, sin motivo alguno que lo explique, alguien que es comerciante, como aparece que lo es Acosta, venda por menos de la cuarta parte de su valor real mercancías que sin ser de procedencia ilícita, tiene libertad de vender en un precio más justo.

Además, son hechos indicadores de la responsabilidad de Acosta y Hazbun Yidi en el delito de

contrabando porque fueron condenados, los siguientes:

a)—La sindicación de fraude a la renta nacional de aduanas, por la que antes estuvo detenido el nombrado Acosta;

b)—La forma como la mercancía decomisada era guardada en la fábrica del señor Mandonelt: oculta detrás de un gran número de cajas de cartón, vacías;

c)—Lo inverosímil de que el señor Hazbun Yidi, que antes —según declara el señor Mandonelt— había dado en préstamo, mediante garantía prendaria de mercancías, diferentes sumas de dinero a varias personas, al realizar la misma operación con el señor Jaime Acosta no dejara, en el documento correspondiente, la prueba de tal operación, necesaria para poder obtener el pago de lo prestado mediante una acción ejecutiva que le permitiera la venta en remate de la cosa recibida en prenda. Y con tanta mayor razón, si tal documento le era indispensable por tratarse de una mercancía —la que se le dejaba como garantía de la suma prestada— que no contaba con los documentos suficientes para acreditar su importación legal al país, y cuando esa operación no fue presenciada por persona alguna.

d)—El hecho de que entregara, en efectivo, al nombrado Acosta, la suma de veinte mil pesos, pudiendo haberlo hecho mediante cheque, con lo cual, ante la ausencia de otros comprobantes del préstamo que le hacía, al menos dejaba ese comprobante de tal pago. Y sin que tenga fuerza la explicación que sobre este particular ofrece el señor Hazbun Yidi, de que así lo hizo para ocultar una operación de mutuo que le acarreaba un aumento de su renta gravable, porque en la expedición de un cheque no se deja constancia alguna sobre la causa del pago que con él se realiza.

Respecto de la estimación de la prueba dentro del recurso de casación, la Corte dice que "su función se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad...". (G. J. Tomo LXXXI, números 2.160 y 2.161, págs. 845 y 846). Y de la estimación que el Tribunal Superior de Aduanas hizo de los medios de prueba tomados en consideración para proferir la sentencia recurrida no se desprende ese "protuberante error" a que se refiere la doctrina de la Corte, transcrita, sino que más bien se acomoda a una sana crítica de los elementos de convicción.

Sólo cuando son falsos los presupuestos que sirven de base al juzgamiento en las instancias, o cuando en él se les dá a las pruebas un entendimiento que realmente no tienen, cabe admitir en casación la errada interpretación de los hechos, para los efectos previstos en el ordinal 2º del artículo 567 del C. de P. P. y 1º del artículo 20 del Decreto Legislativo número 1158 de 1958.

No fue, pues, probado el cargo hecho a la sentencia recurrida, fundamentado por el demandante en supuesta equivocación en la apreciación de las pruebas y en las cuales el Tribunal Superior de Aduanas apoyó su conclusión de que fue cometido el delito de fraude a la renta nacional de aduanas, previsto en el literal c) del artículo 3º del Decreto número 1.432 de 1940, que dice lo siguiente:

"Los siguientes hechos constituyen delitos de fraude o contrabando a la renta nacional de aduanas... c) Comprar, vender y de cualquier manera facilitar el transporte, circulación, ocultación o venta de tal mercancía después de importada, sabiendo que ha sido importada o traída a la República en contravención a la ley".

No prospera, pues, la causal de casación invocada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia a que se ha hecho mérito en este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Aduanas.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pisciano León L., Secretario.

POR ESTAR EN DESACUERDO CON EL AUTO DE PROCEDER Y EL VEREDICTO, SE INVALIDA PARCIALMENTE LA SENTENCIA QUE CONDENO POR ASESINATO Y EN SU LUGAR SE IMPONE AL REO LA SANCION CORRESPONDIENTE AL HOMICIDIO SIMPLE

Necesaria correspondencia entre el auto de vocación a juicio, el veredicto y la sentencia.

1.—En los juicios con intervención de jurados, como es de elemental conocimiento, la sentencia del juez de derecho debe descansar en el veredicto, acto mediante el cual la sociedad, representada en los jueces de conciencia, define la responsabilidad del acusado. Pero esta manifestación o pronunciamiento popular tiene que producirse sobre los hechos que son materia de cargo y respecto de los cuales el auto de proceder señala el ámbito y límites del debate en la vista pública de la causa.

2.—El Jurado no puede rebasar en su gravedad los cargos contenidos en el enjuiciamiento sin exceder su misión juzgadora. Puede sí, por el contrario, atenuarlos o modificarlos en favor del procesado. Así se considere que la calificación hecha en el auto de enjuiciamiento es provisional, que no obliga sino en la denominación genérica del delito, para apreciar circunstancias modificadoras agravantes no enunciadas en dicho proveído sería imperativo que se acreditaran o demostraran en el plenario y que de modo concreto se sometieran a la decisión del Jurado.

3.—En los juicios con intervención de Jurado tienen que acoplarse y armonizarse tres actuaciones procesales básicas como son el enjuiciamiento, el veredicto y la sentencia. Esta, en primer término y salvo declaración de contraevidencia, debe acomodarse al veredicto, cuyo texto condiciona la condenación o absolución del acusado. El veredicto, a su turno, no es otra cosa que el pronunciamiento del Jurado sobre la cuestión propuesta, cuestión que debe recoger todos los elementos específicos del cargo aceptados en el enjuiciamiento o, en algunos eventos, acreditados en el plenario de la causa.

4.—No es propio, como lo ha afirmado la Corte al estudiar la causal tercera de casación, que en juicios con intervención de Jurado, pueda presentarse el motivo de impugnación que surge de la desarmonía de la sentencia con el auto de enjuiciamiento, dado que el Juez de derecho falla con base en el veredicto. Pero esa tesis no es posible mantenerla con un valor absoluto para concluir que sólo es dable confrontar la sentencia con la decisión del Jurado, puesto que en su desarrollo progresivo la concordancia tiene que mantenerse entre el auto de proceder y la cuestión que se someta a los Jueces de hecho; entre el veredicto de éstos y los cargos formulados, para en última instancia saber si el fallo es fiel trasunto del proveído enjuiciatorio y del veredicto.

5.—Cuando el Jurado afirma una responsabilidad criminal en circunstancias más gravosas a las que se le sometieron a su juicio, contraviene el pliego específico de cargos y lo que en tal sentido exprese, no obliga al fallador, quien ha de tener por no escrito lo que el Jurado exprese más allá de la cuestión sometida a su examen. Aceptar un pronunciamiento excedido, virtualmente coloca en pugna la sentencia con el

auto de proceder, e incluso con el mismo veredicto que sólo es atendible en lo pertinente y da fundamento a la causal tercera de casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL.—Bogotá, abril diez y siete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva —Sala de Decisión Penal— en fallo de 11 de julio de 1960, confirmó el proferido por el Juez Segundo Superior del mismo distrito el 14 de octubre de 1959, condenatorio de Marco Antonio Ruiz Cadena, como responsable del delito de homicidio, calificado de asesinato, a la pena principal de 18 años de presidio y accesorias de rigor.

Contra la sentencia de segundo grado, en la oportunidad legal, interpusieron recurso extraordinario de casación, el señor Fiscal del Tribunal, el acusado y su defensor, doctor Marco Naranjo López. Agotados los trámites procede la Corte —Sala de Casación Penal— a decidir de fondo.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El homicidio cuya comisión se atribuye al procesado Ruiz Cadena y del cual fue víctima el señor Luis Borrero Durán, ocurrió en las primeras horas de la noche del 20 de septiembre de 1953 frente a la casa de la hacienda denominada 'El Paraíso', de propiedad de Jerónimo Bahamón, en jurisdicción del municipio de Palermo (Huila).

"En aquellas horas —dice la sentencia recurrida— congregábanse en dicha casa numerosas personas con fines exclusivamente políticos cuando, de regreso de su finca 'El Sinaí' pasó por ese mismo lugar, manejando personalmente un Jeep marca Willys, el señor Luis Borrero Durán acompañado de su esposa y de sus pequeños hijos. En esos precisos momentos uno de los concurrentes a la reunión en referencia se situó sobre la carretera y alzando los brazos pretendió detener el vehículo del señor Borrero Durán. Este, rápidamente desvió el carrero y continuó su viaje; mas en esos instantes alguien, desde la vía y por detrás, disparó sobre el Jeep un arma de fuego lesionando de esa manera a don Luis. Su esposa tomó entonces la dirección del carro para llevar al herido al hospital, quien falleció durante el recorrido.

"La muerte del señor Borrero Durán fue comprobada legalmente con la partida de defunción y con la diligencia de autopsia. Según ésta, el cadáver presentaba dos erosiones sobre la piel de la frente y cuero cabelludo de la región frontal superior; 'un impacto de arma de fuego, de cuatro milímetros de radio, sobre el borde derecho de la columna vertebral, al nivel de la primera vértebra dorsal, que parecía agujero de entrada del proyectil;' y 'una esquimosis (sic) de seis por cinco (6 x 5) centímetros, por debajo de la clavícula derecha y en el ángulo formado por la articulación esterno-clavicular derecha, que a la palpación se tocaba a flor de piel localizado el proyectil...' Al abrir la tumefacción y a una profundidad de medio centímetro, en el espacio formado por el borde inferior de la clavícula y la segunda costilla, región cartilaginosa, se localizó el proyectil. Abierta esta brecha, se pudo comprobar la cavidad torácica llena de sangre y con algunos coágulos y rotos los gruesos vasos de la región que parecía ser la extremidad superior de la aorta al momento de dividirse en la carótida primitiva y la subclavia....' (Folios 37 y 38. Cuad. Nº 11).

Después de una accidentada y controvertida investigación, cuya clausura ordenó el Juez del conocimiento por auto de 17 de enero de 1956, fue oído el concepto del colaborador fiscal, quien se pronunció por el llamamiento a juicio del acusado por homicidio simplemente voluntario, por no haber, en su sentir, circunstancias constitutivas de asesinato. (Fls. 179 a 191. Cuad. Nº 5).

El Juzgado Superior, en la extensa providencia que obra de fls. 194 a 207 del cuaderno citado, fechada el 26 de abril de 1956, formuló el llamamiento a juicio "por los trámites en que intervienen los señores jueces de conciencia y por el delito genérico de homicidio..... al señor Marco Antonio Ruiz Cadena"..... "con las modalidades expuestas en la parte motiva de este proveído, ilícito cometido en la persona de don Luis Borrero Durán y ocurrido en las primeras horas de la noche del día veinte (20) de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953) en el

punto denominado 'El Paraíso', jurisdicción del municipio de Palermo, de este distrito judicial".

La parte motiva del proveído, en el capítulo destinado a enmarcar jurídicamente las características específicas del homicidio, sentó estas apreciaciones para refutar la tesis del representante del Ministerio Público:

"Como se ha visto, se trata en el presente caso de un homicidio que no es otra cosa que la muerte causada a una persona por otra; pero no es menos evidente que la ley ha distinguido, ante todo, dos grandes divisiones en esta figura delictiva, según la intención que hubiere impelido a cometer el hecho desde todo punto violatorio de la ley penal; en primer término, el homicidio voluntario, o sea aquel, en el que ha meditado la voluntad del acto que puso fin a la vida de una persona, y cuando de otra parte se ha causado la supresión de una vida sin que por parte del agente activo del delito haya existido la intención o propósito de realizarlo; tal el homicidio culposo.

"Más también acontece que en tratándose del homicidio voluntario, es decir cuando se ha realizado con el propósito de matar, se configuran en el hecho determinadas circunstancias que de por sí agravan en grado superlativo el hecho delictuoso, caso en el cual dicha figura toma la denominación de asesinato, y que de consiguiente, señalado el acto con tales determinaciones y precisas, aquel, caso de un fallo condenatorio, se haría acreedor a una sanción mucho más fuerte, y detallada específicamente en el Código Penal.

"Para el caso de autos, y teniendo en cuenta el estudio que se ha hecho del proceso, veamos cómo debe calificarse jurídicamente la actitud del señor Ruiz Cadena cuando la noche del veinte de septiembre de 1953, y cuando se encontraba frente a la residencia campestre "El Paraíso' del señor Jerónimo Bahamón, determinó salir a la carretera, tratar de interceptar el jeep en que viajaba el señor Luis Borrero Durán con su familia, y como no consiguiera su objetivo, a los pocos metros de marcha del vehículo, optó por sacar un arma de fuego que portaba, para dispararla contra aquel automotor, causándole en forma instantánea la muerte, cegando así una vida joven, pletórica de ilusiones, y por ende cuando gravitaba sobre sus hombros la responsabilidad de una familia que empezaba a saborear las alegrías y amarguras que a todos los humanos nos proporciona la vida.

"Y para el efecto de estructurar la figura jurídica del homicidio en las distintas categorías que hemos enunciado, se hace indispensable la concurrencia de estos elementos: propósito de matar, o sea el factor intencional o dolo específico de causar la muerte a determinada persona, y relación de causalidad entre el acto llevado a cabo por el homicida y el efecto producido con motivo de su acción por demás injurídica que viene a destruir una vida; sentadas las anteriores premisas veamos si Marco Antonio Ruiz Cadena, al salir a la carretera la noche del veinte de septiembre de 1953, y hacer las demostraciones para que el vehículo de don Luis detuviera su marcha, y como no lo consiguiera, debido al quite que tuvo que hacerle para no atropellarlo, sacara el arma de fuego que portaba y a pocos pasos efectuara el disparo mortal con los resultados conocidos; puede acaso pensarse, por un momento, que Ruiz al disparar concibió apenas la idea de amedrentar al conductor de aquel vehículo? o que, siquiera pudiera decirse que su propósito fue tan sólo el de causarle una lesión personal? desde luego que no; hay que convenir que la actitud de Ruiz, de por sí voluntaria, fue la de eliminar una vida, pues como persona consciente no podía imaginarse por un momento, ni aún en el caso de su bondad, que el carro se moviera por su propia cuenta; y esa intención o propósito de matar, se destaca por cuanto sabía a ciencia cierta que el arma que portaba, al dispararla contra alguien y dar en el blanco se produce la muerte.

"Pero alguien podría sostener que la intención de Ruiz era la de hacer detener el carro para que lo condujera hasta Neiva; sin embargo este supuesto tampoco es atendible debido a que, de una parte, la distancia que lo separaba de la ciudad era de por sí insignificante, apenas unos tres kilómetros; y de otra el propio Ruiz Cadena había viajado momentos antes en una camioneta oficial que se hallaba allí cuadrada, y cuyo conductor, dada la amistad que entre los dos se profesaban, estaría dispuesto a traerlo hasta el centro en cualquier momento; por lo demás también allí se hallaba el carro de Luis Enrique Polanco, a quien conocía de antemano, y a quien apenas haría 5 minutos había saludado en la carretera.

"Y aceptado que Ruiz sí tuvo el propósito de causar una muerte, aun cuando no conociera al conductor del carro, como no lo conoció, debido

al reflejo fuerte que en su sentido visual le produjeran las lámparas del jeep, puesto que ya había entrado la noche, observemos además las condiciones en que a su vez se hallaba don Luis Borrero frente a la agresión de que era objeto por un sujeto para él desconocido, y de quien apenas pensó se trataba de un alegre paseante: lógico pues establecer que el señor Borrero Durán, quien venía hacia la ciudad después de un día de campo, acompañado de su esposa y de sus pequeños hijos, se hallaba en total indiferencia frente a la actitud agresiva de Ruiz Cadena, indefensión que resalta cuando una vez que hubo pasado el carro por frente del agresor, determinó éste sacar el arma para causarle la muerte por la espalda, y en momentos en que ya la víctima estaba imposibilitada para ejercitar el más elemental de los actos defensivos, de allí que el artículo 363 en su numeral 5º establece como premisa para la concurrencia de un asesinato, si el hecho previsto se cometiere 'con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, tales como la asechanza, la insidia, la alevosía o el envenenamiento'.

"Al respecto el señor colaborador fiscal de este Juzgado en su concepto de fondo, una vez relacionada la infracción consumada dice que el acto en mención es apenas un homicidio voluntario, que Ruiz al interceptar el carro de Borrero Durán, viendo que su conductor no paraba, hubo de sacarle el quite y le hizo pronunciar las palabras de 'casi me coge este berriondo', hecho por el cual hubo de sacar la pistola para disparar sobre el precitado vehículo; que siendo así hay que colegir que el acusado obró 'a impulsos de la cólera' y cuando sus facultades mentales estaban transitoriamente alteradas por el estado de beodez en que se encontraba; por manera que según el Agente Fiscal la cólera o el estado de ira súbito que sufrió Ruiz Cadena, fue la causa del trágico suceso, y entonces, podría llegar a afirmarse que en la situación jurídica de Ruiz Cadena se encuentra nada menos que una atenuante que viene desde luego a suavizar su actitud frente a la ley; como quien dice, que Borrero sea cual fuere su modo de ser estaba en la estricta obligación de parar o detener su vehículo y llevarlo a donde le provocara a fin de no despertar en el victimario ese 'estado de cólera' previsto por el Legislador cuando estatuye que el hecho tendrá determinada sanción, si llegare a cometerse 'en estado de ira o intenso dolor', pero agregando, óigase bien, 'causado por grave e injusta provocación'; puede acaso estimarse por un instante que de parte de Borrero Durán existió la más mínima provocación para que Ruiz, por la espalda, a mansalva y sobreseguro desenfundara su arma y cometiera el hecho en momentos en que el agente pasivo del delito se hallaba en las más notorias condiciones de inferioridad, y por ende imposibilitado totalmente para defenderse?

"De otra parte, estima la Fiscalía, que no puede darse por comprobado que según el ordinal 6º del artículo Ruiz ejecutara el hecho 'abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido', por cuanto, como lo han dicho la Jurisprudencia y la doctrina, tal estado no se configura sino cuando el agente del delito ha obtenido un aprovechamiento de su acto; pero ya vimos que en concepto del Juzgado el inciso que viene a estructurar el asesinato es el quinto y no el a que se refiere el señor Fiscal.

"Son estas las consideraciones para establecer el Juzgado que en el homicidio de que fuera víctima el señor Borrero Durán se perfila la figura jurídica del asesinato, según el numeral 3º a que se ha hecho referencia, y en modo alguno aceptar la tesis del Agente Fiscal en cuanto sostiene que estamos en presencia de un homicidio voluntario debido a que Ruiz Cadena obró a impulsos de la cólera que le produjera el que el señor Borrero Durán no detuviera el vehículo en que viajaba".

Al conocer el Tribunal Superior de Neiva, por apelación, del aludido auto de proceder, confirmó la resolución del inferior, pero descartó de modo expreso la calificación de asesinato con estas consideraciones:

"Desde el punto de vista del derecho, el señor Juez del conocimiento imputa este delito a título de dolo que consiste en la voluntad consciente de causar la muerte a una persona. El Tribunal está de acuerdo con esto, porque la apreciación de la intención homicida es un cuestión de hecho que se deja a juicio del Juez de la causa quien para ello ha tenido en cuenta la calidad del arma empleada, una pistola con proyectiles blindados; la poca distancia a que fue hecho el disparo; la dirección de éste y el blanco, todo ello con el resultado de la supresión de una vida. No quiere decir lo anterior que haya habido el fin preciso de ocasionar la muerte de un hombre

determinado, es decir un dolo cierto y directo. Cuando la intención se dirige indiferentemente a varios resultados graves en cualquier forma como a dar muerte a una persona o por lo menos a herirla, si también en este caso se produce el resultado letal, el hecho es doloso, porque el dolo que se denomina indeterminado no deja de ser dolo. Aquí tiene valor la regla probatoria 'Dolus indeterminatus determinatur eventu' (el dolo indeterminado se determina por el resultado). Maggiore - Derecho Penal - Volumen IV, pág. 285.

"Pero el señor Juez del conocimiento, apartándose del criterio de su colaborador, considera que este homicidio reviste también caracteres de asesinato, porque el señor Borrero Durán se hallaba en total indefensión frente a la actitud ofensiva del matador, pues una vez que hubo pasado el carro de la víctima aquél determinó sacar su arma para causarle la muerte por la espalda y en momentos en que la víctima estaba imposibilitada para ejercitar el más elemental de los actos defensivos y se incurrió por ende en la agravante del numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, o sea 'cuando el hecho previsto se cometiere con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad tales como la asechanza, la insidia, la alevosía o el envenenamiento'.

"El Tribunal no comparte esa tesis por las siguientes razones:

"1º.—Porque ese no ha sido su criterio en otras ocasiones análogas, como cuando se confirmó el auto de proceder contra Florentino Muñoz que dió muerte a una familia entera en estado de embriaguez porque le negaron la posada. Entonces dijo la Corporación lo siguiente: 'Sobre las circunstancias de asesinato de que hablan los señores Fiscales en sus conceptos, referentes concretamente a los numerales 2, 5 y 7 del artículo 363 del Código Penal que tratan de la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos; del abuso de las condiciones de inferioridad personal de las ofendidas y de la sevicia, tenemos que puntualizar ante todo el sentido jurídico de estas circunstancias agravantes. En primer lugar no hay que perder de vista que tanto la doctrina como los Tribunales han estado de acuerdo en que a la premeditación como fenómeno fundamentalmente subjetivo que es, se le asignan los siguientes elementos constitutivos: la reflexión; el intervalo de tiempo entre la determinación y la acción y la frialdad de ánimo. Faltando cualquiera de estos elementos, la premeditación falla como modalidad agravante. En cuanto a la segunda circunstancia, o sea el abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, también se exige la frialdad de ánimo pues sólo así es posible el cálculo que permite medir las condiciones personales de la víctima. Por esta razón generalmente no se predica dicha causal en los actos impulsivos ni en los estados pasionales.....'

".....

"Conclusión de lo expuesto en los resultandos y considerandos anteriores es que la justicia está frente a un homicidio voluntario simple, sin las características de asesinato que ha tenido en cuenta el Juez del conocimiento, y que de conformidad con el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, hay mérito para llamar a juicio a Marco Antonio Ruiz Cadena por estar plenamente demostrado el cuerpo del delito y obrar en contra suya indicios graves de su responsabilidad".

En acatamiento a lo dispuesto por el Tribunal en su providencia (septiembre 19 de 1957) al Jurado que intervino en el juzgamiento del acusado se le sometió en el curso de la vista pública de la causa la cuestión que aparece a fls. 39 del cuaderno Nº 10, en estos términos:

"'El acusado Marco Antonio Ruiz Cadena es responsable de haber ocasionado la muerte voluntariamente y con el propósito de matar a Luis Borrero Durán, por medio de una herida causada con arma de fuego, de cuatro (4) milímetros de radio, localizada sobre el borde derecho de la columna vertebral al nivel de la primera vértebra dorsal, la que seccionó la aorta, produciendo anemia aguda a consecuencia de lo cual murió; hecho ejecutado por el acusado en las primeras horas de la noche del día domingo veinte de septiembre de 1953, en el sitio denominado 'El Paraíso', jurisdicción del municipio de Palermo, de este distrito judicial?'

El veredicto pronunciado fue de este tenor:

"'SI ES RESPONSABLE POR HOMICIDIO COMETIDO CON LAS CARACTERISTICAS DE ASESINATO'".

Estimó el Juzgado Superior, con base en el pronunciamiento del Jurado que la responsabilidad del homicida quedaba ubicada en el art.

363 del C. P. y en orden a darle fundamentos jurídicos a su fallo condenatorio por homicidio calificado de asesinato, consignó en la motivación, entre otras, estas peregrinas consideraciones:

"Largo fue el debate de la audiencia pública en la cual tanto el señor Agente del Ministerio Público como el señor defensor quisieron restarle todo valor probatorio a las declaraciones que concurren a esclarecer los indicios que incriminan a Marco A. Ruiz Cadena, y por su lado el apoderado de la parte civil relievó la credibilidad de los mismos deponentes para cuyo objeto leyó una a una las respectivas declaraciones, como también las diligencias de reconocimiento por parte de doña Gabriela en rueda de presos a la persona de Marco A. Ruiz a quien señaló ser el mismo individuo que interceptó el Jeep de su esposo en la noche de los acontecimientos.

"Pero además el señor apoderado de la parte civil destacó el hecho de que el crimen se había cometido con premeditación y para ello acogió el salvamento de voto del Conjuez doctor Guillermo Pinedo Ramos al confirmarse el auto de proceder por el Honorable Tribunal Superior: y es que en realidad si nos atenemos a los testimonios que obran dentro del proceso vemos que el grupo exaltado y vociferante en el cual estaba Marco A. Ruiz Cadena el día veinte de septiembre de 1953, no ocultaba su propósito de venganza y exterminio hacia los integrantes del partido político adversario, y en especial Ruiz Cadena horas antes penetró a una cantina de la ciudad e hizo público y determinado este propósito, según nos lo declara Roberto Ramírez Vanegas a fl. 211 del cuaderno Nº 2, y entonces si esto es así se cumplen los elementos de la premeditación que exige el Tribunal en su auto confirmativo o sea la reflexión, el intervalo de tiempo entre la determinación y la acción y la frialdad de ánimo. No se puede argumentar que por haberse descartado el delito político no concurra la premeditación en el caso de autos. En realidad Marco Antonio Ruiz es algo más que delincuente político, es lo que Sighele citado por Ferri, llama delincuente sectario, que aunque tenga un origen político la actividad delictuosa, no se cumple el fin político-social que buscan los idealistas que quieren cambiar un estado de cosas por otro, para ellos mejor, y que bajo esta pasión van hasta el delito.

"También destacó el apoderado de la parte civil el hecho de que la víctima al ser ultimada se encontraba en condiciones de indefensión, y en realidad si aceptamos que Marco A Ruiz fue quien ocasionó la muerte a Borrero Durán, debemos aceptar también que esta muerte violenta se produjo cuando la víctima estaba en condición de indefensión, y para que se estructurare esta circunstancia que eleva el homicidio a asesinato y que se encuentra prevista en el numeral 5º del artículo 363 del C. Penal, no se necesita que el victimario coloque a la víctima en estado de indefensión sino que basta que se aproveche de esta circunstancia.

"..... ....

"Ahora bien, si existe prueba indiciaria que incrimina a Marco Antonio Ruiz de ser el autor de la muerte violenta de Luis Borrero Durán, y si al cometer el hecho lo hizo en forma premeditada y aprovechando la indefensión de la víctima, entonces vemos que el veredicto proferido por el jurado de conciencia se ajusta a la realidad procesal, y el Juzgado en consecuencia lo acoge, para de acuerdo con él condenar a Marco Antonio Ruiz Cadena como responsable del delito de homicidio agravado (asesinato).

"El doctor Jesús María Vargas Silva, en su loable labor de defensa, concluida la audiencia presentó un memorial que ha sido agregado a las diligencias y al cual hemos de referirnos en seguida.

"El señor defensor argumenta que el cuestionario se refiere al homicidio simplemente voluntario definido en el artículo 362 del C. Penal y que el veredicto se refiere al asesinato del artículo 363 ibidem para concluir que debe ser rechazado por esta causa.

"A lo anterior responde el Juzgado que en los juicios penales adelantados con intervención de jurado, el cuestionario sometido a éste desde luego debe estar de acuerdo con el auto de cargos, pero el jurado al responder el cuestionario y al tenor del artículo 29 de la ley 4ª, de 1943 puede agregar en su veredicto circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, y la sentencia debe estar de acuerdo con el veredicto únicamente, y es así como el ordinal 3º del artículo 567 del C. de P. P. eleva a causal de casación el estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado, usando una 'o' disyuntiva en cuanto se refiere a no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder".

Tanto el Agente del Ministerio Público como el acusado y su defensor apelaron de la sentencia de primer grado y sustentaron ampliamente el recurso. Pero el Tribunal mantuvo el fallo del inferior con algunas ligeras variantes en la motivación, que en nada afectan el problema central del proceso. De las argumentaciones elaboradas por el ad-quem en el fallo recurrido en casación conviene destacar éstas:

"1º.—Indudablemente el veredicto contiene, con respecto al ilícito, un término genérico: homicidio. Pero de esa expresión no puede deducirse, como lo pretende la defensa, que los jueces populares pudieran aludir al homicidio preterintencional, concausal o culposo. Los vocablos 'voluntariamente' y 'con el propósito de matar' contenidos en el cuestionario indican claramente que al Jurado se le preguntó por un homicidio voluntario. Luego es obvio que al dar, como dió una respuesta afirmativa de la responsabilidad, no se refirió a ninguno de aquellos específicos delitos. La denominación genérica se empleó para complementarla con el reconocimiento de las características de asesinato.

"2º.—El artículo 29 de la ley 4ª de 1943 preceptúa que si los jurados 'juzgaren que el hecho se ha cometido en circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente a la contestación'. Es una amplia facultad que se les da a los jueces populares sin condicionar el ejercicio de ella a favor del acusado, ni subordinarlo a lo que demuestren los autos en determinada etapa del negocio. Los jueces de conciencia, según la fórmula de su juramento, sólo están obligados a examinar los cargos y la defensa que se hagan al procesado, a no traicionar ni los intereses de éste ni los de la sociedad, y a decidir con imparcialidad e íntima convicción, sin atender voz distinta a la de su personal conciencia (artículo 26 de la citada ley). De manera que cuando en el auto de proceder no se hayan consignado circunstancias de asesinato y dentro del término probatorio de la causa no se aduzcan nuevos elementos de juicio, puede el Jurado agregar a su respuesta las circunstancias que juzgue, en conciencia, concurrentes a la comisión del hecho ilícito. Siendo esto así, como lo es, la evidencia o contraevidencia del veredicto no puede analizarse teniendo en cuenta una sola de las etapas procesales, como la del juicio, sino ampliamente, tomando en consideración todo lo que aparezca de autos. Porque, de otra parte, no sería equitativo, ya para el acusado, ora para la sociedad, que mientras el Jurado puede ejercer ampliamente, por lo antes dicho, la facultad en referencia, carezca el Juez de derecho de esa misma amplitud en el estudio del veredicto.

"3º—Difícil sería entender que los jurados dieran al vocablo 'asesinato' una acepción diferente a la jurídica. Todas las piezas del proceso, y el debate mismo en la audiencia, no sirven ni remotamente para inferir una significación distinta.

"4º. El Jurado, al reconocer en el homicidio 'las características de asesinato', no incluyó todas las determinadas en el artículo 363 del C. P., sino aquellas alegadas por la parte civil en la audiencia, cuales fueron la premeditación y las circunstancias de indefensión de la víctima. La interpretación no es arbitraria si se tiene en cuenta, además, el contradictorio debate que sobre tales características sustuvieron las partes al calificar el informativo.

"..... ....

"En cuanto se refiere a las circunstancias específicamente agravantes del homicidio, reconocidas por los jueces de conciencia en su veredicto, ellas son, por lo antes dicho, las determinadas en los numerales 2º y 6º del artículo 363 de. C. P., a saber: 'Con premeditación, acompañada de motivos innobles o bajos', y 'con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento'.

"La premeditación en el delito de homicidio —se ha dicho— es el designio persistente y resuelto formado por un individuo, antes de la acción de dar muerte a otro.

"Maggiore, al folio 300, Tomo IV de Derecho Penal, alude a algunas definiciones clásicas de la premeditación y así anota:

'La romana de Marcino: delinquitur aut proposito, aut impetu, aut casu (se delinque o de propósito, o por ímpetu, o por caso fortuito), por lo cual la premeditación se identifica con el dolo de propósito, opuesto al dolo de ímpetu.

'La de Farinacius: homicidium simplex est illud in quo occidendi animus concurrit tempore rixae, praemeditatum vero in quo occidendi deliberatio ante rixam praecedit (homicidio simple es aquel en que la intención de dar muerte concurre con el momento del altercado, y premeditado, aquel en que precede a la contienda la deliberación de dar muerte).

'Y por último, la celebérrima de Carmignani: occidendi propositum frigido pacatoque animo susceptum moram habens atque ocassionem quaerens ut crimen veluti exoptatum finem perficiat (es el propósito de matar, formado con ánimo frío y calmado, buscando y esperando la ocasión, para que el crimen logre el fin que se desea)'.

"De estas citas se deduce que para incurrir en asesinato sólo se necesita el propósito de matar, formado con el ánimo frío y calmado, buscando y esperando la ocasión para que el crimen logre el fin que se desea. Para nada se exige, por lo tanto, que se sepa quién va a ser la víctima, cuál su nombre, etc. Según Carmignani, lo esencial, al decir del propio Maggiore, en la premeditación, es el propósito: 'es decir, la firme y deliberada voluntad de cometer el delito'. Acompañado ese propósito de la disposición de los medios.

"De otra parte, y en relación con la agravante de que habla el numeral 5º, del artículo 363 del C. P., no se necesita que el victimario coloque a la víctima en estado de indefensión, sino que basta que se aproveche de tal circunstancia. Así lo ha dicho la H. Corte en fallo de 7 de febrero de 1955, publicado en el Tomo LXXIX de la Gaceta Judicial, página 581 y siguientes".

"..... ....

"Como fácilmente puede apreciarse en vista de los hechos precedentemente resumidos, la decisión del jurado, en cuanto a la circunstancia agravante de que trata el numeral 2º del artículo 363 del C. Penal, se informa también en elementos de convicción deducidos del proceso; luego, de acuerdo con la doctrina de la Corte atrás expuesta, el veredicto, en ese sentido, no puede declararse contraevidente. Porque de todos aquellos hechos pudieron los jueces de conciencia deducir, racionalmente, que Ruiz Cadena tenía la firme y deliberada voluntad de matar a alguno de sus contrarios: que buscó y esperó la ocasión para realizar ese propósito y que lo logró mediante disposición de medios efectivos. Es decir, que delinquió con premeditación y por motivos innobles o bajos, desde luego. De lo contrario, por qué y para qué estaba afiliado a aquella secta —'Cusea'— entre cuyos ignominiosos postulados regía el de 'cobrar jefes conservadores por jefes liberales y soldados muertos por dirigentes suyos'? No fue, acaso, siguiendo esa consigna, como manifestó públicamente su deseo de eliminar a un 'collarejo'? Y si tal designio alimentaba persistente y resueltamente, qué causa inmediata le sirvió de incentivo, sino el asesinato de ciudadanos de su mismo partido, ocurrido aquel mismo día en el municipio de Iquira? Para qué trataba de detener el carro del señor Borrero si de él no tenía necesidad, puesto que a su disposición se encontraba el que lo había llevado? Es, acaso, infundada la inferencia de que, conociendo como conocía al señor Borrero, alcanzó a identificarlo en aquellos luctuosos instantes? Si no hubiera sido el señor Borrero sino el 'Capi Castro', por ejemplo, el conductor del vehículo, no es casi seguro que Ruiz Cadena habría logrado identificarlo y abstenídose de disparar en la forma en que lo hizo?

"Desde luego, estos interrogantes no podrían contestarse de manera favorable al acusado argumentando que por carecer el señor Borrero de jefatura de su partido, no era de las personas indicadas en la monstruosa consigna de 'Cusea' como para que Ruiz Cadena lo hiciera, deliberadamente, víctima de aquella vengativa consigna. Sería aberrante, si menos, restarle gravedad al delito por no aparecer de autos tal calidad en la víctima. Ello equivaldría al reconocimiento de una atenuación por no haber sido estrictamente fiel al mandato delictuoso. Y menos podría desconocerse la preconcebida intención de matar, en el procesado, por no haberla realizado cuando tuvo a su alcance, como lo dice el testigo Ramírez Vanegas, uno de los 'collarejos' que buscaba con ese fin, pues el mismo declarante expone que en esos momentos acudieron muchas personas y sacaron del establecimiento a Ruiz Cadena. Es decir, le frustraron de esa manera sus criminosos intentos.

"En lo relativo a la otra agravante, cual es la contemplada por el numeral 5º del artículo 363 del C. P., difícilmente podría desconocerse que los hechos ocurrieron de noche: que el señor Borrero viajaba desprevenidamente; que se intentó detenerlo en mitad de una carretera, sin motivo alguno, por quien hallándose acompañado exclusivamente de copartidarios y amigos y que el disparo fue hecho por la espalda y el arma era idónea para matar. Siendo esto así, es obvio que tales circunstancias no puedan considerarse como independientes de la preparación criminosa, porque ellas demuestran precisamente todo lo contrario: una extraordinaria disposición de medios acompañando el innegable propósito de matar. De ahí que tampoco en este punto, sea procedente la de-

elaboratoria de contraevidencia en el veredicto".

"Considera la Sala que sería injurídico computar para la tasación de la pena, las circunstancias de mayor peligrosidad determinadas por los numerales 3º y 6º del artículo 37 del C. P., puesto que los hechos que las configuran se han tenido en cuenta como elementos constitutivos de asesinato según las agravantes de que tratan los numerales 2º y 5º del artículo 363 del mismo Código, ya analizados. No obstante esto el aumento en tres años, del mínimo de la sanción, es procedente, por la concurrencia de la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el numeral 15 del artículo 37 ibidem y por la personalidad del acusado, cuya peligrosidad relievan los autos de manera clara y concreta".

DEMANDAS DE CASACION

Como ya se expresó, el recurso extraordinario de casación lo interpusieron el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva y el defensor del acusado. Ambas partes formularon la correspondiente demanda, de las cuales procede la Sala a ocuparse.

a) — **Del Ministerio Público.**

El colaborador fiscal del Tribunal impugna la sentencia de éste en el escrito que obra de fls. 17 a 29 del cuaderno Nº 11. A más de que el libelo llena las exigencias de forma, conforme a derecho, las causales en que apoya el recurso aparecen debidamente sustentadas, en este orden:

Causal tercera, de las previstas en el artículo 567 del C. de P. P., por no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado. Expone al respecto:

"Con base en el veredicto anterior el señor Juez de conocimiento profirió la sentencia de primer grado condenando a Ruiz Cadena a diez y ocho (18) años de presidio por homicidio —asesinato— de acuerdo con el artículo 363, numeral 5º del Código Penal. Además se le tuvieron en cuenta en contra suya los artículos 36 y 37, numerales 3º, 6º y 15 ibidem. Por su parte el Tribunal en el fallo acusado le agregó por su cuenta y riesgo la agravante 2ª del artículo 363 que trata de la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, la cual no había sido puesta en cabeza del procesado por el señor Juez Superior, y desde luego mucho menos por el Jurado de conciencia como se verá más adelante. Sin embargo, como un acto de justicia e imparcialidad, el Tribunal estimó que los numerales 3º y 6º del artículo 37 no eran aplicables y esta fue la única discrepancia con el inferior aunque por lo demás se dejó la misma pena privativa de la libertad confirmando en todas sus partes el fallo recurrido del Juzgado.

"Habiendo colocado los señores Jueces de derecho el caso de Ruiz Cadena dentro del artículo 363 del Código Penal como homicidio con características de asesinato, es necesario saber en qué consisten éstas, para lo cual nos limitaremos a las agravantes 2ª y 5ª, es decir, cuando el homicidio se comete con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos; o con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento, no obstante que el veredicto del Jurado con la interpretación del Juzgado y del Tribunal habría incluido los nueve casos contemplados en el artículo 363 al decir que Ruiz Cadena era responsable 'por homicidio cometido con las características de asesinato', es decir empleando en plural el artículo determinado. Sobre este particular dice así el fallo del Tribunal al folio 52 del cuaderno Nº 11: 'En cuanto se refiere a las circunstancias específicamente agravantes del homicidio, **reconocidas por los jueces de conciencia en su veredicto,** ellas son por lo antes dicho las determinadas en los numerales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal, a saber: 'Con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos', y 'con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento'. (Lo subrayado es de la Fiscalía). Está tan arraigada en la conciencia de los jueces de derecho la convicción de que para poder tener en cuenta una circunstancia modificadora de la responsabilidad en los juicios en que interviene el Jurado, éste debe haberla reconocido en su veredicto, cuando no se incluye en el cuestionario, que el Honorable Tribunal así lo acepta en la frase subrayada arriba como si correspondiera a la verdad material del proceso.

"Ahora bien, podía el Juez de derecho suplir al Juez de conciencia en la calificación específica de los hechos? De ninguna manera. A ello se

oponen los artículos 480, 499 y 500 del C. de P. P. En efecto, el artículo 480 dice que en los procesos cuya competencia concierne a los Jueces Superiores, la audiencia pública, salvo disposición en contrario, se hará con la intervención del Jurado, y la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate, calificación que cuando se trata de circunstancias modificadoras o elementos constitutivos del delito debe hacerla exclusivamente el Jurado, según se deduce, a contrario sensu, del artículo 499 que dice así: 'La apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al Juez de derecho'. El mismo principio se establece en el artículo 29 de la ley 4ª de 1943 que sutituyó el artículo 500 del C. de P. P.: 'Los Jueces deberán contestar cada uno de los siguientes cuestionarios con un sí o un no; pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente a la contestación'. A este respecto es bueno recordar la jurisprudencia constante: '.... la ley no exige a los miembros del Jurado que en sus respuestas usen fórmulas sacramentales, pero cuando esas palabras o expresiones legales hacen parte integrante de una circunstancia modificadora de la responsabilidad, el Jurado debe pronunciarse sobre ellas en los términos consagrados por la misma ley. No se peca de formalismo cuando se inquiere por los motivos que el delincuente tuvo en cuenta en su obrar criminoso o por las circunstancias en las cuales realizó el hecho delictuoso, porque esas cuestiones inciden en el problema de la responsabilidad, y no será tarea difícil para los Jueces de conciencia afirmar —en cada caso concreto— si la riña, por ejemplo, se suscitó de un modo imprevisto, si por otra parte la imprevisión es factor que influye en la individualización de la correspondiente sanción. (Sents. 22 julio 1947, LXIII, 780; 25 octubre 1949, LXVI, 731; 6 febrero 1951, LXIX, 164)'. En otra oportunidad también dijo la Corte: 'Como lo ha repetido la Sala en otras ocasiones es lógico que cuando el Jurado quiera referirse a una circunstancia modificadora del delito debe señalarla con todas sus modalidades características a fin de que no pueda ser confundida y en caso de que alguno de sus elementos falte, el Juez de derecho no puede suplirlos, sin riesgo de modificar sustancialmente la voluntad del Jurado. (Sent. 22 agosto 1947, LXIII, 1.2)'.

"No es necesario insistir más en este tópico para concluir que en vista de que el veredicto pronunciado en esta causa no expresó en qué circunstancias constitutivas de asesinato de las previstas en el artículo 363 del Código Penal se le había dado muerte al señor Luis Borrero Durán, el Juez de derecho no podía entrar a sustituir al Jurado entresacando del artículo 363 las modalidades 2ª y 5ª que se acomodaban al punto de vista de la parte civil según se deduce de las actas de audiencia.

"Para una mente desprevenida el veredicto del Jurado 'sí es responsable por homicidio cometido con las características de asesinato', gramatical y jurídicamente significa la aceptación de los hechos de la pregunta contenidos en el cuestionario sin más consecuencias, porque el complemento 'por homicidio cometido en las características de asesinato' deja pendientes cuáles son esas características, lo que significa que la dicha frase no debe tener ningún efecto en el fallo en derecho ya que el Juez no puede agregarle nada para darle un sentido más determinado y concreto. Interpretar el veredicto pronunciado en esta causa leyendo entre líneas las características de asesinato de los ordinales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal, es no sólo violar los artículos 480, 499 y 29 de la ley 4ª de 1943 del Código de Procedimiento Penal, sí no también el artículo 26 de la Carta según el cual 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal la ley permisiva o favorable, aunquando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable' ".

Causal primera. — Alega el recurrente que la sentencia es violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o indebida aplicación de la misma. Razona así:

"Esta causal por su naturaleza se presenta como subsidiaria de la causal tercera suficientemente explicada y de consiguiente es muy poco lo que habrá que decir. En primer lugar se afirma que ha habido indebida aplicación de los ordinales 2º y 5º del artículo 363 por parte del fallador, porque de acuerdo con lo demostrado en relación con la causal 3ª la disposición aplica-

ble es el artículo 362 del Código Penal que tipifica el caso de autos de acuerdo con los cargos de las providencias de fondo, el cuestionario propuesto al Jurado y el veredicto de éste jurídicamente interpretado. Pero también hay violación de la ley penal por **errónea interpretación** de los artículos 36 y 37, numeral 15 del Código Penal. Lo primero porque no siendo posible cargarle a Ruiz Cadena un dolo específico por las características de asesinato de que se ha venido hablando ni por los motivos determinantes ni por la manera de ejecución del delito, su peligrosidad no resulta comprobada en los términos del artículo 36 citado. Por el contrario, el mismo fallo del Tribunal reconoce que el delito imputado a Ruiz Cadena fue efecto del ambiente político que se respiraba en esa época y del estado de embriaguez del sujeto como así lo reconocieron también el Juzgado del conocimiento, la Corte Militar y el Tribunal de Gracia para negarle a Ruiz Cadena la amnistía tantas veces por él solicitada. Veamos. El Juzgado del conocimiento en su providencia del cuaderno número 3, fl. 75 aludida, dijo: 'Veamos ahora si es posible aceptar que el delito investigado tuvo origen político o no. En primer lugar los móviles de la tragedia se desconocen por cuanto que el sindicado ha negado ser el autor del homicidio que se le imputa y en sus distintas indagatorias sostiene que no recuerda siquiera haber estado en el sitio donde se perpetró el delito. Por ninguna parte aparece en este expediente que el homicidio cometido por parte de Marco Antonio Ruiz Cadena en la persona del señor Luis Borrero Durán se hubiera cometido con el móvil de atacar al Gobierno o por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste o por aversión o sectarismo político...'. Y la Corte Militar de Casación y Revisión, al folio 6 del cuaderno número 5: 'El motivo de la reunión en la finca El Paraíso era político, nadie lo discute: los sujetos ese día se habían dedicado a vivar a su partido, pero el móvil que determinó al autor de la muerte de Borrero Durán, no fue en ninguna forma por sectarismo o aversión políticos, Borrero Durán pasó de improviso por la carretera, nadie lo esperaba, ni tampoco Ruiz Cadena lo reconoció...'.

El Tribunal de Gracia al folio 71 del cuaderno número 9: 'Así, pues, ha podido tratarse de cualquiera otra persona: tampoco ésta habría escapado a la colérica reacción del beodo que viéndose desatendido en la necia intrusión dirigida a obtener que parase el jeep y sintiéndose quizá en trance de haber podido ser arrollado por el vehículo, se valió de su arma para hacer el disparo mortal: que a la verdad es cuanto puede inferirse del informativo en punto de la forma y manera como se desarrollaron los hechos'. En cuanto a la circunstancia de mayor peligrosidad, artículo 37, numeral 15 que también se le ha cargado a Ruiz Cadena diz que por la disposición distinguida que ocupaba en la sociedad, por su ilustración, riqueza, dignidad u oficio, fuera de que ninguna de estas condiciones personales está comprobada sino todo lo contrario, porque Ruiz Cadena apenas era a la época de la comisión de los hechos un modesto ciudadano de la clase media, sin antecedentes judiciales, con un puesto de subalterno en la Policía Nacional, para que aquellas circunstancias se tengan en cuenta es necesario que de algún modo hayan influido en la comisión del delito que es siempre una resultante de factores sociales y antropológicos".

Concluye el señor Fiscal:

"He comprobado suficientemente que el fallo de 11 de julio de 1960 proferido por el Tribunal Superior de Neiva en la causa contra Marco Antonio Ruiz Cadena violó los artículos 480, 499 y 29 de la Ley 4ª de 1943 lo mismo que el artículo 26 de la Constitución Nacional, incurriéndose en la causal tercera de casación del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal por estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

"Que asimismo dicho fallo aplicó indebidamente el artículo 363, numerales 2º y 5º del Código Penal en lugar del artículo 362 ibidem que era el pertinente, y que se interpretaron erróneamente los artículos 36 y 37, numeral 15, incurriéndose por ende en la causal primera de casación del artículo 567.

"En conclusión, en mi carácter de Fiscal del Tribunal Superior de Neiva y de recurrente solicito se case el fallo aludido por las causales expresadas y en su lugar se dicte el que corresponda de conformidad con el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal".

b)—**Del apoderado:**

Ceñido, también, a las condiciones de forma que el recurso de casación impone, acusa la sentencia "por ser violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma; por no estar tal sentencia en consonancia con los cargos for-

mulados en el auto de proceder, y también estar en desacuerdo con el veredicto del jurado, y por último, por ser tal sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad'. Es decir, invoca las causales primera, tercera y cuarta del artículo 567, con estos fundamentos:

"CAUSAL PRIMERA—La sentencia acusada es violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma, por las siguientes razones: es doctrina constante de esa H. Corte, que para que pueda tenerse en cuenta una circunstancia modificadora de la responsabilidad expresada por el Jurado, es necesario que éste la exprese y determine con todas sus características legales, para que no pueda haber lugar a duda sobre la circunstancia modificadora que el jurado ha querido señalar, en tal forma que si el jurado quiere consignar, por ejemplo, que un homicidio ha sido cometido en riña suscitada de un modo imprevisto, es necesario que consigne totalmente la frase que configura tal circunstancia modificadora de la responsabilidad, y no bastará que diga 'en riña provocada' o simplemente 'en riña', de la misma manera que para el caso de la circunstancia prevista en el artículo 28 del C. P., no bastará, para que se tenga en cuenta que el Jurado diga: 'Sí, pero en estado de ira intensa', o simplemente, 'Sí, pero en estado de ira', sino que será necesario que el Jurado diga 'sí, pero en estado de ira intensa causada por grave e injusta provocación'. Si el Jurado omite declarar alguno de estos elementos, no debe aplicar el Juez el artículo 28 y debe considerarse inocua la agregación del Jurado al 'sí' inicial.

"Por tanto, en el presente caso el Juez no podía si estimaba aceptable el veredicto, tomar en cuenta la afirmación sobre las características del asesinato, porque el Jurado no indicó cuál o cuáles, en forma precisa y determinada, de las características o circunstancias indicadas en el artículo 363 del C. P., habían concurrido en la comisión del homicidio imputado a Marco Ruiz, sino que simplemente dijo: 'sí es responsable por homicidio cometido con las características de asesinato'; pero no dijo cuáles características de asesinato, ni dijo si se refería a alguna o algunas de las circunstancias que enumera el artículo 363, es decir no dijo si se refería a características del asesinato según definición legal, o si se refería a características del asesinato según lo define la Real Academia de la Lengua Española, es decir según la acepción académica. No dio el Jurado pauta alguna para poder saber, con precisión, a qué características del asesinato aludía su respuesta.

"Por tanto, si se estimaba que la parte inicial: 'Sí es responsable por homicidio' se ajustaba a las prescripciones legales sobre respuesta de un cuestionario por el Jurado, es decir, que equivale al sí o no indicado en la ley de 1943, (artículo 29), y que el resto de la respuesta quería señalar circunstancias diversas a las expresadas en el cuestionario, el H. Tribunal violó la ley penal sobre homicidio, al aplicar el artículo 363 del C. P. y tasar la pena, con base en este artículo, en vez de dar aplicación únicamente al artículo 362 del C. P. y tasar la pena de acuerdo con dicho artículo, ya que no podía considerar como operante la segunda parte de la respuesta del Jurado, por no indicar allí en forma determinada y especificada, cuál o cuáles circunstancias o características de asesinato de las señaladas en el artículo 363 del C. P. habían concurrido en el homicidio materia del juicio. Por consiguiente, el Tribunal, lo mismo que el Juzgado, han debido considerar como inexistente esa agregación del Jurado, y tenerla como ineficaz para producir una agravación de la responsabilidad penal por el homicidio, en razón de no señalar concretamente ninguna circunstancia de las señaladas por la ley penal como capaces de transformar el homicidio simplemente voluntario en asesinato.

"Violó, pues, el H. Tribunal la ley penal al aplicar indebidamente el artículo 363 del C. P. y tasar la pena para el condenado de acuerdo con tal artículo, pues como vimos, el veredicto proferido por el Jurado de conciencia no da base legal alguna para considerar el hecho como cometido con alguna o algunas de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, y darle la denominación de asesinato, aplicando al reo la pena dentro de los límites que el dicho artículo 363 señala. La pena tenía que tasarse con base en el artículo 362 del C. P., aunque en realidad todavía se incurriría en una interpretación del veredicto desfavorable al encausado, pues el Jurado, como lo veremos al sostener las otras causales, no dijo a qué especie de homicidio se refería al decir que el encausado sí es responsable

por homicidio, ya que hay diferentes clases de homicidio desde el simplemente voluntario, el preterintencional, el concausal, el culposo, el homicidio piadoso y algunos otros, falla ésta debida a que el Jurado no se pronunció sobre los hechos, sino sobre figuras jurídicas.

"CAUSAL TERCERA. — Esta causal se divide en dos partes: una por estar la sentencia en disonancia con los cargos formulados al encausado en el auto de proceder, y otra, por estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado.

"A)—Primera parte. La sentencia que condena al acusado por homicidio calificado o asesinato aplicando la pena que el artículo 363 del C. Penal señala para tal delito, no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

"Apartándome respetuosamente de la opinión expresada por algunos juristas eminentes, de que este cargo no puede formularse contra las sentencias dictadas en juicios en que ha intervenido el jurado, creo, señores Magistrados, que el artículo 29 de la Ley 4ª de 1943, al dar a los Jurados la facultad de expresar brevemente circunstancias concurrentes con los hechos, diversas de las consignadas en el respectivo cuestionario, no quiso otorgarles la facultad de agravar la situación jurídica del procesado establecida en el auto de proceder. Su espíritu fue permitir al Jurado modificar la responsabilidad del enjuiciado, aún declarándolo culpable de los hechos anotados en el cuestionario, en sentido FAVORABLE al reo. Lo contrario, sobre todo cuando la agravación no ha sido materia de debate dentro del juicio, ni se han producido pruebas en pro ni en contra de tal agravación en el término de prueba de la causa, como en el presente caso, equivale a juzgar a un ciudadano sin haberlo oído en juicio.

"En efecto, si el pliego de cargos que el Estado formula al enjuiciado en el auto de proceder no contiene ninguno de los elementos que constituyen la circunstancia agravante de la responsabilidad y que califican el homicidio, y dentro de la secuela del juicio, ni el Fiscal, ni la parte civil tratan de probar la existencia de tales elementos, es evidente que el enjuiciado no ha tenido oportunidad de defenderse de tales cargos, puesto que no se le han formulado, y, por consiguiente, si, mediante tales condiciones, resulta agravada por el veredicto la situación jurídica del enjuiciado establecida en el auto de proceder, el enjuiciado ha sido condenado sin haber sido oído en juicio sobre tales circunstancias. Podría, quizás, redargüírse diciendo que, en tal caso, el enjuiciado habría podido pedir pruebas para desvirtuar toda posible circunstancia calificante de su hecho, pero es de replicar, que, en tales condiciones, el Juez habría estado en la obligación de negarse a decretar tales pruebas por ser INCONDUCENTES. Esta interpretación se ajusta más al precepto constitucional contenido en el artículo 26 de la Carta, y a los principios del derecho natural que indican que un ciudadano no puede ser sorprendido por una condena por cargos de los cuales no ha tenido oportunidad de defenderse, porque de lo contrario se violan las garantías de defensa de los procesados, base esencial del equilibrio de la sociedad y de la seguridad que el ciudadano debe tener ante la ley.

"En el presente caso al enjuiciado se le llamó a responder en juicio por homicidio simplemente voluntario. Tal auto de proceder quedó ejecutoriado sin que ni la Fiscalía ni la parte civil, pidieran reposición de él al Tribunal, como podían hacerlo. Aceptaron, pues, sin utilizar un recurso que tenían contra ella, la determinación del Tribunal contenida en el auto de enjuiciamiento. En el término de prueba de la causa, ni la Fiscalía ni el representante de la parte civil, pidieron pruebas tendientes a demostrar la concurrencia en el homicidio de alguna de las circunstancias que enumera el artículo 363 del C. P. y que transforman el homicidio simplemente voluntario en asesinato. El enjuiciado no podía entonces presentar pruebas negativas de que no había obrado con ninguna de las circunstancias allí establecidas, y si se hubiera embarcado en semejante aventura, un tanto imposible, puesto que la negación no se puede probar, sin embargo el señor Juez hubiera rechazado la petición de pruebas por ser inconducente. Se ve, entonces, claramente que el procesado no tuvo oportunidad de ser oído ni de defenderse de cargos sobre circunstancias de agravación de la reponsabilidad que convirtieran el homicidio voluntario por el cual se le enjuiciaba en el delito de asesinato, según la locución empleada en el artículo 363 del C. P.

"B)—Segunda parte. La sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

"Como lo vimos al sustentar la causal prime-

ra, el veredicto del Jurado no da base para calificar el homicidio juzgado y darle la denominación de asesinato, porque no expresó concretamente ninguna de las circunstancias de que habla el artículo 363 del C. P., sino simplemente se refiere a las circunstancias de asesinato, sin decir siquiera si a las previstas en el artículo 363 o a otras que el Jurado estimara como propias de la idea que tal Jurado tuviera de la entidad asesinato.

"Si supusiéramos que el Jurado quiso referirse a las circunstancias que enumera el artículo 363 del C. P., como no se refirió a ninguna en particular sino que dijo 'con las características de asesinato', quedarían incluidas todas, pues el artículo LAS indica totalidad; y puesto que esto es imposible, sería contraevidente el veredicto, ya que una de las circunstancias previstas en el artículo 363 del C. P. es la del parentesco entre víctima y victimario, y en este proceso es evidente que el victimario no era pariente de la víctima en ningún grado de consanguinidad, ni de afinidad. Por tanto, si pudiera llegarse al extraño caso de aceptar que el Jurado estimó que concurrieron todas las circunstancias previstas en el artículo citado, el veredicto sería contrario a la evidencia de los hechos, no sólo por ser evidente que no concurrió la circunstancia del parentesco, sino porque es evidente también que no concurrieron otras como el siniestro ferroviario, el incendio o la inundación, etc.

"Tenemos entonces que concluir que, no indicando ninguna circunstancia determinada de las previstas en el artículo 363 del C. P., tal veredicto no sitúa la responsabilidad del enjuiciado en el terreno del asesinato. La agregación referida es absolutamente inoperante, y por tanto, al condenar la sentencia al enjuiciado por asesinato, aplicándole la sanción con base en el artículo 363 del C. P. que contempla esa clase de homicidio agravado, entró en abierta discordancia o desacuerdo con el veredicto del Jurado, que ninguna base legal dio para dictar sentencia por homicidio calificado, puesto que el Jurado no señaló hecho que calificara tal homicidio y lo elevara a la categoría de asesinato.

"CAUSAL CUARTA.—La sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

"Esta causal que alego contra la sentencia se funda en que el juicio quedó afectado de nulidad supra-legal, o constitucional, consistente en que se juzgó al encausado, sin observar las formas propias del juicio por jurados, es decir se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional. En efecto: es condición esencialísima del juicio penal con intervención del jurado, que éste se pronuncie en su veredicto en relación con hechos y no con figuras jurídicas. Así lo indica claramente el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, artículo que prohibe darle a los hechos y circunstancias que los rodearon, denominación jurídica. Y el artículo 29 de la misma ley indica que los Jurados deberán contestar la pregunta o el cuestionario con un 'sí' o con un 'no', pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación. En ninguna de estas dos disposiciones se autoriza al Jurado para entrar en apreciaciones jurídicas de los hechos, o darles denominaciones de carácter jurídico, pues el Jurado se convoca para que resuelva sobre la responsabilidad del procesado en cuanto a hechos y no en relación con figuras jurídicas, y a que éste es el papel del juzgador de derecho, a quien le corresponde encasillar, dentro de las denominaciones jurídicas dadas por la ley, los hechos contenidos en el cuestionario, y de los cuales haya el Jurado declarado responsable al enjuiciado.

"En el presente caso el Jurado, al hacer caso omiso de los hechos por los cuales se le preguntaba en el cuestionario, y arrojarse a contestar sobre denominaciones jurídicas, sobre las cuales no se le había preguntado, ni tenía facultad legal para pronunciarse, diciendo que el procesado o enjuiciado 'sí es responsable por HOMICIDIO cometido con las características de asesinato', pretermitió la forma propia del juicio por jurados, ya indicada, invadió el terreno de las facultades privativas del Juez de Derecho, y faltó a su misión esencialísima, dejando de lado el objeto para que fue creada la institución del Jurado, y el objeto para que fueron concretamente convocados en esta causa como Jueces de hecho, es decir, para responder sobre hechos y circunstancias de hecho.

"El Juzgado Superior ha debido, entonces, declarar la nulidad de lo actuado, por dos razones: por incompetencia de jurisdicción, ya que el jurado carece de competencia para pronunciarse sobre cuestiones de derecho, y por tanto, al ha-

cerlo, se incurriría en la causal de nulidad prevista en el ordinal primero del artículo 198 del C. de P. P., y por no haberse observado en el desarrollo del juicio, en la intervención del jurado, las formas propias de esta clase de juicios, prevista en la ley procedimental (Código, artículo 480, Ley 4ª de 1943, artículos 28 y 29), lo que genera una nulidad de tipo superior a la legal, que es la nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional que prohibe juzgar a persona alguna sin observar la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Al proferirse sentencia de primera y de segunda instancias en un juicio viciado de tales nulidades, la sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, y, por tanto, tal sentencia es vulnerable por la causal 4ª de casación prevista en el artículo 567 del C. de P. P.

"Que el Jurado en este caso no se pronunció sobre los hechos, sino que se aventuró a contestar sobre figuras jurídicas, sobre las cuales no versaba el cuestionario, no necesita demostración alguna. La respuesta dada al cuestionario, es perfectamente clara, ya que se refiere a responsabilidad por 'homicidio', y no por determinados hechos sobre los cuales no hubo respuesta, ya que el Jurado no respondió si el enjuiciado era responsable de haber causado la muerte de Luis Borrero Durán, con el propósito de matar, y mediante un disparo de arma de fuego que le causó a la víctima tales o cuales lesiones, sino que, dejando de lado estas cuestiones de hecho, dijo 'si es responsable por HOMICIDIO cometido con las características de asesinato', locución en la cual el 'si es responsable' se refiere exclusivamente a la figura homicidio, pues la frase no da asidero para hacer una interpretación distinta".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Por ser recurrente el señor Fiscal del Tribunal Superior, la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal, de acuerdo con el decreto 1.154 de 1954, no estimó del caso pronunciarse sobre las demandas ameritadas (fls. 42 y 43, cuaderno número 12).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª—Los recurrentes —Fiscal del Tribunal y defensor del acusado— coinciden en impugnar la sentencia con base en las causales tercera y primera del artículo 567 del C. de P. P., si bien es de observar que el señor apoderado de Ruiz Cadena invoca también la cuarta. Pero estudiados los fundamentos que se invocan para esta última, fácilmente se colige que el punto central del debate se refiere a la discordancia sustancial que ofrece el fallo con el auto de vocación a juicio, y, en último término, con el veredicto del Jurado. Planteada así la cuestión de fondo, la técnica indica que procede analizar de preferencia la causal tercera de casación, pues de tener apoyo en el juicio tendrá que invalidarse la sentencia de segundo grado para reemplazarla por la que corresponda a efecto de dar debida aplicación a los preceptos penales realmente infringidos por el acusado.

2ª—En los juicios con intervención del jurado, como es de elemental conocimiento, la sentencia del juez de derecho debe descansar en el veredicto, acto mediante el cual la sociedad, representada en los jueces de conciencia, define la responsabilidad del acusado. Pero esta manifestación o pronunciamiento popular tiene que producirse sobre los hechos que son materia de cargo y respecto de los cuales el auto de proceder señala el ámbito y límites del debate en la vista pública de la causa.

De allí por qué, por mandato del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, que derogó el 498 del C. de P. P., "El cuestionario que el Juez someta al Jurado, al principiar la audiencia pública, se formulará así: el acusado N. N. es responsable de los hechos (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica)". Porque el auto de proceder es la demanda contra el procesado, y en la motivación, a más de la "calificación genérica del hecho que se impute", deben consignarse "las circunstancias, conocidas que lo especifiquen" (C. de P. P., artículo 431). El acusado tiene derecho a saber desde la vocación a juicio cuál es el delito que se le atribuye, pero no únicamente en su género, puesto que si hay circunstancias específicas que lo agraven o le den particular fisonomía frente a la ley penal, como ocurre cuando el homicidio toma la denominación de asesinato por concurrir alguna o algunas de las circunstancias previstas en el artículo 363 del C. P., sobre ellas tiene que hacer mención el llamamiento a juicio, pues de otro

modo no podrían controvertirse en el plenario, ni debatirse en la vista pública de la causa. Sería, en síntesis, un proceder desleal con el acusado y una flagrante violación del derecho de defensa. Por ello el C. de P. P. sólo autoriza al Juez para en la sentencia, cuando se trata de juicios con intervención del Jurado, apreciar y calificar "las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito", puesto que si de tales se trata están dentro de la órbita de los jueces de hecho.

3ª—Y están dentro de la órbita del Jurado siempre y cuando las haya consignado el auto de proceder, tratándose de circunstancias que específicamente agraven la infracción imputada. Dicho en otros términos: el Jurado no puede rebasar en su gravedad los cargos contenidos en el enjuiciamiento sin exceder su misión juzgadora. Puede sí, por el contrario, atenuarlos o modificarlos en favor del procesado. Así se considere que la calificación hecha en el auto de enjuiciamiento es provisional, que no obliga sino en la denominación genérica del delito, para apreciar circunstancias modificadoras agravantes no enunciadas en dicho proveído sería imperativo que se acreditaran o demostraran en el plenario y que de modo concreto se sometieran a la decisión del Jurado.

4ª—En el caso de autos la situación es procesalmente muy clara: el auto de llamamiento a juicio deseartó en su motivación, expresamente, toda circunstancia constitutiva de asesinato en el homicidio imputado a Ruiz Cadena; en el plenario prueba alguna se practicó en orden a establecer que el delito se cometió con modalidades de las indicadas en el artículo 363 del C. P., y, en el debate público ante los jueces de conciencia éste versó, como era lógico, sobre la imputación de un homicidio voluntario o común.

5ª—Al afirmar el Jurado la responsabilidad de Ruiz Cadena "por homicidio cometido con las características de asesinato", la agregación introducida carecía de atinencia por tratarse de cuestiones extrañas a las sometidas a su decisión.

No es que haya sido impropiedad en la fórmula indeterminada que contiene la expresión "con las características de asesinato", sino que en el supuesto de haber concretado el veredicto las circunstancias (premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, alevosía, insidia, asechanza, etc.) también habría sido indebido y contrario a los términos del procesamiento.

Con toda claridad ha dicho en repetidas ocasiones esta Sala:

"El auto de enjuiciamiento 'constituye el pliego de cargos que se presenta al acusado para que se defienda'. (Cas. 15 abril de 1931, XXXVIII, 532).

"'Es doctrina sentada por la Corte que en la parte motiva del auto de enjuiciamiento deben ser concretados los cargos, con expresión de las circunstancias que le den gravedad específica mayor al hecho punible. De tal suerte que si en aquella pieza no se le imputan al acusado la premeditación o las cualitativas de asesinato, por ejemplo, no pueden tampoco figurar después ni en el cuestionario para los jueces de hecho ni en la sentencia. Claro es que la condenación no estaría entonces en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y que no tendría el acusado las garantías fundamentales de su defensa, puesto que imputándosele determinado cargo para responder dentro del juicio habría la imposibilidad moral de defenderse de otro más grave que no se le formuló, y también la imposibilidad legal y constitucional de condenarlo sin haberlo oído y vencido en juicio en lo relativo a ese mismo cargo más grave'. (Cas. 29 noviembre 1933, XLI, bis, 162).

"'Los límites del auto de proceder no pueden traspasarse sin quebrantar los principios normativos del procedimiento penal y la garantía consignada en el artículo 26 de la Constitución: nadie podrá ser juzgado sino mediante la plenitud de 'las formas propias de cada juicio'. (Cas. 13 agosto 1940, L, 532).

"'El auto de enjuiciamiento es la base de la sentencia en el juicio penal. Dentro de cada categoría o género de delitos debe ceñirse el sentenciador a la calificación hecha en el auto de proceder. Así, el robo y el hurto tienen casi las mismas notas comunes y una sola que los específica, a pesar de lo cual el enjuiciado por hurto no podrá ser condenado por robo o viceversa. Aún más: existiendo las circunstancias denominadas modificadoras que dentro de determinada especie de delitos crean o constituyen una subespecie, en caso de que el auto de proceder haya afirmado una de aquellas modificaciones favorables al reo, no podrá desecharse en la sentencia. Por ejemplo: si en el enjuiciamiento por homi-

cidio se afirma categóricamente que el delito fue preterintencional (Código de 1936), o involuntario (Código de 1890), la sentencia no podría declararlo intencional o simplemente voluntario, ni imponer la sanción correspondiente a esta clase de homicidio. Supóngase que a un sindicado se le haya llamado a juicio por homicidio simplemente voluntario (o intencional, como lo denomina el nuevo Código), descartando la premeditación; y que el jurado no sólo dé una respuesta afirmativa al cuestionario sino que le agregue expresamente la circunstancia de la premeditación. ¿Podría entonces el juez de derecho condenar al reo por homicidio premeditado? No, porque ese cargo no se le había hecho en el auto de proceder que equivale a la demanda formulada por el poder público en contra del reo; y al penarlo por un cargo más grave del propuesto o planteado en el enjuiciamiento se le condenaría sin oírlo debidamente en juicio'. (Cas. 19 febrero 1941, LI, 85)

"El auto de enjuiciamiento debe expresar con toda claridad las inculpaciones que se hagan al procesado y es mejor, cuando el juez considera que mediaron circunstancias de asesinato, decirlo así. De manera que si no habla manifiestamente de la existencia de tales circunstancias, tampoco se puede proponer cuestionario al jurado ni dictar sentencia condenatoria que suponga esas circunstancias. En el caso concreto a que alude el proceso se describieron en el auto de proceder, sin ambigüedad ni atenuaciones, las circunstancias en que fue cometido el crimen. Verdad es que no empleó el vocablo asesinato, pero al relatar las circunstancias en que el crimen se consumó, narración que hace parte integrante y esencial del auto, el juzgado que lo profirió formuló implícita pero elocuentemente la inculpación de asesinato'. (Cas. 15 septiembre 1942, LIV, 173)".

"'Del contenido del artículo 431 del C. de P. P., y especialmente de lo que estatuye el numeral 3º se desprende que el juez, al pronunciar el auto de llamamiento a juicio, debe enunciar jurídicamente en la parte motiva el **nomen juris** que le corresponde a la infracción penal que se imputa al procesado y cuya estructura jurídica se desprende naturalmente de los hechos que ciertamente han ocurrido. En consecuencia, si se trata de un delito de robo es preciso enunciarlo, discriminando con base en las pruebas toda su contextura, fijando sus elementos como son: la apropiación de cosa mueble, ajena, sin consentimiento del dueño y por medio de violencia. No podría en este caso el juez de la instancia llamar a responder en juicio a una persona por el delito de robo si no se ha establecido la existencia de la violencia, pues entonces, el delito se desplazaría hacia otro hecho jurídico diverso: el hurto. Pero, además, no solamente se requiere que se determinen las características circunstancias que lo especifiquen: En efecto, si un homicidio se ha realizado con alguna de las nueve circunstancias expresadas en el artículo 363 del C. P., que lo transforman en asesinato, por ejemplo, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, es preciso hacer mención de esas circunstancias en la providencia enjuiciatoria. De la misma manera, cuando el delito de robo se ha cometido con alguna de las circunstancias previstas por el artículo 404 del C. P., por ejemplo, haberse realizado en despoblado, es preciso anotarlo así en el auto de proceder. La razón jurídica de tal actitud es clarísima. Puesto que el auto de proceder, como tantas veces se ha dicho y repetido, es el pliego de cargos que la justicia formula al procesado para que éste se defienda, mal puede entonces en su sentencia el juez condenar con imputación a una circunstancia modificadora de la responsabilidad o de la sanción cuando el enjuiciado no tuvo oportunidad de defenderse de esa particular situación si ella no se le atribuyó en el auto de proceder'". (Cas. 5 noviembre 1947, LXIV, 156".

"No se puede agravar en la sentencia el homicidio que, de acuerdo con el auto de proceder y el veredicto del jurado, apenas fue intencional.

"No puede el juez someter al jurado cuestión tan grave como la premeditación, si fue expresamente excluida de los cargos formulados en el auto de proceder, hubiérase aplicado el antiguo o el nuevo estatuto procesal penal, porque el enjuiciamiento es la base de la sentencia, por ser el pliego de cargos que se presenta al sindicado para que inicie su defensa. (Casación de 27 de octubre de 1941, G. J. t. LVIIII, número 2.016, pág. 353).

"El auto de proceder, el veredicto y la sentencia, etapas esenciales del juicio criminal, están entre sí vinculadas en una lógica relación de causa a efecto, en forma tal que la sentencia debe acomodarse al veredicto y éste al auto de

proceder, a menos que en el período probatorio se modifique la calificación hecha en el auto referido. Y es vínculo éste que varias normas crean y protegen en beneficio de los intereses de la justicia y del procesado; así, el juez no puede presentar al jurado sino los hechos y circunstancias que se hayan comprendido en la calificación del sumario, ni el jurado puede dar decisiones que se opongan a la evidencia de los hechos, ni los falladores pueden aceptar veredictos que contengan semejante oposición. Y es tan grave la omisión de tales deberes, que todas las legislaciones crearon este recurso extraordinario (de casación) con la finalidad de reintegrar al patrimonio del procesado el derecho de que se le privó —el de defenderse oportunamente de los cargos que se le dedujeron en el auto de proceder y no de otros— y que la Constitución garantiza en virtud de la norma, según la cual nadie puede ser juzgado sino mediante las formas propias de cada juicio. (Casación de Jorge Enrique Yepes, de 17 de agosto de 1945, G. J., tomo LIX, números 2022 a 2024, pág. 498)".

6º—Ahora bien: en el caso sub-júdice no sobra hacer este planteamiento, a efecto de fijar los fundamentos del recurso de casación con aplicación de la causal tercera: en los juicios con intervención del Jurado tienen que acoplarse y armonizarse tres actuaciones procesales básicas como son el enjuiciamiento, el veredicto y la sentencia.

Esta, en primer término y salvo declaración de contraevidencia, debe acomodarse al veredicto, cuyo texto condiciona la condenación o absolución del acusado. El veredicto, a su turno, no es otra cosa que el pronunciamiento del Jurado sobre la cuestión propuesta, cuestión que debe recoger todos los elementos específicos del cargo aceptados en el enjuiciamiento o, en algunos eventos, acreditados en el plenario de la causa.

Si el veredicto no se acopla al llamamiento a juicio o si se pronuncia sobre circunstancias constitutivas o específicamente agravantes del ilícito no sometidas a su consideración, la sentencia que el juez de derecho dicte conformándola a los términos de la decisión del Jurado es una sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder.

7ª—No es propio, como lo ha afirmado la Corte al estudiar la causal tercera de casación, que en juicios con intervención del Jurado pueda presentarse el motivo de impugnación que surge de la desarmonía de la sentencia con el auto de enjuiciamiento, dado que el Juez de derecho falle con base en el veredicto. Pero esa tesis no es posible mantenerla con un valor absoluto para concluir que sólo es dable confrontar la sentencia con la decisión del Jurado puesto que en su desarrollo progresivo la concordancia tiene que mantenerse entre el auto de proceder y la cuestión que se somete a los jueces de hecho; entre el veredicto de éstos y los cargos formulados, para en última instancia saber si el fallo es fiel trasunto del proveído enjuiciatorio y del veredicto.

8ª—Cuando el Jurado afirma una responsabilidad criminal en circunstancias más gravosas a las que se le sometieron a su juicio contraviene el pliego específico de cargos y lo que en tal sentido exprese no obliga al fallador, quien ha de tener por no escrito lo que el Jurado exprese más allá de la cuestión sometida a su examen. Aceptar un pronunciamiento excedido virtualmente coloca en pugna la sentencia con el auto de proceder, e incluso con el mismo veredicto, que sólo es atendible en lo pertinente. Tratar de forzar con el fallo una situación procesal inequívoca, so pretexto de atender y entender un veredicto más allá de su verdadero contenido autoriza y da fundamento a la causal tercera de casación.

9ª—En resumen: si Marco Antonio Ruiz Cadena fue residenciado en juicio por homicidio común; si el cargo así formulado no sufrió alteración en el plenario, y si a sus jueces de conciencia les fue propuesta la cuestión sobre responsabilidad en la comisión de un homicidio común, la sentencia tenía por fuerza que concretar esa responsabilidad con la imposición de la pena tarifada por el artículo 362 del C. P., individualizada de acuerdo con lo establecido por los artículos 36, 37, 38 y 39 de la misma obra.

10ª—Admitido que la casación prospera con base en la causal tercera es obvio que no interesa estudiar a espacio los demás motivos de impugnación, máxime cuando ellos se asientan en iguales razones a las aducidas en relación con la aceptada causal.

Hay lugar, en consecuencia, a invalidar parcialmente el fallo recurrido y a proceder en armonía con el ordinal a) del artículo 570 del C. de P. P., a efecto de sustituir la penalidad im-

puesta al acusado con aplicación del artículo 363 del C. P. por la que corresponde al homicidio común, de acuerdo con el 362 ibidem. La sanción privativa de la libertad imponible, debidamente individualizada, teniendo en cuenta las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad que resultan de los autos, será la de nueve años de presidio.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Neiva, a que se ha hecho mérito, y DISPONE reducir la pena de diez y ocho años de presidio impuesta al acusado Marco Antonio Ruiz Cadena, como responsable del delito de homicidio, a nueve (9) años. Las sanciones accesorias que entrañen duración, quedan reducidas al mismo término. En lo demás rige la sentencia recurrida.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Ángel Martín Vásquez A. — Picquinto León L., Secretario.



SE CONFIRMA LA SENTENCIA QUE DECLARO NO SER CONSTITUTIVOS DE DELITO LOS HECHOS IMPUTADOS AL JUEZ SINDICADO Y QUE ORDENO CESAR TODO PROCEDIMIENTO CONTRA EL.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL. — Bogotá, abril diecisiete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, su providencia de fecha cinco de mayo de mil novecientos sesenta, por medio de la cual, dando aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, resolvió que los hechos imputados al doctor Santiago Badel González, en su carácter de Juez Segundo Civil del Circuito de Cartagena, con ocasión o pretexto del juicio de quiebra de la Empresa Azucarera de Berástegui, S. A., "no son considerados por la ley como infracción penal". En consecuencia, el Tribunal, en la expresada providencia, dispuso el "cese de todo procedimiento contra el reo".

ANTECEDENTES

La extinguida Comisión Nacional de Instrucción Criminal, abrió la presente investigación de los delitos que hubieran podido cometerse con ocasión o pretexto del juicio de quiebra de la Empresa Azucarera de Berástegui, S. A., juicio que se adelantó en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena y en cuya etapa final le correspondió intervenir, como juez del conocimiento, al doctor Badel González.

El investigador especial de dicha Comisión, doctor Daniel Sánchez Erazo, después de perfeccionada la investigación, dispuso que se pasara copia del proceso al Tribunal Superior de Bogotá —Sala Penal— para el juzgamiento del doctor Badel González. Esta decisión tuvo como fundamento la Resolución Ejecutiva número 146 de 1º de diciembre de 1958, que dispuso radicar "en el Distrito Judicial de Bogotá el proceso que adelanta la Comisión Nacional de Instrucción Criminal contra los responsables de las infracciones penales en que puedan haber incurrido con ocasión o pretexto del juicio de quiebra de la Empresa Azucarera de Berástegui".

El Tribunal Superior de Cartagena, por auto del 28 de julio de 1959 resolvió aceptar la competencia negativa provocada por el Tribunal Superior de Bogotá, a solicitud del apoderado del doctor Badel González, y en consecuencia, aprehendió el conocimiento del negocio.

Tras algunas incidencias, el Tribunal de Cartagena, después de haber revocado el auto de detención proferido contra el sindicado doctor Badel González, por el investigador especial, dictó, también a petición del apoderado de éste la providencia consultada.

En el auto de detención se le hicieron al doctor Badel González varias imputaciones por diversos delitos de falsedad documentaria y por prevaricato, que el Fiscal 2º del Tribunal de Cartagena, analiza de manera objetiva, detallada y ajustada a la realidad procesal, en la forma siguiente:

"1.—FALSEDAD POR INVALIDACION DE UN AUTO

"El doctor Manuel Ramón Padilla dirigió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, en su carácter de Síndico de la quiebra del

ingenio azucarero de Berástegui, un escrito, con fecha 7 de mayo de 1956, al cual acompañó la "nota de fecha 4 del presente, suscrita por los señores Joaquín Villarreal A., Vicente Acosta y José Arrázola Gerlein, Liquidador, Contador y Revisor Fiscal, respectivamente, junto con la relación de lo que adeuda la empresa a dichos señores por concepto de sueldos y prestaciones sociales hasta el 15 de mayo del año en curso".

"Sobre aquel memorial recayó un auto, que dice textualmente: "Juzgado Segundo Civil del Circuito.—Cartagena, mayo quince de mil novecientos cincuenta y seis.—En cumplimiento de la sentencia de 19 de agosto de 1950, désele prelación a los sueldos que vienen relacionados en el anterior escrito. Cúmplase.—(Firmados): Santiago Badel.—Castillo Pineda, Secretario".

"Una inspección ocular practicada en el referido juicio de quiebra demostró que 'sobre la parte dispositiva del auto, escrito á tinta azul, se encuentra sobrepuesta en la extensión de las líneas perpendicularmente del papel sellado la expresión 'NO CORRE'. Este hecho, es decir, la anulación del auto recién transcrito por medio de la dicha expresión 'no corre', se consideró como falsedad documentaria y se responsabilizó de él al entonces Juez, doctor Badel González.

"La Fiscalía considera:

"Cabe anotar, en primer término, que no existe en el expediente prueba alguna en el sentido de que fuera el doctor Badel González quien invalidara el auto aludido con la conocida expresión 'no corre'.

"En segundo término, se pone de presente que el tantas veces aludido auto no quedó sin valor por las palabras 'no corre' que aparecieron sobre él, sino por una providencia del mismo Juez: el auto de 1º de junio de 1956. En efecto, el señor Néstor Aya dirigió al Juzgado un escrito en estos términos: '...pido a usted se sirva pasar al señor Liquidador de la Empresa la petición de pago de sueldos y prestaciones sociales de los empleados de la misma, por corresponder al señor Liquidador este aspecto del negocio. En efecto, siendo empleados los peticionarios y no habiendo sido despedidos por razón de la quiebra sino que, al contrario, continúan en sus cargos, no es procedente el pago dentro del juicio de quiebra sino dentro del proceso de liquidación, ya que si aceptáramos lo primero el presente juicio jamás terminaría pues cada día que pasa causa emolumentos para los peticionarios. El artículo 24 del Decreto sobre quiebras ordena el pago de esos salarios y prestaciones sociales cuando haya despido, pero no en el caso contrario' ". Este memorial fue resuelto en el sentido que pasa a verse:

"'Juzgado Segundo Civil del Circuito.—Cartagena, junio primero de mil novecientos cincuenta y seis.—Solicita el doctor Néstor Aya, apoderado de la Empresa Azucarera de Berástegui, S. A., en liquidación, sea devuelta la petición anterior a los interesados, en apoyo de lo preceptuado en el artículo 24 del Decreto sobre quiebra. Como lo solicitado es tan claro a la luz de la disposición citada, el Juzgado accede a ello. En consecuencia, se ordena la devolución a los interesados. Cúmplase y notifíquese (fdo.) Santiago Badel, Fernández, Secretario".

"Como acaba de verse, en virtud de esta providencia de primero de junio quedaba sin ningún valor el auto de quince de mayo. Por consiguiente, al escribirse sobre éste la expresión "no corre" se hacía algo inocuo, ineficaz. Con esa expresión o sin esa expresión, aquel auto carecía de operancia jurídica. Siendo esto así, ¿para qué decir que no corría? Qué se perseguía con ello? No aparece claramente en los autos, ciertamente. Pero lo que sí aparece es que la expresión no conducía a ningún fin, no cambiaba la verdad, no alteraba la realidad procesal.

"Si la tantas veces citada frase "no corre" a a nada conducía, puesto que inmediatamente después del proveído en que se escribió se profirió otro que dejaba a aquel sin valor, no se produjo infracción penal alguna. Con la falsedad se persigue un fin, por medio de la alteración o cambio de la verdad. Y ese fin no podía perseguirse en el caso de autos, por sustracción de materia.

"2. FALSEDAD POR OCULTACION DE UNOS DOCUMENTOS

"Este cargo se hace surgir de los siguienes hechos:

"El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena comisionó al Juez Promiscuo Municipal de Ciénaga de Oro, Departamento de Córdoba, para la diligencia de remate de los bienes pertenecientes a la Empresa Azucarera de Berástegui S. A., en Liquidación. Durante la actuación del comisionado en tal sentido, el doctor Helis Guzmán dirigió al Juzgado Municipal aludido un

escrito, en que puso de manifiesto que la finca "El Algodón", perteneciente a su hermana, doña Juana Guzmán de Bustos, no figuraba como colindante de los bienes que se iban a rematar, esto es, creyéndose que dicha finca estaba incluída en el remate, se intervino para que se hiciera la aclaración correspondiente.

"El Juzgado Promiscuo Municipal de Ciénaga de Oro remitió, con nota, copia del citado memorial del doctor Helis Guzmán al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, a fin de que éste, como comitente, resolviese lo que fuere del caso. El Juzgado últimamente citado, a cargo, del sindicado doctor Badel González, providenció así:

"En vista del informe anterior y como está próximo el remate de los bienes de la Empresa Azucarera de Berástegui S. A. en liquidación, a fin de que no se vaya a causar perjuicio a terceros, ratifíquense (sic) los linderos de los bienes que se van a rematar por la Secretaría. Hecho lo anterior líbrese despacho, con los insertos del caso, al señor Juez comisionado para el remate, o sea al Promiscuo Municipal de Ciénaga de Oro, con los datos que tome la Secretaría, a fin de que informe de ello a la interesada, señora Juana Guzmán de Bustos, notificándole este auto. En todo caso, el Juez comisionado deberá tener los linderos rectificados y proceder de conformidad con le ley".

"Al Juzgado Promiscuo Municipal de Ciénaga de Oro se le libró, en consecuencia de aquello, el despacho número 22, de 7 de mayo de 1956, en que se hicieron las aclaraciones correspondientes.

"Este H. Tribunal, en la providencia que revocó el auto de detención, relata con exactitud lo relacionado con este punto, así:

"Este despacho (se refiere al 22 de 7 de mayo del año de 1956) —viene comprobado en autos y lo admite el instructor— fue recibido en el Juzgado Promiscuo Municipal de Ciénaga de Oro. En todo caso, se demostró que había sido introducido en el correo aéreo de esta ciudad, procedente del Juzgado Segundo Civil de este Circuito. Dice el instructor en el auto de detención que se trasladó al Juzgado durante la inquisitiva del doctor Badel González y "se encontró con las copias de los oficios remitidos por el Juzgado, el marcado con el número 123, de fecha 7 de mayo de 1956, que se agrega al expediente, y en un libro titulado "RECIBO DE CORRESPONDENCIAS VARIAS, AÑO DE 1955", a página seis, pisado con un recibo de certificado número 319103, de la Administración del correo aéreo, la constancia de que por Avianca se envió con oficio Nº 123 el despacho Nº 22 del presente mes, dirigido al Juez Promiscuo de Ciénaga de Oro - Córdoba. Tiene la mención del recibo 319103 y la fecha 7 de mayo del 56..." Pues bien, sigue diciendo el H. Tribunal: cuando se practicó la inspección ocular en el juicio de la quiebra por el investigador no fue hallado ni el memorial original de la señora doña Juana de Bustos, ni el despacho número 22 librado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito, doctor Badel González, al Juez Promiscuo Municipal de Ciénaga de Oro, ni el Oficio Nº 57, con la consiguiente actuación, oficio que sobre ese memorial había enviado el Juez Municipal de Ciénaga de Oro al Juez Segundo Civil de este Circuito, ni actuación alguna sobre el susodicho memorial. De las pesquisas que sobre este asunto hizo el investigador resultó que el memorial de doña Juanita había sido entregado al propio Juez —quien lo pasó al Secretario— por el doctor Helis Guzmán, acompañado de Alcides Paternina, pero que en presencia de éstos no se le puso nota de presentación; que en relación con el memorial de marras al Dr. Aya Zuzate dijo: "No sé quién estará interesado en formarle problemas al General"; que el Secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Ciénaga de Oro, Rafael E. de León V., según su dicho, cuando se redactaba la diligencia de remate, recalcó que debía dejarse constancia del reclamo, pero que tanto el doctor Aya como el doctor Jesús Antonio Guzmán dijeron que con sólo anexarlo bastaba: que según el dicho del doctor Manuel Ramón Padilla, al hablar del asunto del memorial para que se aclarara, los Dres. Aya y Jesús Antonio Guzmán manifestaron que "ese problema está en manos de Miguelito García, quien ya habló con dicha señora y retirará tal escrito; que según la declaración del Juez Municipal de Ciénaga de Oro, señor Rafael Pinedo Protelt, no se dejó constancia del memorial en la diligencia de remate porque "se dijo allí que eso se rectificaría en el momento de hacer la escritura"; que el Juez, señor Pinedo Protelt, en 24 de junio de 1958, rindiendo una declaración en este mismo negocio, hizo entrega del memorial original, que se hallaba traspapelado, según una constancia de Secretaría y allí se ve que con fecha 11 de mayo de 1956, el mismo Juez

providenció de la siguiente manera..... "De acuerdo con la petición hecha por el memorialista, téngase en cuenta para el día en que se lleve a cabo la diligencia de remate se haga la respectiva aclaración. Cúmplase", y que el oficio original Nº 57, que había enviado el Juez Municipal de Ciénaga de Oro al Juez Badel, transcribiéndole el memorial de doña Juana de Bustos para que proveyera, se encontraba en un archivador metálico del Juzgado Segundo Civil de este Circuito.

"La Fiscalía considera:

"Lo que sucedió en el Juzgado Municipal de Ciénaga de Oro en nada puede atribuírsele al sindicado doctor Badel González. En efecto, esos hechos no aparecen realizados en acuerdo con él. Siendo esto así, la Fiscalía pasa a referirse exclusivamente a la actuación del procesado en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena.

"Ciertamente, aparece que el ex-Juez doctor Badel no agregó al juicio el oficio Nº 57, procedente del Juzgado Municipal de Ciénaga de Oro, en relación con el memorial del doctor Helis Guzmán. Mas no aparece que esa omisión hubiese sido dolosa. Todo indica que se trató de un descuido, a lo sumo de una negligencia. Cabe repetir aquí que la falsedad en documentos es un delito que persigue ocultar la verdad o presentar como verdadero un hecho que no lo es, y que, en tal virtud, no se advierte ni finalidad ni necesidad de tal ocultación para producir una realidad distinta. A este respecto es concluyente la providencia del Tribunal (folios 253, 254, 255, 256 y 257).

"3 FALSEDAD POR EXPEDICION DE UN CERTIFICADO.

"En el auto de detención se sindicó al doctor Badel González de esta otra falsedad, así relatado:

"El señor Santiago Badel González, al haber como Juez 2º del Circuito de Cartagena, expedido el certificado que se encuentra transcrito a página 360 de esta providencia, que como elemento de prueba se hizo valer por el doctor Jesús Antonio Guzmán en la diligencia de subasta definitiva, siendo así que hay constancia de que para esa época ni se había hecho la liquidación de créditos ni el General Rojas era titular de absolutamente todos los actuantes en el juicio de quiebra, incurrió en el delito de falsedad en documento público".

"El certificado en referencia reza: "Los suscritos, Juez y Secretario del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, certifican: que dentro del juicio de quiebra de la Empresa Azucarera de Berástegui S. A. en liquidación es actualmente titular de todos los créditos a cargo de la Empresa, incluyendo costas y honorarios de los abogados el señor Teniente General Gustavo Rojas Pinilla. La anterior certificación se expide hoy cinco del mes de mayo de mil novecientos cincuenta y seis, a solicitud del interesado".

"Mas sucedió que cuando se expidió aquel certificado ni el ex-General Rojas Pinilla era propietario de todos los créditos ni éstos se habían liquidado aún. Preguntado a este respecto el procesado, doctor Badel, manifestó:

"A cada solicitud que se hacía, como es lógico, para despacharla de acuerdo con la ley el titular del despacho tenía que leerse el expediente o parte de él para comprobar si realmente la petición correspondía a lo pedido: de ahí que al despacharse ese certificado debió hacerse con vista de datos tomados en el expediente, por eso si había créditos que no habían sido todavía cedidos debió ser por un error involuntario en el chequeo de los créditos, debido especialmente a lo voluminoso del expediente".

"La explicación que antecede no es inverosímil si se tiene en cuenta que, en realidad, el negocio de la quiebra del Ingenio Azucarero de Berástegui era voluminoso de suyo y que, por otra parte, los créditos distintos al del ex-general Rojas, existentes al momento del referido certificado, eran pequeños.

"Por otra parte, no aparece en los autos elemento probatorio alguno que permita sospechar que el ex-Juez doctor Badel certificó en la forma de vista, maliciosamente, con intención de faltar a la verdad.

"Nótese, finalmente, que la certificación en mención estaba destinada a participar en el remate por cuenta de los créditos, lo que exoneraba al peticionario de la obligación de consignar previamente el porcentaje que la ley exige a los rematantes. (Véase artículo 1º de la ley 176 de 1946 y el artículo 1048 de la ley 105 de 1931).

"El certificado, por lo dicho, no iba en perjuicio de terceros, no podía producir finalidad distinta a la anotada. No excluía a nadie. No lesionaba derechos de persona alguna. En tal virtud, salta a la vista que no podía haber causa o motivo para haberlo expedido así con intención delictuosa.

"4. FALSEDAD POR FALTA DEL CERTIFICADO CATASTRAL

"En el auto de detención se dice a este respecto lo que se lee en seguida:

"El doctor Santiago Badel González, al haber procedido a aprobar la subasta pública definitiva sin el aporte del certificado de paz y salvo, y dicho en el auto aprobatorio de la misma que estaban cumplidas todas las diligencias de la ley, violó, con un mismo hecho (artículo 31 C. P.) dos normas, así: Por un aspecto, la que define y sanciona el prevaricato (artículo 168 ib.) y, por el otro, la que tipifica el delito de falsedad (artículo 231 C. P.)".

"Sostiene seguidamente el instructor que son pruebas del hecho las siguientes:

"1º—La diligencia de inspección ocular practicada sobre el juicio civil de la quiebra, en la que, a páginas 127 a 129, se transcriben los memoriales de Joaquín Villarreal A., Manuel Ramón Padilla, y Néstor Aya, por una parte; y, por la otra, el suscrito por el doctor Jesús Antonio Guzmán, junto con el auto de 29 de mayo de 1956; 2º Lo dicho por los Dres. Manuel Ramón Padilla (folio 420 c. 3) y Jesús Antonio Guzmán (pág. 366 c. 4), y Joaquín Villarreal (f. 64 y s. c. 4); 3º El documento que en fotoscopia opera a folio 355, c. 4, y, 5º La declaración del doctor Carlos Arrieta Franco (fls. 87 y v. y 89 a 91, c. 4).

"2º.—Lo dicho por los señores doctores Manuel Ramón Padilla (folio 40 c. 3) y Jesús Antonio Guzmán (pág. 366 c. 4) y Joaquín Villarreal (f. 64 y s. c. 4);

"3º.—El documento que en copia fotostática opera a página 355 (c. 4).

"4º.—La declaración del doctor Alfredo Araújo Grau (f. 112 v. del mismo c. 4), y

"5º.—La declaración del doctor Carlos Arrieta Franco (fs. 87 y v. 89 a 91 c. 4)".

"Al respecto se destaca lo siguiente:

"El señor Donaldo Fernández Godin, Oficial Mayor del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, depone en lo pertinente: "Después de aprobado el remate se presentó un día el doctor Alfredo Araújo Grau, muy amigo personal mío y en esa época se hallaba reunida la Constituyente. El doctor Araújo me manifestó que necesitaba que le mostrara el cuaderno donde se aprobó el remate para ver si se encontraba adjunto el certificado de paz y salvo porque a él le habían informado de (sic) que el General Rojas Pinilla había hecho ciertas promesas al Municipio de Ciénega de Oro, de que el General había regalado uno o dos tractores para que el Concejo le arreglara la cuestión del Paz y Salvo catastral. Revisado el expediente el doctor Araújo junto conmigo no se encontró dicho certificado en el expediente, a pesar de que el suscrito recibió ese certificado y lo incluyó en el cuaderno respectivo y con base en él fue aprobado el remate, pero según entiendo por las sospechas que tenía uno ya de la calidad de abogado del expresidente Rojas Pinilla, ese certificado debió ser falso y hecho por el mismo, porque él entraba y mandaba en todas esas oficinas de Ciénaga de Oro. Parece que el Concejo de Ciénaga de Oro, según rumores que se oían en la ciudad, había exonerado por medio de un Acuerdo a que la Empresa pagara esos impuestos y ese Acuerdo según el decir aquí en Cartagena había sido aprobado por la Gobernación de Córdoba..... Me acuerdo muy bien que el doctor Néstor Aya y el doctor Jesús Antonio Guzmán le pidieron al Juez personalmente la aprobación del remate, pero el funcionario a que me refiero les contestó categóricamente que mientras no se cumpliera el pago catastral no se podía aprobar el remate".

"A su vez, el entonces Secretario del Juzgado Segundo civil del Circuito de Cartagena, señor Rafael Castillo Pineda, certificó lo que se lee en seguida:

"Que le consta, por información que le diera el entonces Oficial Mayor del Juzgado, señor Donaldo Fernández G., que a dicho funcionario le fue entregado por los interesados un certificado expedido por el señor Tesorero Municipal de Ciénaga de Oro, en el cual aparecía que el inmueble denominado "Ingenio Berástegui" se encontraba a paz y salvo con el referido Municipio, por concepto del impuesto predial o catastral, certificado que se le entregó con la finalidad de que figurara en el expediente del juicio de quiebra, pursante en el Juzgado, contra la Empresa Azucarera de Berástegui S. A. — Segundo. Que igualmente le consta que el certificado fue agregado al expediente del juicio de quiebra contra la empresa Azucarera de Berástegui y que, por lo tanto, se encontraba y hacía parte del susodicho expediente, en la fecha o época en que por el Juzgado se dictó la sentencia aprobatoria del remate...."

"Las dos declaraciones que acaban de citarse, a las cuales no se les puede hacer, con base en la crítica testimonial, rechazo, demuestran que sí se llevó a los autos el certificado de paz y sal-

vo. Las declaraciones en el sentido de que no aparecía en el expediente no desvirtúan aquella aseveración. A lo único que conducen es a probar que tal certificado fue retirado del expediente. Quién lo retiró y por qué, no está establecido.

"Queda en pie, por lo dicho, la afirmación hecha por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, en el sentido de que al aprobar el remate se habían satisfecho las exigencias legales.

"5. EL PREVARICATO

"En el acápite XVII del auto de detención, folio 473 del cuaderno Nº 6, dice el instructor:

"El doctor Santiago Badel González, al haber procedido a aprobar la subasta pública definitiva sin el aporte del certificado de paz y salvo, y dicho en el auto aprobatorio de la misma que estaban cumplidas todas las exigencias de la ley, violó, con un mismo hecho (artículo 31 C. P.) dos normas, así: Por un aspecto, la que define y sanciona el prevaricato (artículo 168 ib.), y por el otro, la que tipifica el delito de falsedad (artículo 231 C. P.).

"La Fiscalía considera:

"El prevaricato, según el párrafo que acaba de transcribirse, tiene estrecha relación con la falsedad, en forma tal que no existiendo este último delito no puede existir aquél. Habiéndose, pues, establecido que no hubo falsedad en documento público, no puede haber existido la infracción primeramente citada, porque ésta se señaló como causa de la segunda.

"Sabido es que los elementos constitutivos del delito de prevaricato son: carácter de funcionario o empleado público en el agente, o ejercicio por parte de éste, aunque transitoriamente, de funciones públicas; que dicho agente profiera, a sabiendas, sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, manifiesta o expresamente injustos; o que niegue, rehuse o retarde un acto propio de sus funciones, y, por último, que actúe en los sentidos expresados por simpatía o por animadversión hacia los interesados. Pues bien: nada de eso aparece acreditado en los autos.

"Ha estimado este despacho procedente referirse en general a las diversas imputaciones de falsedad en documento público formuladas al ex-Juez doctor Santiago Badel González, con cita de la jurisprudencia y de la doctrina.

"Carrara, el gran maestro, calificó la falsedad de suyo, que ofrece, más que otro alguno, dificultades en su estudio o apreciación. Siguiendo al maestro, Irureta Goyena sostiene que éste "es uno de los delitos más abstrusos, difíciles, más accesibles a complicaciones que ofrece el derecho racional y, puede agregarse, el derecho positivo".

"Los conceptos de Carrara y de Irureta Goyena tienen cabal aplicación en el caso de autos, como pasa a verse:

"En su obra "Tratado de Derecho Penal", el profesor J. Raimundo del Río se expresa así:

"Es característica común de los delitos de falsificación de documentos públicos la sanción por su sola materialización, sin que sea necesario que concurran el perjuicio de terceros ni el ánimo de lucro".

"Luégo expone: "Como vimos, respecto de los documentos públicos el delito de falsificación se perfecciona por el mero hecho de su ejecución, aunque el documento no se exhiba ni el hechor obtenga beneficio alguno de él, y se comprende que así sea porque dado el carácter de dichos documentos, la lesión contra la fe pública y la posibilidad de las consecuencias dañinas nacen en el instante mismo de la falsificación y a consecuencia suya. No así tratándose de documentos privados, en que el delito no nace de la falsificación sino del uso perjudicial del instrumento en que incide, ya que su fuerza probatoria no depende, como en el instrumento público, de él mismo, sino del reconocimiento que quieran prestarle las personas a quienes afecta".

"Aquellos conceptos, posiblemente, asistieron al instructor para sostener que, en los casos enumerados y analizados en la presente vista, el ex-Juez doctor Santiago Badel González incurrió en el delito de falsedad en documento público.

"Ciertamente, cuando se trata de aquella clase de documentos, predomina el concepto de la fe pública. Ciertamente también, se ha abierto paso el criterio de que no es necesario que se haya producido un daño patrimonial para que la falsedad surja a la vida jurídica. Pero lo que sí no puede rechazarse es que tal delito no existe cuando no hay dolo y cuando no existe la posibilidad de que la falsedad produzca efectos. En este último caso, la actividad es inocua.

"En ninguno de los casos atribuídos al ex-Juez doctor Santiago Badel González ha podido acre-

la expresión "no corre" y en el de la certificación acerca de que el ex-general Rojas Pinilla era el único propietario de los créditos, se demostró que lo realizado no perseguía ningún fin de los que se buscan con la falsedad. En el primer caso, la referida expresión a nada conducía porque el auto quedó sin vigor por medio de otro, completamente opuesto, proferido seguidamente. En el segundo, se demostró que la certificación únicamente iba enderezada a intervenir el poseedor del certificado en el remate sin necesidad de la consignación exigida a posteres que no rematan por cuenta de su crédito.

"Igual razonamiento se esgrimió en lo relacionado con no haberse agregado a los autos la actuación procedente del Juzgado Municipal de Ciénaga de Oro, puesto que esa omisión en nada podía afectar, como lo demostró el H. Tribunal en el proveído por medio del cual revocó el auto de detención provisional, el patrimonio de la señora Juana Guzmán de Bustos.

"Siendo todo lo anterior así, estima esta Fiscalía que es procedente que se ordene cesar el procedimiento, con arreglo a lo establecido en la norma 152 de la ley penal procedimental, porque los hechos imputados no constituyen infracción penal y porque, en otros casos ya puntualizados, el procesado no los ha cometido".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que se confirme la providencia objeto de la consulta, fundado principalmente en lo expuesto en la vista del Fiscal del Tribunal, la que reproduce en su integridad, agregando de su parte algunas otras consideraciones.

SE CONSIDERA:

El acertado estudio que el señor Fiscal del Tribunal de Cartagena hace, en la vista que se reprodujo anteriormente, y que la Sala acoge por estar de acuerdo con la realidad procesal y con la jurisprudencia y la doctrina más aceptable en relación con el delito de falsedad documentaria, la exime de la labor de hacer un nuevo y minucioso estudio probatorio para llegar a la conclusión que en este sumario no se encuentran establecidos los elementos constitutivos de los delitos de falsedad documentaria y prevaricato que el investigador especial consideró que se hallan estructurados en este proceso, y con fundamento en los cuales dispuso la detención del doctor Santiago Badel González, ex-Juez Civil del Circuito de Cartagena, auto, que según se vio, fue revocado por el Tribunal Superior de Cartagena.

Como claramente se desprende del análisis del colaborador Fiscal del Tribunal, al doctor Badel González se le imputaron en el auto de detención, la autoría de cuatro delitos de falsedad documentaria, y como consecuencia de uno de éstos, el de prevaricato, que se hicieron consistir, en resumen, en lo siguiente:

1º—Falsedad por invalidación del auto de 15 de mayo de 1956, consistente en la suposición o intercalación, en dicha providencia, de la expresión "No corre". Por este hecho se le imputó al doctor Badel González el delito de falsedad en documento público, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 231 del Código Penal.

2º—Falsedad en documento público por ocultación. Este delito de falsedad se hizo consistir y se atribuyó al doctor Badel González, por el hecho de no haberse hallado en la inspección ocular practicada en el juicio de quiebra de Berástegui, un memorial dirigido al Juez comisionado, por la señora Juanita de Bustos, ni el despacho número 22 librado por el Juez Segundo del Circuito Civil, al Juez Promiscuo Municipal de Ciénaga de Oro, ni el oficio número 87 con la consiguiente actuación, oficio que sobre el expresado memorial había enviado este Juez al Juez Segundo Civil del Circuito de Cartagena.

3º—Falsedad en un documento público por la expedición de un certificado. Este cargo se hizo consistir en que durante el juicio de quiebra de la Empresa Azucarera de Berástegui, se expidió, antes de la liquidación de los créditos y para hacerlo valer en el remate que se iba a realizar en el Juzgado comisionado para este efecto, el siguiente certificado:

"Los suscritos Juez y Secretario del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, certifican: que dentro del juicio de quiebra de la Empresa Azucarera de Berástegui, S. A., en liquidación es actualmente titular de todos los créditos a cargo de la Empresa, incluyendo costas y honorarios de los abogados, el señor Teniente General Gustavo Rojas Pinilla. La anterior certificación se expide hoy cinco del mes de mayo

de mil novecientos cincuenta y seis a solicitud del interesado...".

Como el señor Gustavo Rojas Pinilla, realmente no era, para la época de la expedición del certificado; el dueño de la totalidad de los créditos y el certificado se hizo valer ante el Juez del remate, para hacer postura, se le atribuyó al ex-Juez Badel González, quien suscribió dicho certificado, el delito de falsedad documentaria.

4º—Falsedad ideológica en documento público y prevaricato. Esta imputación se hizo consistir, en el hecho de haber procedido el sindicado, en su calidad de Juez a aprobar la subasta pública, sin que se hubiera agregado al expediente el certificado de paz y salvo catastral, relativo a los bienes inmuebles objeto del remate, y haber firmado el auto aprobatorio en que se afirma que se habían cumplido todas las exigencias de la ley.

En cuanto al primer cargo de falsedad, carece de validez en relación con el sindicado Badel González, pues lo que ante todo se observa, es que ninguna prueba del proceso demuestra que fuera éste el autor material de la intercalación de la palabra "NO CORRE", que según la diligencia de inspección ocular, apareció sobre la parte dispositiva del auto de fecha 15 de mayo, y así este hecho no puede atribuírse al imputado doctor Badel González, pues éste no lo admitió.

Por otra parte, el simple hecho de haber puesto la indicada expresión "No corre", no configuraría ningún delito de falsedad, pues la providencia del 15 de mayo no quedó sin validez por habérsele superpuesto dicha frase, sino que fue invalidada por otra providencia, la del 1º de junio de 1956; providencia, que legal o no, podía dictar el Juez sindicado en ejercicio de sus atribuciones legales. Por lo tanto, revocada la providencia de fecha 15 de mayo, por otra posterior de sentido opuesto, la interposición de la expresión "NO CORRE", sobre el auto revocado, era completamente inocua y a nadie podía perjudicar por sí misma, puesto que no era capaz de crear ninguna relación jurídica entre las partes.

El segundo cargo carece igualmente de fundamento, pues como lo expresa el señor Colaborador de la Sala: "El hecho incriminatorio de que Badel no hubiera glosado al juicio la copia del despacho número 22, no es suficiente para constituír un indicio que revelara intención dolosa en su proceder. Así como esto, podría ser, también jurídico pensarse en negligencia o descuido de su parte. La falsedad por ocultación —aún en el caso de podérsele imputar a Badel el hecho de no haber glosado el oficio del Juez Municipal de Ciénaga de Oro— no existe". Las explicaciones que dio el acusado al respecto hacen atribuible su conducta a un descuido criticable; pero en ningún caso delictuoso. Además, lo ocurrido en el Juzgado Municipal de Ciénaga de Oro, en manera alguna puede atribuírse al sindicado Badel.

En relación con el tercer cargo —o sea el de falsedad por la expedición de un certificado en el que se hizo constar que dentro del juicio de quiebra de la Empresa de Berástegui el titular de todos los créditos era el señor Gustavo Rojas Pinilla— la Sala está de acuerdo con el criterio expresado al respecto por el Tribunal, en la forma siguiente:

"El certificado expedido por el Juez y el Secretario y por el que se le imputa el ilícito de falsedad al procesado, tuvo como finalidad el que sirviera de prueba para poder intervenir como postor por cuenta de su crédito el teniente general Rojas. Y el postor que interviene por cuenta de su crédito, lo hace así porque entonces no se le exige la consignación previa del porcentaje legal (artículo 1.048 del Código Judicial, Ley 178 de 1946, artículo 1º).

"Así es que si en realidad no se ajustaba exactamente el certificado a la verdad, porque unos pocos y pequeños créditos no habían sido cedidos al oficial nombrado, lo esencial de él, para los fines que se obtuvo, sí contenía toda la verdad. En el remate de que se ha venido haciendo mérito no hubo postores pero aún en el caso de que otros se hubieran presentado, aún derrostrándose oportunamente, en aquellos momentos, que el certificado no era del todo exacto, por lo que se ha venido diciendo, siempre hubiera sido eficaz para lo que fue, esto es, para aceptar al oficial como postor sin la previa consignación del porcentaje legal, que para ese se hace postura por cuenta del crédito".

"Si, pues, el certificado no se iba a utilizar, como no se utilizó, para demostrar que el teniente general Rojas era titular de todos los créditos a cargo de la empresa luego su inexactitud por este aspecto por el hecho de ser inocua, no configura el delito de falsedad documental.

"Por otra parte, si bien se sabe que el dolo no se presume y en el expediente no se halla

prueba alguna, directa ni indirecta, tendiente a demostrar que la inexactitud del certificado se debió a intención del procesado de ejecutar con perjuicio de otro, un hecho ilícito. El dio una explicación aceptable, que no viene desvirtuada, y por lo tanto hay que estarse a ella, cuando se le interrogó sobre el particular. Dijo: 'A cada solicitud se hacía como es lógico para despacharla de acuerdo con la ley el titular del despacho tenía que leerse el expediente o parte de él para comprobar si realmente la petición correspondía a lo pedido, de ahí que al despacharse ese certificado debió hacerse con vista de datos tomados en el expediente, por eso, si habían todavía créditos que no habían sido cedidos todavía, debió ser por un error involuntario en el chequeo de esos créditos debido especialmente a lo voluminoso del expediente...'".

En cuanto al último cargo de falsedad documentaria atribuido al doctor Badel González, y que se hizo consistir en que éste aprobó el remate de los terrenos del ingenio de Berástegui, sin que se hubiera llevado al juicio el certificado de paz y salvo catastral, aparece completamente desvirtuado con la declaración del señor Donaldo Fernández Godín, Oficial Mayor del Juzgado cuando se aprobó el remate, y por lo certificado por el Secretario del Juzgado a cargo del doctor Badel, señor Rafael Castillo Pineda: de acuerdo con estos testimonios, en el momento de la aprobación de la subasta en el juicio de quiebra a que se ha hecho relación, sí existió en dicho juicio el certificado de paz y salvo que posteriormente se echó de menos. En consecuencia, la falsedad ideológica atribuida al doctor Badel no se podía configurar.

En relación con el delito de prevaricato, que también se atribuyó al acusado doctor Badel González, como este ilícito se fundaba en el cargo de falsedad consistente en haber aprobado el remate de una manera arbitraria, sin que se hubieran reunido los requisitos legales, descartado el delito de falsedad, por este aspecto, lógicamente queda desvirtuada la imputación de aquel delito, ya que no se estableció siquiera que el sindicado hubiera proferido sentencia o resolución contraria a la ley, requisito éste necesario para la constitución del ilícito de prevaricato.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, acorde con el señor Agente del Ministerio Público, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Ficquinto León L., Secretario.

SE CONFIRMA LA PROVIDENCIA POR MEDIO DE LA CUAL EL TRIBUNAL SOBRESEYO DEFINITIVAMENTE, EN FAVOR DE UN JUEZ, DE LAS IMPUTACIONES QUE SE LE HICIERON

No es aceptable que un Tribunal Superior se abstenga de resolver de los cargos que se hagan a un funcionario dentro de un proceso penal, en razón a que por los mismos hechos ya hubiera sido juzgado y de ellos absuelto en un proceso disciplinario adelantado ante el mismo Tribunal. El mandato contenido en el artículo 103 del C. de P. Penal no es aplicable en tal caso, ya que son diferentes las materias objeto del juzgamiento: la una corresponde al campo disciplinario (Decreto 3665 de 1950) y la otra al de la represión penal por el delito. Por ello es que el artículo 2º del Decreto citado dispone que las sanciones disciplinarias se impondrán "sin perjuicio de la correspondiente acción penal", o lo que es lo mismo, que el proceso disciplinario puede adelantarse sin perjuicio del proceso penal a que dé lugar la conducta del funcionario, así esa conducta sea el fundamento de las dos acciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL — Bogotá, abril dieciocho de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo su providencia de dieciseis de diciembre de mil novecientos sesenta, por la cual sobresee de manera definitiva en favor del doctor Luis María Ojeda Peña respecto de los cargos que le fueron hechos cuando desempeñó las funciones de Juez 2º Superior de la misma ciudad.

HECHOS:

Los resume el juzgador de primera instancia, así:

"Por la época del denuncio..." —presentado el 2 de noviembre de 1953— "...el doctor Miguel Feres Ojeda desempeñaba el cargo de Fiscal del Juzgado 2º Superior de este Distrito Judicial y en esa condición formuló denuncio penal ante el Tribunal contra el mencionado Juez, haciéndole los siguientes cargos, que pueden sintetizarse, así:

"1º—Que el día 3 de septiembre de 1953, al iniciarse la audiencia pública dentro de la causa seguida a Pedro Nolasco Rosas por homicidio, el señor Fiscal observó que uno de los jurados, el señor Antonio J. Peña Corso, por ser pariente del Juez denunciado, se encontraba impedido para cumplir su función, de acuerdo con el artículo 493 del C. de P. P., por lo cual solicitó el aplazamiento del debate para que se procediera al sorteo parcial del jurado, petición que fue desatendida por el señor Juez, quien en cambio, atendiendo las exigencias del apoderado defensor, verificó la audiencia.

"2º Que en su condición de Fiscal solicitó la nulidad de la audiencia, petición que también y en forma tardía fue negada dentro de la propia sentencia, en donde el Juez negó el parentesco que lo liga con el jurado Antonio J. Peña Corso.

"3º—Que el mismo denunciado, en ejercicio de sus atribuciones oficiales y en documentos públicos formuló contra el Fiscal cargos o falsas imputaciones, consistentes en que el Juez informó a la Fiscalía del Tribunal expresando que el Fis-

cal del Juzgado no asistía a la oficina en el periodo de la tarde, ningún día, ocasionando con ello graves perjuicios a la administración de justicia; y que en el acta de visita practicada al Juzgado Segundo Superior por el señor Fiscal del Tribunal, el mencionado Juez dejó una constancia en el sentido de que tenía informaciones sobre el hecho de que el doctor Feres, Fiscal del Juzgado, le insinuó al señor Enrique Suárez para que representando el papel de enemigo suyo presentara una solicitud recusándolo por enemistad grave, en un negocio que contra Suárez cursaba en la Fiscalía del Juzgado.

"4º—Que el mismo Juez profirió contra el Fiscal la resolución número 1, de 16 de julio del citado año, imponiéndole una multa de cien pesos ($ 100.00), resolución contra la cual interpuso el Fiscal en tiempo oportuno los recursos legales de reposición y apelación, los que no fueron atendidos, pese a lo cual la multa se hizo efectiva arbitrariamente".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Considera el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que la providencia objeto de la consulta debe ser confirmada, pues si bien la acción penal está prescrita, la resolución del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo se acomoda a la realidad del proceso, pues no se acreditó, por parte del funcionario denunciado, la comisión del delito de prevaricato señalado por el doctor Miguel Feres Ojeda, ni el de falsas imputaciones a que también aludió el denunciante.

Asimismo, anota el señor Agente del Ministerio Público que "tiene toda la razón el H. Tribunal en lo que expresa, en la parte de su fallo... con respecto a la renovación de la queja anteriormente presentada por el doctor Feres Ojeda contra el doctor Ojeda Peña y correspondiente en esta nueva ocasión al cargo de abuso de autoridad por denegación de justicia.....", pues, como lo dice el juzgador de primera instancia, no corresponde "resolver sobre la multa impuesta por el doctor Ojeda Peña en su condición de Juez Segundo Superior de este Distrito Judicial al doctor Miguel Feres Ojeda, por su no asistencia —como Fiscal— a la audiencia pública dentro de la causa seguida a José Antonio Mariño López por el delito de homicidio, porque de ese asunto conoció ya el Tribunal en las diligencias disciplinarias que con tal motivo se adelantaron contra el doctor Ojeda Peña y en las cuales se pronunció providencia absolutoria, según constancias procesales que obran a los folios 37 y 38 del expediente".

LA SALA CONSIDERA LO SIGUIENTE:

Evidentemente no tuvieron comprobación, en este proceso, los delitos de prevaricato y de falsas imputaciones de que fue sindicado el Juez Segundo Superior de Santa Rosa de Viterbo por el señor Fiscal del mismo Juzgado, doctor Feres Ojeda.

En efecto, como lo anotan tanto el Tribunal Superior de la citada ciudad, como el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, no fue acreditado que el doctor Luis Mario Ojeda Peña, al negar la recusación de uno de los miembros del jurado que juzgó a Pedro Nolasco Rosas, por el delito de homicidio, presentada por el Fiscal del mismo Despacho a cargo del sindicado en estas diligencias, hubiese obrado a sabiendas de que su resolución era contraria a la ley; ni tampoco resultó comprobado que el Juez 2º Superior de Santa Rosa de Viterbo, en este caso, hubiese sido determinado "por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros". Y estas condiciones subjetivas del delito de prevaricato, previstas en el artículo 168 del C. P., deben estar plenamente acreditadas para que pueda proferirse auto de llamamiento a juicio, de acuerdo con lo que dispone el artículo 273 del C. de P. P.

De otra parte, el delito de falsas imputaciones, en el evento previsto en el artículo 188 del C. P., requiere —lo cual no resultó demostrado— que la denuncia contraria a la realidad se haga "a sabiendas de que es inocente" la persona acusada.

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, al sobreseer definitivamente en favor del doctor Ojeda Peña por razón de estos dos primeros cargos, obró de acuerdo con lo que exige el artículo 437 del C. de P. P.

En cambio, no corresponde aceptar su abstención de resolver respecto del tercer cargo, el de abuso de autoridad, presentado por el denunciante contra el mismo doctor Ojeda Peña, pues si bien por los mismos hechos fue juzgado dentro de un proceso disciplinario adelantado ante ese mismo Tribunal, en el cual se absolvió al acusado, el mandato contenido en el artículo 103 del C. de P. P. no es aplicable, pues son diferentes las materias objeto del juzgamiento: la

una corresponde al campo disciplinario (Decreto 3665 de 1950) y la otra al de la represión penal por el delito.

Por ello es que en el artículo 2º del decreto citado se dispone que las sanciones disciplinarias se impondrán "sin perjuicio de la correspondiente acción penal"; o, lo que es lo mismo, que el proceso disciplinario puede adelantarse sin perjuicio del proceso penal a que dé lugar la conducta del funcionario del Ministerio Público o del Organo Judicial, así esa conducta sea el fundamento único de las dos acciones.

De consiguiente, el fallo proferido en el proceso disciplinario adelantado en el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo contra el doctor Ojeda Peña no impide que en este negocio se resuelva sobre el cargo de abuso de autoridad, juzgado por la vía disciplinaria y fallado en ella mediante sentencia absolutoria.

Sin embargo, la acción penal a que dio lugar este tercer cargo, la pertinente al delito de abuso de autoridad, está prescrita, pues desde la ocurrencia de los hechos ha transcurrido un lapso superior a cinco años, término en el cual prescribe dicha acción.

Corresponde, por tanto, declarar como ocurrido el fenómeno de la prescripción, en este particular.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, CONFIRMA la providencia objeto de la consulta, salvo en lo que respecta a la imputación de abuso de autoridad hecha al doctor Luis María Ojeda Peña en el tercer cargo que el denunciante le hace, respecto del cual debe declararse, como en efecto DECLARA, que la acción penal está prescrita.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gústavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pisciniano León L., Secretario.

ERROR EN LA ESTIMACION DE PRUEBAS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA AL NO HABER RECONOCIDO QUE EL ACUSADO COMETIO EL HOMICIDIO EN ESTADO DE IRA CAUSADA POR GRAVE E INJUSTA PROVOCACION

No pueden concurrir, en el caso de autos, las dos circunstancias modificadoras de la responsabilidad señaladas en los artículos 28 y 384 del Código Penal, pues, aparte de no resultar acreditado en el proceso que entre el victimario y la víctima hubiera existido riña, la reacción homicida del reo se debió a un impulso súbito, instantáneo, en el que no cabe aceptar sino una sola motivación subjetiva: la conmoción psíquica que en el procesado produjo la grave e injusta provocación de que fue objeto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL — Bogotá, abril diecinueve de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

VISTOS:

Cumplida la tramitación correspondiente, entra a resolver la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 15 de julio de 1960, por la cual impuso al procesado Guillermo Salazar Ospina la pena de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Manuel Herrera.

HECHOS Y TRAMITE PROCESAL

En las horas de la noche del día veintiuno de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve se encontraba Guillermo Salazar Ospina departiendo con una empleada del café "Lusitania" de la ciudad de Ibagué, cuando llegó al mismo establecimiento Manuel Herrera, acompañado de otros individuos.

Por razón de que el procesado, en las horas del día de esa misma fecha, había tenido algún incidente con el nombrado Herrera, pidió aquél a la empleada Laura María Méndez, su acompañante, que no atendiera a los recién llegados, a fin de evitar cualquier inconveniente con Herrera y, en efecto, éste y sus acompañantes fueron servidos por otra camarera.

Momentos después se dirigió Manuel Herrera a la mesa que ocupaba Salazar Ospina y en tono desafiante le pidió que salieran a la calle, dizque a conversar algo, requerimiento que rechazó el procesado, expresándole éste que nada tenían que charlar y pidiéndole que lo dejara tranquilo. Acto seguido, Herrera dijo "¿Que no tiene nada que ver conmigo, hijo de puta?".

Inmediatamente se levantó Salazar Ospina y salió con Herrera a la calle y allí aquél hirió con un cuchillo a éste, causándole la muerte.

Tramitado el proceso mediante las normas del Decreto 012 de 1959, el Juzgado 3º Superior de Ibagué, por fallo de 8 de febrero de 1960, condenó a Salazar Ospina a la pena de seis años de presidio, providencia en la cual se hacen las siguientes consideraciones:

"Se encuentra plenamente acreditado en el proceso el elemento material del delito de homicidio en la persona de Manuel Herrera con el acta de levantamiento del cadáver, la autopsia practicada al mismo y con las declaraciones de los testigos que vieron el cadáver.

"No existe tampoco la menor duda respecto de quién fuera el autor de la lesión que le causara

la muerte a Manuel Herrera, pues es el propio procesado Guillermo Salazar Ospina quien lo confiesa, pero alega a su favor el hecho de haber obrado en legítima defensa de su vida. Pero esta justificación no puede aceptarse, ya que de acuerdo con las constancias del proceso, el acto no lo llevó a cabo dentro de las circunstancias a que se refiere el artículo 25 del C. Penal, porque si bien es cierto que el occiso Herrera ofendió de manera verbal al procesado, el hecho nunca se justifica ante esa ofensa verbal, y la reacción de la persona injuriada, no ha obrado (sic) conforme a derecho.

. . . . . .

"De acuerdo con lo declarado por los testigos presenciales del hecho, fue Herrera quien provocó primero a Salazar y lo desafió a salir afuera a pelear, o sea, que Salazar aceptó la riña, que para él fue imprevista, ya que no estuvo en su ánimo buscarla, pero sí la aceptó. Y hubo riña, ya que de acuerdo con lo declarado por los testigos, hubo cambio de golpes.

"Existe, pues, la prueba exigida por el artículo 203 del C. de P. P. para dictar en contra del procesado Guillermo Salazar Ospina sentencia condenatoria por el homicidio en Manuel Herrera, en las circunstancias anotadas...".

El Tribunal Superior de Ibagué, en la sentencia recurrida, niega la existencia de la riña imprevista para el procesado y señaló, como se ha visto, en ocho años la pena de presidio correspondiente a Salazar Ospina, previas las razones siguientes que la Sala transcribe:

"La muerte de Manuel Herrera no puede considerarse como el producto independiente de una controversia incidental, producida al calor de los tragos como lo plantea el incriminado Salazar Ospina, en su contradictoria confesión, ya que hace aparecer su amistad también incidental con el occiso Herrera y con sus compañeros de viaje, sino una de las formas como actualmente se van eliminando los integrantes de organizaciones antisociales, pues los testigos que en una forma o en otra habían estado hablando con Mauel Herrera y Guillermo Salazar se habían enterado que entre éstos se había suscitado un grave encuentro, que en una forma o en otra Salazar Ospina, Alvaro Nieto Castro y Yezid Varón Pérez han pretendido en sus exposiciones ignorarla por razones muy claras, ya que de otra manera se habría podido descubrir perfectamente sus actividades delictivas desarrolladas en Bogotá y en esta ciudad en los días 19, 20 y 21 de septiembre de 1959, con la sustracción de artículos farmacéuticos para venir a expenderlas en droguerías reducidoras de esta ciudad; pero siempre es posible dar dentro del acervo probatorio con el motivo que hubiera originado esa enemistad que se reveló en el café Lusitania con la agresión propuesta aparentemente de parte de Herrera y Nieto Castro contra Salazar Ospina, quien se encontraba preparado para sortear cualquier ofensa de parte de sus mismos compañeros, ya que se consideraba autor de alguna agresión pretérita; y en estas condiciones no podemos hablar de riña imprevista, pues esa modalidad no existió para el uno ni para el otro, desde luego que la riña ya la habían tenido ambos contendores con anterioridad a la llegada al café Lusitania, pues sobre ese hecho se habían hecho comentarios con las coperas de ese establecimiento.

"Propiamente se trata de un homicidio intencional causado por Salazar Ospina en la persona de Manuel Herrera, cuando éste y Alvaro Nieto Castro lo retaron en el café Lusitania con ocasión de una desavenencia (sic) sucedida en esa tarde con Salazar Ospina, a quien se le hacía el cargo de que quería ventajear (sic) a sus compañeros, cuando uno de éstos se expresó en la forma vulgar de que 'nos quería joder'; sin pensar que a este acto delictivo lo puede rodear algún hecho que lo catalogue como agravado, pues Salazar Ospina al cumplir con la cita de encontrarse en el café Lusitania a donde debían concurrir sus compañeros y no obstante saber y presentir que con ellos habría de suceder algún encuentro, únicamente se dotó de un arma cortopunzante y fue a ocupar un sitio en cierta forma de despreocupación, pero que posiblemente por los hechos acaecidos esa tarde no pudo callar al preguntar con insistencia a la copera sobre el tema desarrollado momentos antes, y en ese mismo café por sus compañeros, e impacientemente saber si éstos habían noticiado a la copera del motivo de la riña; agregando que Salazar Ospina hubiera podido evitar el desenlace fatal no cumpliendo la cita o no concurriendo al sitio donde sus compañeros debían de llegar esa tarde, o habiéndose retirado de tal sitio cuando fue informado por la copera de que sus compañeros habían contado sobre la riña tenida con él y la forma como se expresaban contra él mismo,

perdiéndose en estas condiciones el derecho de legítima defensa propugnado por Salazar Ospina, quien pudiendo evitar los acontecimientos no lo hizo y prefirió asumir el riesgo del encuentro con su contendor Herrera, perdiéndose por este otro aspecto la modalidad de la riña imprevista".

DEMANDA DE CASACION

El señor apoderado de Guillermo Salazar Ospina, con invocación de las causales segunda y primera de casación previstas en el artículo 567 del C. de P. P., presenta contra la sentencia recurrida los cargos de falta de aplicación de lo previsto en los artículos 28 y 384 del Código Penal, alegado el primero como principal y el segundo como subsidiario, por errada apreciación de las pruebas.

Como demostración de los cargos, el recurrente, luego de hacer una crítica a los testimonios de Laura María Méndez, Jorge Vanegas y Ana Belén Lozano, y de afirmar la indivisibilidad de la confesión de su mandante —si bien sólo "en lo relevante al estado emocional en el cual fue cometido el hecho"—, presenta los siguientes argumentos:

"La injuria que recibió Salazar es de aquellas que lesionan, con mayor intensidad, ese patrimonio moral de las personas, la reputación, y está sancionado por nuestras leyes penales y policivas.

"Además, el acusado no dio motivo justificado al occiso para injuriarlo, si es que puede darse una motivación justificada para el agravio. El incidente ocurrido en las horas del día, su presencia en el café, ni la supuesta defraudación de los intereses del occiso en un negocio lícito o ilícito, sirven para justificar la provocación".

Luego, agrega:

"De acuerdo con los testimonios de... "Laura María Méndez y Jorge Daza Vanegas...", "inmediatamente después de que el acusado se levantó, armado de puñal, salió a la calle junto con el occiso, y allí en cuestión de segundos, le causó la herida que le produjo la muerte. La diferencia de tiempo entre la ofensa y la herida, pues, fue de segundos, sin que hubiera habido intermitencia que pueda hacer presumir que el procesado recobró la serenidad y la calma".

Agrega que la provocación hecha a Salazar Ospina por Herrera es "grave, pues ella es capaz de producir en la generalidad de las gentes un sentimiento de repulsa, acompañado de una exaltación anímica que turba la ordinaria serenidad del espíritu y puede desencadenar la violencia...": y esas "ofensas dirigidas contra el honor de la madre... se presentan a la conciencia del ser humano, cualquiera que sea el estrato social de donde proceda, como la cima de todas las injurias, por afectar las más sensibles fibras del alma humana. En presencia de tal ofensa es humano y lógico esperar la reacción iracunda del ofendido...".

Y con respecto al cargo subsidiario, anota que "en realidad no existe testigo alguno que asevere haber visto que entre víctima y victimario hubo cambio de golpes. Sin embargo, la confesión del procesado en tal sentido, cuando asevera que la víctima le atacó de hecho, armada de cuchillo... por no estar infirmada y antes sí corroborada por las otras pruebas del proceso y especialmente por la actitud que asumió el occiso... francamente predispuesto a la riña, constituye plena prueba".

Sin embargo el recurrente plantea esta acusación para el caso de que "la Corte no acepte la primera causal invocada...".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Luego de un juicioso estudio de los elementos de convicción traídos al proceso, el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal solicita que se invalide la sentencia recurrida y con fundamento en la demostración del primer cargo hecho por el demandante, profiera la Sala el fallo que deba reemplazarla, en el cual se señale la sanción imponible a Guillermo Salazar Ospina tomando en cuenta lo previsto en el artículo 28 del Código Penal, ya que es evidente que el fallador de segunda instancia, al no considerar probada esa circunstancia atenuadora de la responsabilidad, incurrió en error de hecho en la apreciación de las pruebas.

A los razonamientos del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal habrá de referirse la Sala, con oportunidad del examen de los cargos que el impugnante hace a la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Estima el demandante que en el fallo recurrido se incurre en error de hecho al desestimar los testimonios de Laura María Méndez y Jorge Daza

Vanegas, que respaldan, en lo pertinente, lo que refiere el procesado Salazar Ospina, con lo cual se dejó de tomar en cuenta lo previsto en el artículo 28 del Código Penal, o, al menos, lo que preceptúa el 384 de la misma obra, respecto de la fijación de la pena impuesta a su mandante.

Ciertamente, el nombrado Salazar Ospina afirma haber sido objeto de parte de Manuel Herrera de un grave ultraje, inmediatamente antes de los hechos en que dio muerte a su ofensor. Y su dicho encuentra respaldo en las declaraciones de Laura María Méndez y Jorge Daza Vanegas, a saber:

a)—Informa la Méndez que "a los diez minutos más o menos de haber salido los cuatro señores, como a las once y media de la noche, llegó Guillermo Salazar o sea 'El Mocho', se sentó a una mesa cercana a la que hasta hacía un momento habían ocupado los otros cuatro y que también tuve que atender yo, pidió una 'Costeña' fría... y me preguntó que si por ahí habían estado los compañeros de él y yo le conté que se acababan de ir, y me preguntó que ellos qué habían dicho de él; yo le conté que ellos habían dicho que habían disgustado con él, y él inmediatamente me preguntó que si no habían dicho el motivo del disgusto, a lo que le respondí que no, y entonces el tipo se serenó cuando supo que yo no sabía nada. Luego 'El Mocho' me dijo que llamara al muchacho que maneja la radiola o sea a Jorge Daza... y nos invitó a Jorge y a mí a la mesa, donde nos sentamos y nos tomamos cada uno una 'Costeñita'; cuando Jorge Daza se fue a echarle al (sic) el disco solicitado, me preguntó 'El Mocho' que si ese muchacho sí era de confianza; le pregunté que por qué me decía eso y me dijo que era que él andaba 'mancado' o sea armado y le dije que era de confianza, y me preguntó, además, que si ahí requisaban con frecuencia y le dije que por ser un café nuevo, que nunca habían requisado a nadie ahí. Creo que ya iban a ser las doce de la noche, cuando llegaron nuevamente Manuel Herrera (el finado), el bajito compañero de ellos y el otro muchacho alto que no conversaba casi y se sentaron en la mesa contigua a la nuestra, habiendo quedado bien de frente a 'El Mocho'. Inmediatamente se sentaron esos señores, 'El Mocho' me dijo que no atendiera esa mesa, porque 'aquí va a haber bouche'; por lo que esa mesa la atendió la cocera Ana Belén. Estando así, cuando el bajito, creo que por echarle una indirecta a 'El Mocho', le tocó la cara al finado y le dijo 'Caminá peleamos, hijo de puta' y al finado le dio risa y casi inmediatamente se paró el finado, se dirigió a nuestra mesa y se hizo junto a 'El Mocho' y le dijo 'Camine Mocho para afuera, conversamos un asunto', y le contestó 'El Mocho': 'No me jodás, déjeme quieto, que no tengo nada que ver con usted', a lo que le respondió el finado: '¿Que no tiene nada que ver conmigo, gran hijo de puta?'; y al decir esto el finado, 'El Mocho' inmediatamente se paró y sacó de dentro de la pretina del pantalón un cuchillo e inmediatamente ambos salieron para la calle y en vista de esto, yo cogí a Jorge Daza y nos hicimos al lado de la radiola, pero al recordar que debían la cuenta, salí inmediatamente a la calle, casi siguiendo a los dos de la pelea, pero cuando salí ya Manuel Herrera estaba tirado en la acera de enfrente, y 'El Mocho' iba a paso normal para abajo... pero un Agente de la Policía que había en la esquina lo capturó..." (fls. 18 a 20, del primer cuaderno).

A una pregunta del instructor dice este declarante que "....del negocio no me dijeron nada. 'El Mocho' me contó que tenía un almacén en Bogotá...".

b)—Declara Daza Vanegas que luego de sentarse a la mesa que en el café "Lusitania" de Ibagué —donde trabaja— ocupaba la noche de los hechos Salazar Ospina, éste le hizo confidencias sobre su familia; y que cuando tales cosas le estaba contando, "se sentaron tres o cuatro individuos en la mesa contigua....." y uno de ellos se paró y dirigiéndose a mi compañero de mesa, le dijo: 'Alfonso, necesito hablar con usted'; pero mi compañero de mesa le contestó: 'Yo no tengo nada que hablar con usted'; y el otro (quien posteriormente resultó muerto), le replicó: 'Pero yo sí tengo que hablar con usted, hijo de puta', y fue cuando Guillermo Salazar o sea mi compañero de mesa se paró y de dentro del saco sacó una puñaleta y el otro tipo también hizo el amago de sacar arma y ambos salieron para la calle en actitud de pelear y en vista de esto yo pegué un brinco y me hice junto a la radiola, habiendo los dos tipos... salido a la calle seguidos de casi todas las personas que había dentro del café, que creo que eran como unas treinta en total. Casi inmediatamente después de haber salido Guillermo Salazar y el otro en actitud de pelea, oí que en la calle gritaban: 'Lo mató, lo mató' y fue cuando me decidí a salir a ver qué había ocurrido y vi que el tipo que se

había dirigido hacía un momento a Guillermo Salazar diciéndole 'Alfonso, necesito hablar con usted', estaba agonizando y uno de los individuos que se había sentado con el muerto a la mesa contigua a la nuestra y que también está detenido, cogió al moribundo por la cabeza y me parece que le decía: 'Herrera Herrera...', y de ahí en una bola de la Policía se llevaron al herido para el hospital".

Al interrogatorio que le hizo el investigador, agrega lo siguiente:

"Debo manifestar además que a mí me detuvieron anoche por orden del señor Inspector Permanente..... y me llevaron a los calabozos..... donde también estaban presos Guillermo Salazar y dos individuos de los que se habían sentado a la mesa contigua a la nuestra con quien después resultó muerto, y estos tres tipos conversaban anoche en los calabozos en una jerinconza extraña y se preguntaban que si el tipo se había muerto y uno de ellos respondía que sí, que estaba 'brillo', y otro poco de palabras raras que no recuerdo y noté además que a Guillermo Salazar le decían 'Mocho'... Por lo que estos tipos conversaban entre sí y se llamaban por sus nombres, daba la impresión de que son viejos amigos y Guillermo Salazar también hablaba en la misma jerigonza o argot a que me he referido..." (fls. 14 a 15 v., del mismo cuaderno).

Ahora bien:

La versión de la testigo Ana Belén Lozano es la que pasa a transcribirse:

"Soy copera del café 'Lusitania' de esta ciudad. Resulta que el lunes, veintiuno de los corrientes....." (declara el 28 de septiembre de 1959)... "a las ocho de la noche entré a dicho café a coger turno, y al rato llegaron tres señores que se sentaron a una de las mesas...; estos tres señores, uno de los cuales resultó posteriormente muerto, el otro, bajito, con dialecto bogotano, y otro más alto, que casi no conversaba, estaban tomando cerveza y estaban comentando una pelea que habían tenido ese día, pero no dijeron con quién ni por qué motivo, y al rato salieron dizque a dar una vuelta. Al momento de estos señores haber salido, llegó un señor moreno, de bigote, vestido de negro o azul obscuro, corbatín, gafas obscuras, dialecto como antioqueño y a quien oí que le decían 'Mocho' y se sentó a una de las mesas que atiende la copera Laura María Méndez... Al rato, como a la media hora de haber llegado 'El Mocho', llegaron nuevamente los tres señores a que me he referido primero y que hablaron de una pelea; en este momento estaba yo discutiendo un asunto privado con mi marido Serafín Robayo... y entonces el moreno a quien oí que le decían 'El Mocho' me llamó, me dijo: 'venga negrita a ver qué va a tomar' y me preguntó que qué era lo que me pasaba con ese tipo, que si era que me quería poner pelea, que él tenía ganas de desfogar el corazón peleando con cualquier hijueputa, pues que había tenido una pelea y en ese momento fue que regresaron los otros tres señores y 'El Mocho' me dijo que con esos hijos de putas era que había tenido la pelea y que tenía mucho pique y como esto lo dijo bastante duro, los señores alcanzaron a oír, por lo que uno de los señores (que resultó muerto), se paró y se acercó hasta donde 'El Mocho' y le puso una mano en un hombro y le preguntó que si estaba muy ofendido con él, y 'El Mocho' le contestó que ofendido no es palabra, y el finado le dijo que la pusiera como quisiera, y 'El Mocho' le dijo que 'usté', y ahí mismo sacó una estaca de cuchillo de entre los pantalones y le tiró una puñalada, pero el otro alcanzó con mucha ligereza a cogerle la mano y le dijo que respetara, y que salieran a arreglar ese asunto afuera a la calle y ambos salieron para afuera (sic), para la calle, y apenas salieron se oyó la gritería de la gente que decía: 'Lo mató, lo mató'...".

Al responder las preguntas que le hizo el funcionario de instrucción, agrega lo siguiente:

Que "Serafín Robayo se dio cuenta de todo, perfectamente" (fls. 39 a 40 v., del primer cuaderno). Pero citado a declarar el nombrado, afirma que nada le consta, pues no presenció "la pelea, ni menos supe los antecedentes de tales cosas y si siquiera había visto a esos señores en el café".

Otros declarantes dan cuenta de lo ocurrido, así:

c)—Jorge Torres Barreto, comerciante de Ibagué, quien ocupaba en la noche de los acontecimientos una mesa del citado café "Lusitania", acompañado del ciudadano alemán Jorge Brand, dice que en el establecimiento "prácticamente no hubo pelea: la pelea fue afuera y quien resultó muerto era el que invitaba a que salieran a la calle a pelear". Agrega que "el señor que resultó tirado en el pavimento frente al café, era

uno de los que dentro del café esgrimió un cuchillo y quien invitaba al de negro a salir a la calle" (fls. 47 v. a 49, cuaderno id.).

d)**Sandalio Arteaga**, cajero del café "Lusitania" de Ibagué, refiere haber visto que "un hombre se paró de una mesa..." del establecimiento, la noche de los hechos... "y se dirigió a otro que estaba sentado junto a Jorge Daza, empleado del café, y el que se dirigió a ese agitaba las manos como quien alega. Es decir, el que resultó muerto le alegaba al que estaba sentado y que dicen que el que estaba sentado fue el que lo mató..." (fls. 54 v. y 55 del primer cuaderno).

e)—Y si bien **Guillermo Salazar Ospina**, en su primera declaración de inquirir negó los cargos, pues dijo ignorar quién o quiénes eran los autores del delito de homicidio cometido en la persona de Manuel Herrera (fls. 21 a 26 v., cuaderno id), en ampliación de su indagatoria expresa que se ve "en la obligación de entrar a colaborar, no obstante ser el sindicado, con la justicia penal...", y agrega: "En mi calidad de detenido y sindicado de la muerte del señor Manuel Herrera..... me declaro confeso de haberle dado muerte en legítima defensa, por haber éste provocado de palabra y obra al suscrito".

Y al hacer un relato de lo acontecido, luego de referir que en ese mismo día en que ocasionó la muerte de Herrera éste disgustó con él "por el hecho de estarme extralimitando en la cuenta de gastos de hotel, ya que él seguramente pensaba que... debía ser pagada en su totalidad por él..." y por cuanto "ambos habían viajado de Bogotá a Ibagué...", dá cuenta de que hallándose en el café "Lusitania" en compañía de una copera de ese establecimiento y "habiendo advertido la llegada de..." Manuel Herrera con otros sujetos..., "le manifesté..." a dicha mujer.... "que ni los mirara siquiera para tratar de evitar algún problema con ellos. Seguí libando las cervezas y charlando con la citada copera. Advierto que en mi mesa y en el momento del incidente, se encontraba sentado un muchacho, que según entiendo era empleado del café y a quien yo había invitado a compartir conmigo la charla. Posteriormente el señor Manuel Herrera se paró de la mesa y acercóse a mi mesa diciéndome estas palabras: 'Mocho hijo de puta, sal afuera para que arreglemos o conversemos los dos'. Insistió una y dos veces más, ofendiéndome de palabra... Traté de salirme a la calle: en el momento en que crucé la puerta a bajarme al andén, el señor Herrera me tiró con el arma, habiéndome cortado la camisa en la parte izquierda, abajo de la tetilla. Una o dos veces continuó su ataque... Cuando salí a la calle, el señor Herrera dio un traspiés hacia adelante, yo tratando de quitármelo de encima le hice un amago con el arma. En el momento del acto ví que le había herido, y entonces me asusté, corrí hacia la parte de abajo, en donde traté de botar el arma...." (fls. 66 a 68 del primer cuaderno).

Anota la Sala que este sindicado, en su primera declaración (fl. 21), informa que el día de los hechos estaba "gozando de una franquicia que.. ", dice... "me concedió la Dirección General de Prisiones, pues estoy sentenciado de tres a ocho años de relegación a Colonia, desde el 20 de marzo de 1956, cuando fuí detenido en Medellín y me sentenció el Juez 14 del Sic. — Seccional de Antioquia— por reducidor. En Medellín...", agrega... "tengo otras dos entradas por materia de investigación". Sin embargo, de la misma Seccional del Servicio de Inteligencia de Antioquia, según telegrama del folio 70 del primer cuaderno, aparece un informe de que este procesado carece de antecedentes "alfabéticamente". Esto es, que a nombre de Guillermo Salazar Ospina no existe constancia alguna de sindicaciones o condenas por delitos. Es, entonces, lógico suponer que existe un cambio de nombre en el indagado. Y si el Inspector 3º de Policía de Ibagué, como correspondía técnicamente hacerlo, en vez de solicitar los antecedentes del sindicado con referencia sólo a sus nombres y apellidos, hubiera enviado la tarjeta decadactilar o reseña dactiloscópica a la Seccional del Servicio de Inteligencia de Medellín, muy seguramente que no habría sido desmentido el procesado Guillermo Salazar Ospina en cuanto a la realidad de la condena por él ya sufrida y a las sindicaciones que acepta, pues bien sabido es que la única base científica de identificación personal la dá el examen de la tarjeta decadactilar, que ofrece una fórmula dactiloscópica para cada individuo distinta de cualquiera otra persona. Y es tanto más lamentable la deficiencia del funcionario de instrucción en este negocio, cuanto que la Jefatura de la Sección Técnica del Departamento Administrativo de Seguridad —"DAS"— de Bogotá, en telegrama del folio 94 (cuaderno id.), le dice al investigador que "Guillermo Salazar Ospina ne-

gativo alfabéticamente. Fin comunicarle antecedentes hácese necesario envío impresiones digitales ambas manos mismo, nítidamente obtenidas", en respuesta a la solicitud de tales antecedentes, hecha por el referido funcionario". Y ya imperdonable el descuido, cuando ni siquiera se pidió al Juez 14 del Sto. —Seccional de Antioquia— la copia de la sentencia a que se refería el indagado Salazar Ospina, ni se averiguó a la Dirección General de Prisiones sobre la franquicia de que, según este procesado, resultó estar "gozando", cuando cometió el homicidio de que da cuenta este proceso. Estas deficiencias han dichado ser salvadas por el Juzgado 3º Superior de Ibagué, antes de declarar cerrada la investigación, como lo hizo apenas recibió el sumario de la Inspección Tercera Municipal de Policía de la misma ciudad.

Pues bien:

Tiene toda la razón el Ministerio Público cuando, al contestar la demanda de casación, estima que "no es dable aceptar el razonamiento del Tribunal sentenciador en cuanto afirma que la agresión fue 'propuesta aparentemente de parte de Herrera y Nieto Castro contra Salazar Ospina', cuando precisamente los hechos, plenamente comprobados, descartan esa apariencia para convertirla en realidad. Y menos aún se puede recibir libre de crítica la aseveración de que el procesado Salazar Ospina se encontraba 'preparado para sortear cualquier ofensa de parte de sus compañeros, ya que se consideraba autor de alguna agresión pretérita', tal como sostiene el citado Tribunal. En efecto, acerca de los acontecimientos que precedieron al insuceso investigado... apenas si se tiene conocimiento por boca de Laura María Méndez que Manuel Herrera, la noche de autos, llegó al café 'Lusitania' e indagó por su compañero apellidado 'El Mocho' y refirió que 'lo había traído de Bogotá para que participara en un negocio y que ahora se quería robar los veinticinco mil pesos, pero que ya le había pegado una palmada en la cara'...".

De consiguiente, anota el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, "Salazar Ospina no había sido el autor de ninguna agresión pretérita hacia sus compañeros, entre los cuales se encontraba Manuel Herrera, sino todo lo contrario: él había sido víctima. Y más aún, se puede afirmar que había, además, rechazado la propuesta de encontrarse en el café 'Lusitania', que le habían formulado los otros, por cuanto como ellos mismos afirmaron, el reo 'no había llegado', pues Laura María Méndez declara haber oído de Herrera y sus compañeros que 'Salazar Ospina no había llegado', y éste solamente vino al citado café cuando aquellos ya se habían retirado del establecimiento".

Debe aceptarse, pues, como lo alega el demandante y lo acepta el Ministerio Público, que el Tribunal Superior de Ibagué, en el fallo recurrido, incurrió en error en la apreciación de las pruebas al desconocer la grave e injusta provocación de que fue objeto el procesado de parte del occiso, al ultrajarle con la más lesiva de las ofensas al honor de la madre, provocación ésta que desencadenó la actitud homicida de Salazar Ospina. Y de esta equivocada apreciación de las pruebas en que incurrió el juzgador de segunda instancia vino el que dejara de aplicar la prevista en el artículo 28 del Código Penal, norma pertinente en el juzgamiento del procesado, ya que es indudable que cometió el hecho en estado de ira causada por grave e injusta provocación.

El homicidio consumado por Salazar Ospina tuvo, por tanto, ese agravio como causa psíquica perturbadora, la cual toma en cuenta el artículo 28 citado para atenuar la responsabilidad penal.

Este cargo, de consiguiente, resulta demostrado.

Debe rechazarse, en cambio, el segundo motivo de impugnación propuesto por el demandante, apoyado en que por una errada interpretación de las pruebas el juzgador de segunda instancia dejó de aplicar la atenuante de la riña imprevista señalada en el artículo 384 del Código Penal, porque, además de no resultar acreditado que entre Salazar Ospina y Herrera existiera dicha riña, tampoco pueden concurrir, en este caso, las dos circunstancias modificadoras de la responsabilidad señaladas en los artículos 28 y 384, pues la reacción homicida del reo se debió a un impulso súbito, instantáneo, en el que no cabe aceptar sino una sola motivación subjetiva: la conmoción psíquica que en el procesado produjo la grave e injusta provocación de que fue objeto.

Con toda razón el demandante presentó como subsidiario este segundo cargo hecho a la sentencia.

Este segundo cargo, pues, debe ser rechazado.

Procede por tanto invalidar el fallo recurrido y dictar el que deba reemplazarlo, a fin de tomar en consideración la atenuante prevista en el artículo 28 del Código Penal.

Ahora bien:

Para la fijación de la pena imponible a Salazar Ospina, es necesario tomar en consideración lo siguiente:

a)—No fueron traídas al proceso las copias de los fallos de primera y de segunda instancia para comprobar la condenación por el delito de encubrimiento (artículo 200 del C. P.) de que dio cuenta el procesado. Ello impide que se dé aplicación a lo previsto en el inciso primero del artículo 34 del Código Penal.

b)—Obran la circunstancia de mayor peligrosidad indicada en el ordinal primero del artículo 37 del C. P., y el factor de mayor temibilidad que ofrece la personalidad de Guillermo Salazar Ospina por el cambio de sus nombres y apellidos, pues si ante las autoridades de Medellín hubiese dado los que indicó en este negocio, seguro que alfabéticamente habrían encontrado los antecedentes de que dio información en su indagatoria; y, asimismo, sus compañeros como declara Daza Venegas (fls. 14 a 15 v.) no lo hubieran llamado diciéndole "Alfonso".

Estos factores que señalan una mayor peligrosidad del procesado hacen pertinente que la pena mínima que le corresponde según lo preceptuado en los artículos 362 y 28 del Código Penal, o sea la de treinta y dos (32) meses de presidio, sea aumentada en dieciseis (16) meses, lo cual da un total de cuatro años de presidio, que es la que debe imponerse a Guillermo Salazar Ospina.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, INVALIDA el fallo materia del recurso de casación, en cuanto impuso al reo Guillermo Salazar Ospina la pena de ocho (8) años de presidio, y, en su lugar, se le condena a la de cuatro (4) años de presidio.

En lo demás rige el fallo del Tribunal Superior de Ibagué.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Primitivo Vergara Crespo. — **Humberto Barrera Domínguez.** — **Simón Montero Torres.** — **Gustavo Rendón Gaviria.** — **Julio Roncallo Acosta.**— **Angel Martín Vásquez A.** — **Pioquinto León L.**, Secretario.

NO PROSPERAN LOS CARGOS FORMULADOS CONTRA LA SENTENCIA QUE CONDENO POR HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO A UN AGENTE SECRETO

1.—Si en la parte resolutiva de un auto de proceder no susceptible de ulterior modificación, se incurre en error relativo a la denominación jurídica del delito, por no determinar el género del mismo con el nombre que la ley sustantiva le asigna en el respectivo título o capítulo, según el caso, es claro que surge la causal de nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

2.—No debe perderse de vista que tratándose de un juicio con intervención de jurados, es éste quien en definitiva califica los elementos integrantes del delito en su doble aspecto, y por tanto, si el veredicto no se declarara contraevidente, la sentencia no puede menos de acomodarse a lo resuelto por el Tribunal Popular.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL—Bogotá, diez y nueve de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Mediante sentencia del dos de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, el Juzgado 5º Superior de Medellín condenó a JOSE MARIO MARTINEZ SALAZAR, como responsable de los delitos de homicidio y abuso de autoridad, en la siguiente forma: por el delito de homicidio, cometido en la persona de Lino Antonio Ramírez Botero, se le impuso la pena principal de ocho (8) años de presidio; y por el abuso de autoridad se le privó "del empleo que desempeñaba cuando cometió la infracción", y se le obliga a" pagar en favor del Tesoro Nacional, por vía de multa, la suma de diez pesos ($ 10.oo) m. l.". Además se le condenó a las correspondientes penas accesorias.

La anterior resolución fue plenamente confirmada por el Tribunal Superior de la ciudad nombrada mediante fallo proferido el 7 de marzo de mil novecientos sesenta, contra el cual interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación el procesado. Presentada la respectiva demanda dentro del término legal, oída la respuesta del Ministerio Público y agotado, en suma, el trámite propio del asunto, procede la Corte a decidir sobre el referido recurso.

HECHOS

Conformándose a la realidad procesal, el Tribunal de instancia expone los hechos así:

"La señorita celadora de la fábrica de productos de cabuya, "Incerdas" situada en la carrera 45 cruce con la calle 71-A de esta ciudad sintió en la madrugada del veinticinco de julio de mil novecientos cincuenta y seis ruidos sospechosos y como presumiera que se trataba de ladrones se comunicó con las dependencias del Sic de esta ciudad de donde salió el jefe de la oficina técnica y encargado del servicio nocturno, señor Jor Guillermo Restrepo R., conduciendo la celular Nº M. 9 y acompañado de los agentes secretos de 3ª categoría Alfonso Cirlaco Tijerino Uribe y José Mario Martínez Salazar, distinguidos respectivamente con las placas 1219 y 1537. Inspeccionaron la fábrica y como nada anormal encontraran dieron la vuelta por los alrededores divisando por la misma calle y con destino a la carrera 45 dos ciudadanos que subían portando uno un saco o costal y otro una caja; acercaron los detectives y bajaron de él arma en mano y como los vian-

dantes emprendieron la fuga fueron seguidos de cerca por los agentes. El agente Martínez hizo varios disparos logrando lesionar a quien posteriormente fue identificado como Lino Antonio Ramírez Botero, individuo de unos sesenta años de edad y quien horas después falleció en la Policlínica de la ciudad; su compañero fue reconocido en la misma oficina y resultó ser Prodicio Ramírez, hijo del anterior, humildes campesinos que a la hora dicha (4 a. m.) se dirigían a la plaza de mercado de la ciudad para comprar legumbres para la reventa". (Fls. 277 y 278 del cuaderno 1º).

LA DEMANDA

Para impugnar el fallo recurrido el demandante invoca las causales cuarta y primera del artículo 567 del C. de P. P.

Causal cuarta.—Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Afirma el impugnador que la sentencia acusada es casable con fundamento en la causal citada por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 198 del C. de P. P. En desarrollo de su tesis sostiene que el procesado "no llegaba al delito por voluntad propia, con conciencia plena e intención dirigida a la eliminación del señor Ramírez sino con fundadas razones creía estaba actuando frente a un antisocial y su juzgamiento por lo mismo debió hacerse sobre esta base incuestionable". Arguye a continuación que la responsabilidad se afirmó en un homicidio intencional o de propósito, "hecho que obliga a estudiar si en realidad era compatible con lo ocurrido la mencionada imputación". Seguidamente se refiere a los elementos constitutivos del homicidio, conforme al artículo 362 del C. P., haciendo énfasis en el elemento subjetivo, para deducir "que es importante de consiguiente puntualizar el concepto del acto voluntario y de la volición racional a fin de establecer si puede darse por existente el factor propósito como integrante de un homicidio voluntario en el caso de que me ocupo, porque sabido es, que sean cuales fueren las circunstancias en que se dice Martínez le disparó a Ramírez, la intención de éste no fue la de eliminar concretamente a quien resultó muerto sino a un ladrón para cuya persecución había sido requerido por la celadora de la fábrica".

Para sostener que el procesado no tuvo intención de matar a la víctima de autos, el demandante argumenta de la manera siguiente.

"En el presente caso se ha dado por sentado que el acto voluntario de Martínez se procede de alguna forma de conocimiento para llamar al homicidio de propósito lo que es absurdo, pues las constancias probatorias nos demuestran por qué y cómo llegó al lugar de los hechos: no hubo para el homicidio de Ramírez el proceso de la volición racional; cómo podría hablarse que hubo concentración de la personalidad de Martínez en torno al objeto ofrecido que era el señor Lino Antonio Ramírez?, cómo sostenerse que hubo diferenciación, o sea momento de lucha, de ideas o de afectos, en el campo de la conciencia que incitaron la voluntad de mi acudido a la muerte de Ramírez? y por último cómo se podría hablar de determinación o resolución, mediante la cual se puso en movimiento por Martínez como cierre de su ciclo volitivo, una actividad orgánica para producir la muerte, según se afirma, de una persona que ni siquiera tenía nociones que existiera? Estriba en esto precisamente la enorme dificultad de hablar de un homicidio intencional porque el imputado no sabía que el señor Ramírez anduviera por los contornos de la fábrica, ni le conocía; él por el contrario sí tenía conciencia de que por allí estaban rondando los ladrones porque de ellos ya había sido prevenido y su actividad y su conducta en esa madrugada estaba orientada por una conciencia que le indicaba la amenaza de los escaladores y le señalaba su obligación de capturarlos; entonces si se acepta que intencionalmente actuó; en la forma como se ha sostenido contra un ladrón, sea cual fuere la explicación que él dé de su acto no podemos hablar de un homicidio de propósito sino que indudablemente tiene que aceptarse la existencia de un error en la persona.

"El artículo 14 del Código Penal dice: "Cuando por error o accidente se cometa un delito en persona distinta de aquella contra la cual se dirigía la acción, no se apreciarán las circunstancias que se deriven de la calidad del ofendido o perjudicado, pero sí las que se habrían tenido en cuenta si el delito se hubiese cometido en la persona contra quien se dirigía la acción".

"Si el señor Juez de la causa en el auto de proceder contra el que se arguyó oportunamente el error relativo a la denominación jurídica tiene

presente las circunstancias previstas en el artículo 14 citado, y así se llega al jurado, otra hubiera sido seguramente la suerte de mi poderdante, por eso al confirmar el Tribunal sentencia condenatoria del Juzgado ha hecho casable su providencia ya que se dictó en un juicio viciado de nulidad.

"Aceptando en gracia de discusión que Martínez disparó, lo cierto es que lo pudo hacer para la persona de un ladrón y no la del señor Ramírez, siendo natural que este importantísimo hecho se hubiera tenido presente en el auto de enjuiciamiento contra el cual se arguyó el error relativo a la denominacin jurídica de la infracción". (Fls. 15 a 16 cuad. 2º)".

Causal primera.—Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Con el ánimo de sustentarla, el demandante se limita a expresar: "Por lo anterior considero que es procedente también invocar subsidiariamente como causal de casación la 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal porque hubo una interpretación errónea del artículo 362 del Código Penal que se fundamenta en lo que anteriormente he consignado". Y termina solicitando que, conforme al ordinal b) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, se case la sentencia impugnada y se ordene reponer el procedimiento a partir del auto de enjuiciamiento, inclusive.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal formula una atinada crítica a los argumentos con que el demandante pretente sustentar las causales invocadas, concluyendo, con toda lógica, que ambas carecen de fundamento y deben ser, por lo tanto, rechazadas.

A la aludida respuesta pertenecen los siguientes conceptos, referentes al primer cargo, o sea el error relativo a la denominación jurídica de la infracción:

"Con los planteamientos hechos en la demanda, a fin de que se admita que la sentencia acusada se dictó en un juicio viciado de nulidad, equivocadamente se pretende que esa Superioridad, sin tener facultad legal para ello, reviva el debate relativo a la apreciación ya hecha, en las instancias del proceso, de las pruebas que componen los autos, debate el cual culminó con el acertado pronunciamiento de un fallo fundamentado en un veredicto condenatorio que encuentra amplio y racional respaldo en la realidad procesal".

"Pero a pesar de no ser de recibo tales planteamientos, y de no ser tampoco posible que la H. Corte —por haber alegado el recurrente un quebrantamiento de la ley procedimental, derivado de un supuesto error en la denominación jurídica del delito de homicidio a que se refiere el expediente— se convierta en un Tribunal de instancia que, como tal, esté en la obligación de demostrar que el acusado definitivamente sí es responsable de un homicidio voluntario, no sobra recordar aquí, con el objeto de poner de presente la falta de fundamento de la causal a que se acude, que aún en el supuesto de que la víctima de autos hubiera sido efectivamente un ladrón, o al darse cuenta de la presencia de la autoridad emprendió precipitada carrera y desatendió las voces de "alto" que el acusado como autoridad lanzó, circunstancia ninguna pudo autorizar a éste último para disparar como disparó su revólver contra el infortunado Ramírez Botero, con manifiesto ánimo de matar, como que Ramírez Botero le daba la espalda y por eso mismo pudo ser herido en una región noble de su cuerpo".

"Para poner punto final a la réplica hecha a los argumentos ofrecidos por el recurrente en torno al error que denuncia, agregamos que siendo cierto como es que circunstancia alguna, de las que rodearon el hecho cometido por el acusado, facultaba a éste, como autoridad que era, para dar muerte al inocente y desprevenido trabajador que al amanecer del día de autos encontró en una calle cercana a la fábrica de productos de cabuya "Incerdas", es, entonces, indiscutiblemente voluntaria y criminosa la actividad cumplida por Martínez Salazar, por cuyo motivo resulta indiferente el supuesto error en que —se dice— incurrió con relación a la calidad de la persona contra la cual disparó su revólver, pues, como lo enseña esa H. Corte 'No significa nada respecto del cuerpo del delito de homicidio la circunstancia de la agresión con arma de fuego contra una persona y el resultado por este hecho, de la muerte de otra, pues el homicidio se produce y es imputable y se caracteriza como figura delictuosa así el hecho que lo causa recaiga sobre persona determinada, como víctima de un temano de una agresión, o recaiga casualmente sobre otra. El objeto del delito de homicidio es el hombre, y no éste o aquel hombre determinado'. (Casación del 17 de nov. de 1937, G. J. Tomo XLVI, pág. 75)".

"Está por demás hacer otro comentario. Por consiguiente, al apoyarnos en lo anteriormente expuesto, podemos concluir que uno y otro de los elementos constitutivos del delito de homicidio simplemente voluntario, en razón del cual fue llamado a responder en juicio y fue condenado posteriormente el procesado José Mario Martínez Salazar, aparecen plenamente demostrados en el expediente, habiendo sido, por lo mismo, acertada y legal la calificación jurídica que en las instancias se le dió al hecho de muerte de que fue sujeto pasivo Lino Antonio Ramírez Botero".

SE CONSIDERA:

En el auto de proceder del diez de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho, proferido en este proceso por el Juzgado Quinto Superior de Medellín, luégo de analizarse en la parte motiva las pruebas demostrativas de los elementos objetivo y subjetivo del delito, se llamó a responder en juicio criminal a José Mario Martínez Salazar, por el delito de homicidio cometido en la persona de Lino Antonio Ramírez Botero, infracción prevista y sancionada "en el Cap. I Título XV, Libro II del C. Penal"

En la misma providencia se le llamó a responder en juicio por el delito de abuso de autoridad, "que define y pena el Cap. VI, Tít. III, Lib. II del C. Penal". Vale decir, que dicho auto se ajustó a las normas previstas en el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal.

Si en la parte resolutiva del auto de proceder, no susceptible de ulterior modificación, se incurre en error relativo a la denominación jurídica del delito, por no determinar el género del mismo con el nombre que la ley sustantiva le asigna en el respectivo título o capítulo, según el caso, es claro que surge la causal de nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 198 del C. de P. P. Pero si el delito (homicidio, en el caso de autos) se halla precisamente determinado dentro del Capítulo I, Título XV, Libro II, es obvio que la nulidad invocada no puede deducirse de la aplicación de un precepto legal por ser aquella inexistente. Carece, pues, de fundamento la afirmación de la demanda en el sentido de que en el caso sub-judice se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, y, por tanto la causal cuarta, apoyada en el motivo apuntado, no puede prosperar.

En cuanto al "error in persona" de que habla el demandante, es preciso recordar lo que al respecto y en casos similares al presente ha dicho la Corte:

"En la **aberratio delicti** o en la **aberratio ictus** los elementos estructurales del delito siempre son los mismos. Los factores objetivo y subjetivo que caracterizan el delito no desaparecen ni se menoscaban por la circunstancia de que por un error del agente activo, la víctima del delito no sea la misma contra la cual se tuvo la intención de cometer el hecho prohibido por la ley.

"La **aberratio delicti** no destruye la esencia misma del delito resultante por causa del error del agente, pues en esos casos se está siempre en presencia de un hecho que reune todos los elementos de la infracción penal: sujeto, objeto, acción y daño. Porque en el homicidio y en las lesiones personales, el objeto material del ilícito y a su vez el sujeto pasivo del mismo, es siempre un hombre, y no este hombre determinado en vez de aquel otro a quien se dirigía la acción física del agresor".

Por lo demás, no debe perderse de vista que tratándose en el presente caso de un juicio con intervención del jurado, fue éste el que en definitiva —como debía ser— calificó los elementos integrantes del delito en su doble aspecto, y por tanto, no habiéndose declarado contravidente el veredicto del Jurí, la sentencia no podía menos de acomodarse a lo resuelto por el Tribunal popular. Luego el fallo del Tribunal, al aplicar el artículo 362 del Código Penal, no incurrió en violación alguna de la ley penal sustantiva, y, en consecuencia, la causal primera, invocada subsidiariamente, tampoco prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de la Procuraduría y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia acusada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitiva Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León, Secretario.

NO PROSPERAN LOS CARGOS, FORMULADOS CON INVOCACION DE LA CAUSAL CUARTA DE CASACION, CONTRA LA SENTENCIA QUE CONDENO POR HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO A UNA MUJER QUE DIO MUERTE A SU AMANTE

1.—De acuerdo con el artículo 378 del Código de Procedimiento Penal, los cargos en el proceso son facultativos. De ahí que si se prescinde de ellos, ni siquiera se incurre en una simple informalidad.

2.—El artículo 306 del Código de Procedimiento Penal establece que sin la práctica de la autopsia no se inhumará el cadáver. En el caso de autos, éste fue sepultado sin haberlo sometido previamente a la respectiva autopsia, circunstancia que, como es racional, no constituye nulidad de ninguna especie sino una simple irregularidad, muy lejos de afectar las formas del juicio como se pretende. Ni era el caso, para la época en que se notó la deficiencia, ordenar la exhumación y autopsia, pues resultaba inútil dado el tiempo transcurrido desde el fallecimiento de la víctima del delito.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, veinte de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 24 de agosto del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil condenó a la señora María del Carmen Galeano, como responsable del delito de homicidio en el señor Cenón Lara Monroy, a la pena de ocho años de presidio y accesorias del caso.

ANTECEDENTES:

Conforme a las pruebas recogidas en el proceso, se tiene que en la noche del 1º de marzo de 1958 el señor Cenón Lara estuvo entregado a la ingestión de licor dentro de la tienda del señor Antonio Chaverra, ubicada en la zona de tolerancia que existe en la Inspección Departamental de policía de Cimitarra, en el Municipio de Vélez, lugar al que llegó, en torno a las cinco de la mañana del dos, la señora María del Carmen Galeano, mujer con quien vivía desde hacía unos diez y nueve años, con el fin de solicitarle que se fuera para la casa, solicitud que Lara Monroy rechazó aludiendo a que disponía de otra mujer que se proponía llevar a la misma casa donde habitaban, por cuya razón los dos amantes se trabaron en disputa y terminaron por acometerse mutuamente con el resultado de que doña María del Carmen, por medio de una cuchillada, le causó la muerte a su contendor, el predicho Lara Monroy.

CALIFICACION DE LOS HECHOS

El Juzgado 2º Superior del Socorro, mediante auto del 17 de septiembre de 1958, el cual quedó ejecutoriado allí mismo, llamó a juicio, por el delito de homicidio en la persona del señor Cenón Lara Monroy, a la citada señora María del Carmen Galeano, especificando, dentro de la parte motiva de esa providencia, que revestía el carácter de simplemente voluntario y así vino a proponerse al Jurado, en su debida oportunidad,

el siguiente cuestionario que se copia a continuación junto con la respuesta a que dio lugar y que fue unánime:

"CUESTION UNICA—¿La procesada María del Carmen Galeano es responsable de haber dado muerte a Cenón Lara Monroy por medio de las lesiones descritas en la diligencia de levantamiento y reconocimiento del cadáver leíble al folio 2, y en su ejecución obró la procesada con el propósito de matar, hecho cometido como a las cinco de la mañana del día dos de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho, en la cantina de Antonio Chaverra del Corregimiento de Cimitarra, de la comprensión municipal de Vélez?".

"Respuesta: 'SI'".

Este veredicto lo acogió el Juzgado en sentencia del 17 de junio de 1959, donde se condenó a la señora María del Carmen Galeano a la pena de ocho años de presidio y accesorias correspondientes, fallo que confirmó el Tribunal Superior de San Gil en el suyo del 24 de agosto del año pasado y que es materia del recurso que se examina.

DEMANDA DE CASACION

En la demanda, elaborada conforme a las prescripciones del artículo 531 del C. J el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca como única causal la prevista en el ordinal 4º del artículo 567 del C. de P. P., formulando al fallo acusado los cargos que a continuación se expresan:

a) Violación del artículo 370 del C. de P. P. "por no haberse practicado los careos de rigor entre los testigos de cargo y el procesado;

b) Violación del artículo 203 ibidem "porque el Tribunal dio un valor probatorio que no tiene a la prueba de cargo recaudada en el proceso";

c) Violación del artículo 104 de la citada obra "porque a la procesada no se le nombró apoderado que la asistiera en la etapa sumarial";

d) Violación de las formas del juicio por no haberse practicado las pruebas ordenadas en el auto del 12 de mayo de 1958, visible al folio 18 del cuaderno principal, las cuales "hubieran mejorado la situación jurídica de la procesada";

e) Violación del artículo 166 del predicho Código a virtud de que la sentencia de segunda instancia se notificó a la procesada "transcurridos más de cinco días desde el pronunciamiento y se omitió su publicación por edicto", circunstancias "que inciden en violación del artículo 26 de la Constitución Nacional";

f) Violación de los artículos 356, 255, 306 y 308 del C. de P. P., en orden a que no se verificaron "con urgencia las citas que hizo la procesada", y se dispuso la exhumación del cadáver del señor Lara Monroy, "sin haberse practicado la autopsia de rigor";

g) Violación del artículo 204 del C. de P. P. "puesto que a la prueba testimonial recaudada al informativo se le dio un valor que no tiene para fundar el auto de vocación a juicio, con el cual se llevó la convicción errada a los jueces de conciencia sobre la responsabilidad de la procesada. La duda ha debido aceptarse a su favor y dictar un sobreseimiento de (sic) 436 del C. de P. P. para que se practicaran las pruebas que faltaban para el perfeccionamiento de la investigación y la correcta y legal ubicación de la responsabilidad de la procesada; y,

h) Violación de la Ley 4ª de 1943, "que ordena someter a la consideración del Jurado un cuestionario que sea un resumen de las modalidades del delito, de acuerdo con las constancias procesales, que en el caso de autos, son las circunstancias aminorativas de la responsabilidad consagradas en el artículo 28 y el artículo 12 de la misma obra".

El recurrente manifiesta que las anteriores "informalidades de carácter procedimental" constituyen "inobservancia a la plenitud de las formas propias del juicio penal a que fue sometida María del Carmen Galeano", lo que indica que se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, y así resulta que el juicio quedó viciado de nulidad.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, luego de un cuidadoso estudio de la demanda de casación en orden a la causal que se invoca como única, la cual examina conforme a cada uno de los cargos que con fundamento en ella se hacen al fallo acusado, pide que no se case ese fallo.

SE CONSIDERA:

La señora María del Carmen Galeano, al entrar a rendir indagatoria, según consta en la respectiva acta contentiva de esa diligencia, fue "informada del derecho que tiene de nombrar un

apoderado" y al efecto designó al señor Gil María Maléus, quien la asistió en ese acto del proceso. Por lo tanto, contra lo que supone el recurrente, no se violó el artículo 104 del C. de P. P.

De acuerdo con el artículo 376 del C. de P. P. los careos en el proceso, son facultativos. De ahí que, si se prescinde de ellos, ni siquiera se incurre en una simple informalidad.

La real o supuesta violación de los artículos 203, 204 y 255 de la citada obra no es materia de la causal 4ª de casación sino de la 2ª, la cual en general, es improcedente en los juicios que se deciden con la intervención del Jurado. Respecto a la presunta violación del artículo 436, apenas cabe observar que éste es un tema de discusión en las instancias, particularmente en la calificación del sumario.

En el auto de 12 de mayo de 1958 se ordenó incorporar al expediente la autopsia "que debió practicarse en el cadáver de Cenón Lara Monroy", y en caso de que no se hubiera llevado a efecto esa diligencia, hacer que los peritos Antonio Gutiérrez y Luis Uribe, que actuaron en el levantamiento del cadáver, "Amplíen su dictamen" para indicar con precisión la clase de lesión que sufrió Lara Monroy, lugar del cuerpo donde le fue causada, arma empleada y si "fue la causa determinante del fallecimiento". De otra parte se dispuso reponer la declaración del señor Rafael Restrepo, "por no estar firmada por el Secretario", y evacuar las citas a Eusebio Viana, Jesús Rojas y Elvira N.

El cadáver del señor Lara Monroy, para la fecha del auto del 12 de mayo, no había sido sometido a autopsia, y entonces no era posible que se agregara esa diligencia al proceso. En ese auto, por lo demás, no era del caso ordenar la dicha autopsia, puesto que era algo que resultaba inútil en atención al tiempo transcurrido desde la muerte de Lara Monroy.

La ampliación del dictamen de los peritos que intervinieron en la diligencia del levantamiento del cadáver no era, en esencia, necesaria, en primer lugar, porque los señores Antonio Gutiérrez y Luis Uribe, en la citada diligencia, manifestaron, que en su concepto, la herida que encontraron en el cadáver del señor Lara Monroy "fue la que le originó la muerte", hecho que ratifican todos los testigos de que se ocupa el proceso, los cuales dan cuenta, de otro lado, que la lesión mortal la produjo la acusada por medio de un cuchillo.

La declaración del señor Rafael Restrepo obra a los folios 7, 7 v. y 8 del primer cuaderno del expediente. Aparece firmada por el señor Ricardo Aristizábal como Secretario ad-hoc, lo que tanto significa que no procedía ordenar su reposición, como se dispuso en el auto del 12 de mayo, en verdad, a consecuencia de un simple descuido.

El señor Marco A. Velásquez, en la declaración que se le recibió, manifestó que a la tienda del señor Antonio Chaverra, lugar de los sucesos, llegó con el señor Eusebio Viana y allí, en su compañía, se había tomado una cerveza. Por su parte el expresado señor Rafael Restrepo, también en su declaración, adujo que en los momentos en que llegó a la tienda del señor Chaverra la procesada Galeano se encontraba en ella, con otras mujeres, una tal Elvira, anotación a la que no agregó ninguna otra cosa. En estas condiciones bien se comprende que las citas formuladas al señor Viana y a la tal Elvira carecieron de significado especial y, entonces resulta cuando menos exagerado pretender que de haber sido evacuadas la situación de la acusada habría variado, aspecto para cuya demostración el recurrente no aporta ningún argumento ni consideración.

El señor Jesús Rojas fue citado por la acusada señora Galeano, dentro de su indagatoria, para que diera cuenta de su conducta anterior, la cual resulta abonada como buena a través de varios testimonios.

De manera, que, conforme a las razones expuestas, las pruebas a que se contrae el auto del 12 de mayo, en rigor, carecían de objeto, en orden a que los hechos a que ellas podían referirse, ya aparecían aclarados a través de otros diversos y valiosos elementos de juicio, los cuales jamás fueron objetados. En estos términos, resulta cuando menos exagerado pretender, como lo sostiene el recurrente sin aportar en favor de su enunciado ningún argumento encaminado a justificarlo, que de haber sido practicadas, ellas "hubieran mejorado la situación jurídica de la procesada".

La sentencia de segunda instancia, dictada con respecto a la señora María del Carmen Galeano, se notificó personalmente a cada una de las partes que intervenían en el proceso, según se desprende de las constancias que figuran a los folios 13 v. y 14 v. del cuaderno 2º, y entonces carecía de objeto hacer la misma notificación por medio

del edicto a que se refiere el artículo 166 del C. de P. P.

Si se tiene en cuenta la actuación que se desarrolló para investigar los hechos en que perdió la vida el señor Lara Monroy, fácilmente se echa de ver que el funcionario instructor en modo alguno limitó a la procesada el derecho de hacer constar cuanto tuviera a bien para sus descargos o para la explicación de los sucesos en que se comprometió. No existió, por este aspecto, violación del artículo 356 del C. de P. P. Tampoco se quebrantó esa norma en cuanto a evacuación de citas, ya que, en lo que fue posible, se recibió declaración a todas las personas que presenciaron los acontecimientos, las cuales, en verdad, fueron numerosas.

El artículo 306 ibidem establece que sin la práctica de la autopsia, "no se inhumará el cadáver". En el caso de autos el cadáver del señor Lara Monroy fue sepultado sin previamente haberlo sometido a la respectiva autopsia, circunstancia que, como es racional, no constituye nulidad de ninguna especie sino una simple irregularidad, muy lejos de afectar las formas del juicio, como lo pretende el recurrente.

El señor Lara Monroy, según se desprende de lo que aparece en el acta contentiva de la diligencia del levantamiento de su cadáver, fue trasladado de la tienda del señor Antonio Chaverra, donde recibió la herida mortal, al hospital de Cimitarra, lo que quiere decir que se hizo lo que era posible para dar cumplimiento al artículo 308 del C. de P. P.

El auto de proceder que se profirió contra la señora María del Carmen Galeano fue por homicidio simplemente voluntario, ya que en su motivación aparece que expresamente se desechó cualquier modalidad que pudiera agravar o atenuar específicamente la responsabilidad del acusado, y entonces el cuestionario para someter al Jurado tenía que redactarse, como evidentemente ocurrió, dentro de esas condiciones, sin que se pudiera preguntar, como se sostiene en la demanda, respecto al atenuante de que trata el artículo 28 del C. de P. P.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso estudiado en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez.—Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pisciano León L., Secretario.

A CAUSA DE ERRORES EN LA INTERPRETACION DE LOS HECHOS, SE INVALIDA LA SENTENCIA QUE CONDENO POR DELITO DE HOMICIDIO AL ACUSADO, Y EN SU LUGAR SE LE ABSUELVE

Naturaleza jurídica de la legítima defensa subjetiva

1.—La confesión simple y escueta en materia criminal no viene a ser otra cosa que el reconocimiento de una determinada responsabilidad de quien la hace, aceptando ser el autor de un delito. Es, pues, la aceptación de un hecho personal y propio del confesante que puede dar lugar a un reproche de carácter penal a éste. Pero puede acontecer, y acontece con frecuencia, que a la aceptación de los hechos que perjudican a quien confiesa, al propio tiempo se agregue una modalidad favorable que constituya una excusa. Esta es la confesión que toma la denominación de calificada, que en último término no es sino la disculpa de una acción imputada, pero no punible, porque a ella tiende la disculpa.

2.—La presencia en un proceso penal de una confesión calificada, esto es, aquella en que se aceptan hechos que perjudican a quien confiesa y al propio tiempo se agrega una modalidad favorable que constituye una excusa, trae como consecuencia el que se discuta en el proceso sobre su divisibilidad o indivisibilidad, o lo que es lo mismo, si se acepta tanto en lo que perjudica y favorece al confesante, o por el contrario, sólo en lo perjudicial, desechando lo que pueda favorecerlo. Aquel primer aspecto es el que prevalece en materia criminal cuando a la modalidad agregada favorable nada la contradice. Y ello obedece, aparte de un sentido de indudable equidad, a que psicológicamente nadie conoce mejor un hecho que quien lo ha ejecutado. Si, pues, lo acepta y ratifica su ejecución, pero agrega algo que modifica sus consecuencias, debe aceptársele, siempre que por lo menos sea verosímil y esta verosimilitud encuentra amplio respaldo en el proceso.

3.—Puede suceder que la prueba integral de la responsabilidad esté tan concretamente establecida que la confesión calificada de nada sirva para modificar la responsabilidad, porque pesa de tal manera sobre el delincuente que impide el que pueda creérsele en la versión favorable a sus intereses personales, pero en total desconcierto con los demás elementos recogidos durante la investigación que comprometen su conducta.

4.—La confesión calificada carece de importancia cuando el acervo probatorio gravita íntegro contra el procesado, sin medios ningunos para eludir la fuerza de convicción que surge del proceso. Pero cuando no ocurre así, cuando la prueba da margen a la duda, cuando surgen oscilaciones o vacíos en la prueba de cargos que permitan discrepancias en materias fundamentales que se rozan con la responsabilidad o no responsabilidad, entonces la confesión calificada puede recuperar su fundamental importancia, ya que entonces resulta cierto lo que la doctrina admite, en el sentido de que tal clase de confesión actúa y sirve para los menesteres de la justicia cuando quiera que ésta se encuentre en circunstancias dudosas y exista manifiesta deficiencia probatoria.

5.—La legítima defensa subjetiva e putativa no viene a ser otra cosa que el miedo o el ómor producido por un peligro imaginario o aparente que el sujeto exagera por la exaltación psíquica que padece en el momento de obrar. Esa aparente proporcionalidad entre la agresión que se espera y la reacción con que se rechaza, es lo que le otorga a la legítima defensa putativa la subjetividad que coloca la acción dentro de los presupuestos necesarios para la irreprochabilidad penal de la conducta, con base en un error de hecho esencial, que por no provenir de negligencia, indica que el agente obra non contra jus, esto es, sin antijeridicidad, como quiera que está comprendida dentro del marco legal que el Código Penal establece en el ordinal 2º del artículo 23.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, abril veinte de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.)

VISTOS:

Corresponde a la Corte entrar a decidir el recurso de casación interpuesto por medio de apoderado contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en virtud de la cual revocó la del Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, absolutoria de Fabio Giraldo Osorio, acusado de homicidio en la persona de Luis Evelio Bedoya Vásquez y en su lugar condenó a aquél a la pena principal de treinta y dos (32) meses de presidio, junto con las incorporales correspondientes.

Se han cumplido los trámites de rigor y por ello ha llegado el momento de decidir.

HECHOS

La relación más fiel de los hechos, es como sigue:

"En la madrugada del día treinta de mayo de 1959 se encontraban de farra, ingiriendo licores embriagantes los señores Luis Bedoya, Tiberio Salazar, juntos, y de otro lado y en partes distintas Fabio Giraldo y Nelson Chica. Más o menos a las tres de la mañana dichos ciudadanos se encontraron en la cantina de Angel Cano, situada en la Calle Plana, en donde Bedoya le dijo a Fabio Giraldo que jugaran a cara y sello, a lo cual respondió Giraldo que él no jugaba, que más bien le pagara quince pesos que le debía, cosa que respondió Bedoya diciendo que no le debía nada 'gran hijueputa', expresión que no gustó a Giraldo y le dijo a Bedoya que no lo tratara así, respondiendo éste que si no le gustaba que saliera para afuera. Con este desafío Giraldo cogió un taburete y todos se salieron para la calle en donde resultaron todos tirándose piedra, lance en el cual llevó la peor parte Giraldo, al cual Bedoya hizo salir corriendo a piedra y lo hizo caer en un zanjón. Terminado esto Bedoya se volvió diciendo: 'no tener un arma para matar a este hijueputa...', con lo cual terminó el incidente. Bedoya salió para las galerías y allí se entró con Tiberio Salazar al café o cantina de Libardo Duque, en donde se pusieron a tomar unas cervezas. Más o menos a las cinco de la mañana llegó a la puerta de tal establecimiento Fabio Giraldo, el cual en forma rápida, disparó varios tiros de revólver sobre Bedoya, el cual cayó inmediatamente al suelo, con dos heridas de bala en la cabeza. Giraldo se fugó en el acto, y Bedoya conducido al hospital, falleció pocos instantes después, de resultas de las heridas recibidas".

DEMANDA

El abogado de la parte recurrente, doctor Jorge Pinzón Urdaneta, impugna la sentencia del Tribunal con base en la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P. El libelo reúne los requisitos de fondo y forma que son propios del recurso.

Para sustentar la causal invocada, el recurrente aduce como argumento principal que el Tribunal al condenar a Giraldo Osorio, revocando la absolución decretada por el Juez a-quo "cometió una errada interpretación o apreciación de los hechos, pues en la sentencia se le atribuyó un valor probatorio que no tienen, siendo elementos eximentes de la responsabilidad del autor".

Esta parte de la impugnación la destina a refutar la apreciación equivocada del testimonio del propietario del café o cantina en donde se desarrollaron los hechos que culminaron con la muerte de Bedoya, después de transcurrido el primer episodio en que tomaron parte los pro-

tagonistas, ocurrido pocas horas antes en otro lugar de la ciudad de Salamina, señor Libardo Duque. Dice al respecto que sus condiciones personales, su ancianidad y las circunstancias de encontrarse en sus quehaceres de propietario del establecimiento, atendiendo a su clientela en esas horas del amanecer, no eran las más propicias para mantener una atención que le permitiera darse cuenta de un episodio que tuvo un rápido desencadenamiento. Afirma al efecto:

"Era natural que Libardo Duque estuviera entretenido en sus oficios propios del cargo que desempeñaba, cuando llegó Fabio Giraldo. Dice este testigo (se refiere a Duque) que a las cinco pasadas entró a su cantina Fabio Giraldo portando un revólver en la mano, pero no anota en qué punto preciso de la cantina vio por primera vez a Giraldo. Seguramente cuando lo vio ya había hecho el intento de sacar arma Luis Bedoya y había dicho: 'Ve cómo volvió este hijueputa' y Fabio Giraldo había sacado el revólver y lo tenía en la mano, pues estos hechos sucedieron en un segundo. Es posible que el cantinero no haya oído las frases que profirió Bedoya y que su declaración sea sincera y no verídica. El estudio del testimonio se reduce a indagar la sinceridad del testigo y la veracidad de su declaración. La sinceridad y veracidad no son términos sinónimos. La primera tiene un valor puramente subjetivo, es una actitud psicológica, una tendencia a decir lo que se sabe y lo que se piensa. La segunda se refiere a la exacta correspondencia entre el estado subjetivo y la realidad objetiva; de tal suerte, que se puede ser sincero y al propio tiempo no verídico".

En segundo término el recurrente critica también la forma como el Tribunal de instancia apreció, sin reconocerle el valor probatorio que tiene, el testimonio de Néstor Hurtado. Afirma al respecto:

"El H. Tribunal no le da credibilidad al dicho del testigo Néstor Hurtado, es decir, le negó el valor probatorio que tiene, siendo elemento eximente de responsabilidad del autor. Se apreció o interpretó equivocadamente ese testimonio" y hace, en seguida, una amplia y detallada refutación de la manera como procedió el Tribunal, haciendo críticas al fundamento que lo guió a desconocer valor probatorio al dicho de un testigo joven, en contraposición con la ancianidad de Duque, "de reconocida honorabilidad, sin vínculos con las partes, el cual ocupa un alto cargo público en la población de Salamina, hombre sin vicios, virtuoso, profundamente religioso y considerado por la sociedad como un santo", son sus propias palabras. Y agrega: "Se acababa de levantar y por lo tanto su mente estaba desdejada después del sueño reparador de la noche, sus cinco sentidos debido a su juventud y su sana vida, le permitían captar mejor que cualquier otra persona, todos los detalles sobre el caso de autos. Rindió su declaración espontáneamente, porque consideraba un deber de conciencia ante Dios y ante la sociedad, deponer lo que había visto y oído, con el único fin de evitar una tremenda injusticia".

La última parte la destina la demanda a hacer un análisis sobre la confesión cualificada del procesado y a impugnar la forma como el Tribunal consideró este elemento de juicio, negándole a las circunstancias excusantes que el confesante invoca todo el valor probatorio que contienen, para dividirla en forma de no tener en cuenta como prueba de convicción más que la parte en donde Giraldo Osorio reconoce ser el autor del homicidio en la persona de Bedoya, pero desconociéndole la modalidad favorable que introduce al afirmar que obró dentro de condiciones que perfilan una legítima defensa de índole subjetiva, por el temor y el miedo que embargaban el ánimo del homicida en el momento de cumplirse el segundo episodio entre los protagonistas, culminante del encuentro anterior, en el que Giraldo llevó la peor parte.

Hace un análisis de lo afirmado por Giraldo en su indagatoria y lo compara con otras pruebas del proceso, entre ellas con el testimonio de Néstor Hurtado, el principal soporte de la defensa, para concluir después de citar varias doctrinas de la Corte sobre la apreciabilidad probatoria de la confesión calificada y una breve reseña sobre la personalidad peligrosa del occiso Bedoya, de la siguiente manera, citando nuevamente a la Corte:

"La invocación de la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P., implica el estudio completo de los elementos que obran en el proceso: de allí que se haya dicho que al considerar esa causal la Corte en casación asume funciones de Tribunal de instancia. Se asemeja apenas, pero sin convertirse realmente en una tercera instancia. Porque la casación es un juicio contra la

sentencia. Si el ataque de ella, o su construcción jurídica resulta comprobado, la sentencia cae y debe reemplazarse por la que corresponda".

Aduce la demanda como textos legales infringidos los arts. 224, 203, 255, 204 y 216 del Código de Procedimiento Penal y artículos 24 y 25 del C. P. Como fundamento de derecho cita los artículos 563, 567, numeral 2º y artículo 570 del C. de P. P. y concluye su pedimento así:

"Por lo expuesto, solicito con todo respeto, la invalidación del fallo y que se dicte el que deba reemplazarlo".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en forma extensa, minuciosa y jurídica hace un brillante análisis de los cargos de la demanda contra la sentencia recurrida, para referirse a cada uno de los puntos que plantea, haciendo especial hincapié en la prueba que sirviera de base a la sentencia condenatoria, para demostrar que de conformidad con los elementos de juicio que tuvo en cuenta el Tribunal, los motivos de impugnación del recurrente encuentran amplio respaldo procesal, toda vez que el escrutinio probatorio del fallador **ad-quem** no tiene el vigor legal indispensable para la conclusión a que deriva. En su debida oportunidad la Sala ampliará cada uno de los aspectos que con mayor propiedad dilucida el señor Agente del Ministerio Público, cuando quiera que la concordancia de pareceres indique que su autorizado concepto pueda servir para desatar el nudo de la litis en orden a la decisión del recurso.

La conclusión de la Procuraduría es como sigue, después de una importante cita de un fallo de esta misma Sala en el cual por coincidencia de materias y análisis de pruebas en relación con la causal segunda, encuentra criterios que bien vale la pena de considerar pertinentes también para el caso de autos:

"Fundándose, por consiguiente, en tan ilustradas enseñanzas dictadas por esa superioridad, y por considerar que el sentenciador incurrió en un grave error de apreciación de los hechos de autos al negarle a unas pruebas el valor de que carecen, la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal, atentamente solicita de la H. Corte que proceda a infirmar el fallo denunciado y en su lugar absuelva al acusado Fabio Giraldo Osorio por razón de los cargos que se le formularon durante el curso de la actuación procesal".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Planteado el recurso con fundamento en la causal segunda, pues el proceso se siguió con el procedimiento extraordinario que preceptúa el Decreto-ley 0012 de 1959, que rige para los Departamentos bajo régimen del estado de sitio, en cuyo caso se encuentra el Departamento de Caldas al cual corresponde territorialmente la ciudad de Salamina, lugar en donde se cumplió el delito de homicidio y señalando aquel Decreto que a este delito no corresponde en estas circunstancias la competencia del Jurado, la mentada causal es procedente, que no lo fuera si en el caso hubiere intervenido el tribunal popular.

Así las cosas, la procedencia de la causal invocada obliga a la Corte a un examen completo y minucioso de los elementos que integran la prueba que tuvo en cuenta el Tribunal para las conclusiones condenatorias de su fallo.

Inversamente a los planteamientos del recurrente, la Sala comenzará el estudio de las pruebas por la que se desprende de la indagatoria del procesado, diligencia ésta de suma importancia en el proceso, ya que en ella se perfilan circunstancias que de encontrar respaldo en otros elementos probatorios conduciría a modificaciones fundamentales en orden a la juridicidad o antijuridicidad de la conducta de Giraldo Osorio en el homicidio de que responde penalmente.

Es verdad que el desarrollo de los hechos tuvo dos etapas distintas, separadas por un intervalo cronológicamente apreciable entre las tres y cinco de la mañana y que los dos episodios fueron presenciados por distintos testigos. Sin embargo, la prueba testimonial recogida en autos no aporta mayores elementos de juicio, pues unas veces proviene de sujetos sospechosos de parcialidad, como es el caso de Tiberio Salazar Cruz (fls. 5 vto. y 6), quien presenciara los dos episodios; otras de quienes estuvieron presentes en el primero ocurrido en la cantina de Angel Cano, sita en Calle Plana de la población de Salamina, como Nelson Chica Vásquez (fls. 13), compañero de parranda de Giraldo Osorio la noche de los hechos; Ismael Mejía (fls. 15) y Camilo Duque Agudelo (fls. 24), quienes sólo presenciaron la primera etapa de los acontecimientos; y, por último, los testimonios claves de Libardo Duque Llano (fls. 5 y vto.), dueño del café en donde se

cumplió el delito y Néstor Hurtado Betancur (fls. 17 vto.), sujetos que desde planos distintos y circunstancias diferentes dicen haber presenciado el episodio final de los acontecimientos que terminaron con la muerte de Bedoya Vásquez.

Dentro de la cantina de Duque Llano y a la hora de los sucesos, había otras personas; pero su estado de embriaguez, como ellos mismos lo afirman, les impidió darse cabal cuenta de lo sucedido, lo que sólo vinieron a percibir una vez producidos los disparos que los sacó del sopor del sueño alcohólico que los dominaba a esas altas horas del amanecer. Este es el caso de José Manrique Trujillo (fls. 6 vto.), Eladio Jaramillo Buritica (fls. 14) y Rafael Antonio Pineda (fls. 23 y vto.), para no mencionar a Serafín Sánchez García (fls. 17), entre este grupo de declarantes, pues si bien se encontraba durmiendo, como él mismo lo afirma, lo hacía dentro de una pieza contigua a la cantina de Angel Cano y únicamente oyó la bulla que hacían los contendores en el combate a piedra desarrollado al frente de aquella, primera fase de todos los acontecimientos.

Este es el esquema de la prueba que suministra el proceso, que como se ve resulta extremadamente parco en el sentido de captar con exactitud y seguridad hechos y acontecimientos que permitan una valoración completa de los mismos en orden a señalar hasta dónde la conducta y el proceder de Giraldo Osorio lo colocan dentro de la ley o al margen de la misma como responsable de homicidio.

Se infiere de lo anterior por qué precisa partir de la indagatoria del procesado, para desenvolver así con el examen del modesto acervo probatorio si la causal invocada prospera o no, pues aquel punto de partida es el que permite la mejor perspectiva en el acierto y solución del caso.

La indagatoria de Giraldo Osorio, es del siguiente tenor integral:

"...PREGUNTADO: Sabe usted y quiere decir, quién sería el individuo que encontrándose en la cantina del señor Angel Cano en compañía de otros sujetos tuvo una discusión con el señor Luis Bedoya por asuntos de deudas, entonces el individuo por quien se le pregunta salió a la calle con un taburete en la mano, entonces se puso a tirarle piedras al señor Luis Bedoya y al compañero de éste Tiberio Salazar. CONTESTO: "No sé, señor". Leída fue aprobada. PREGUNTADO: "¿Sabe usted y quiere decir, si así lo desea manifestar, quién sería el individuo que como se diera cuenta que el señor Luis Bedoya se encontraba en la cantina del señor Libardo Duque situada al frente de las Galerías de esta ciudad, el individuo por quien se le pregunta, siendo más o menos las cinco pasadas de la mañana del día treinta y uno de mayo del corriente año, penetró a la cantina del señor Libardo Duque con un revólver en la mano y viendo sentado al señor Luis Bedoya le hizo tres disparos hiriéndolo gravemente en la frente y en la nariz muriendo minutos después de ser herido?" CONTESTO: No sé quién sería. Lo único que puedo decir, que después de tener que huir de Luis Bedoya y el compañero Tiberio Salazar, me dirigí hacia las Galerías de esta ciudad con intenciones de tomarme una cerveza cuando sorpresivamente observé a los sujetos, Bedoya y Salazar, quienes apenas me vieron accionaron y dijeron: "ahí viene este hijueputa otra vez darle más (sic) y vi que mandaron las manos para sacar seguramente arma, entonces yo viéndome tan acosado saqué mi revólver y le disparé. Pues en las horas del amanecer treinta y uno de mayo del corriente año me encontraba en la cantina del señor Angel Cano, manejada por una señora de quien ignoro su nombre, yo me encontraba en compañía del señor Nelson Chica, entonces entraron dos sujetos que responden a los nombres de Luis Bedoya y Tiberio Salazar y dirigiéndose a la mesa en donde yo me encontraba el señor Luis Bedoya nos invitó a jugar carisello, lo cual yo no acepté y le dije que no jugáramos carisello, que más bien me pagara quince pesos que me debía, entonces me dijo: "Yo no le debo nada, no sea hijueputa", no sea mal parido, salga para la calle yo les pago y mandó la mano a la cintura para sacar el arma y tirarme ahí sentado, entonces yo cogí un taburete para defenderme y él se botó a la calle y se puso a tirarme piedras junto con su compañero Tiberio Salazar, yo viéndome tan acosado y con mucho miedo, porque Luis Bedoba me decía que me mataba, emprendí la carrera y Luis Bedoya me siguió hasta más o menos treinta metros tirándome piedras, lo último que me dijo cuando yo iba huyendo, fue que yo le daba tiro para matarme. Cuando me caí en un canalón cuando iba huyendo de miedo de Luis Bedoya, fueron unos señores con el fin de sacarme del canalón, dichos señores responden a los nombres de Ismael Castañeda, Camilo Duque

y la **mujer que estaba manejando la cantina**, inmediatamente me sacaron de allá me invitaron para que tomáramos cerveza, lo que no quise aceptar precisamente por miedo de que volvieran Luis Bedoya y su compañero, pues cuando me sacaron del canalón no los observé, pues tenía miedo que en realidad me matara como dijo Bedoya. Entonces vine para las Galerías con intención de seguir tomando y esquivando encontrarme con dichos individuos Bedoya-Salazar, especialmente Bedoya por ser un tipo de reconocida peligrosidad social. Resulta que en las Galerías no había ningún café abierto, únicamente estaba abierta la cantina de Libardo Duque, entonces me provocó entrarme a tomar un trago, precisamente por lo embriagado que me encontraba, y sorpresivamente cuando entré observé a los dos tipos allí. Luis Bedoya y Tiberio Salazar, quienes al verme dijeron: "ahí viene este hijueputa para tirarle otra vez", especialmente Bedoya, entonces como ya me había dicho que me mataba donde me viera, yo del miedo y temor saqué mi revólver y le disparé y salí corriendo para mi casa, pues siempre pensaba que me estaban siguiendo y me mataban. Leída fue aprobada. PREGUNTADO: ¿Sabe usted y quiere decir, si así lo desea manifestar, quién sería el individuo que una vez que le hizo tres disparos al señor Luis Bedoya encontrándose éste en la cantina del señor Libardo Duque, el individuo por quien se le pregunta, también le acabó de vaciar el revólver al señor Tiberio Salazar perforándole el ala del saco? CONTESTO: No sé, sólo sé decir, que yo hice varios disparos y por la confusión y el miedo no sé a quién se los pegué. Leída fue aprobada. PREGUNTADO: ¿Sabe usted o presume quién o quiénes son autores, partícipes, auxiliadores o encubridores del delito de homicidio, hecho que tuvo lugar el día 31 de mayo del corriente año, más o menos a las cinco pasadas de la mañana dentro de la cantina del señor Libardo Duque situada al frente de las Galerías de este Municipio, en donde fue gravemente herido por dos disparos de revólver el señor Luis Bedoya, muriendo minutos después? CONTESTO: No sé, sólo quiero decir que cuando me vi casi atacado por los señores Luis Bedoya y Tiberio Salazar, pues antes me había tirado piedra y me había tratado de hijueputa, que donde me viera me mataba, esto lo decía Luis Bedoya, entonces cuando yo me entré a la cantina del señor Libardo Duque, me encontré con los mismos sujetos Bedoya Salazar, y estos apenas me vieron dijeron: "ahí viene otra vez este hijueputa para tirarle otra vez", entonces vi que Luis Bedoya mandó la mano a la cintura y como yo les tenía mucho miedo por las amenazas que me habían hecho y por ser un sujeto peligroso, saqué mi revólver y disparé...".

Los testimonios de Nelsun Chica Vásquez (fls. 13 y vto.), Ismael Mejía o Castañeda (fls. 14 vto. y 15) y Camilo Duque Agudelo (fls. 23 vto. y 24), respaldan en forma rotunda las aseveraciones del procesado en cuanto al primer episodio. Así por ejemplo, el último de los testigos citados, depone del modo siguiente:

"El día treinta y uno de mayo del corriente año, más o menos a las tres de la mañana, me encontraba en la cantina del señor Angel Cano, situada en la calle plana de este Municipio, yo me encontraba en compañía del señor Ismael Mejía o Castañeda. En otra mesa se encontraba sentado el señor Fabio Giraldo en compañía de un señor Chica: en esos momentos hizo la entrada a la cantina el señor Luis Bedoya en compañía de otro señor que conozco de vista; entonces Luis Bedoya entró echando vainas, entonces se arrimó donde Giraldo y le dijo que jugara carisolo, entonces Fabio le dijo que le pagara más bien los quince pesos, entonces Luis Bedoya le contestó: 'No seas hijueputa ladrón'; entonces Fabio le contestó que nada le había robado, que no fuera desgraciado, que se acordara que una vez lo había entrado a la Licorera y que allí le había prestado los quince pesos, entonces Luis Bedoya le dijo, sali para la calle hijueputa yo te pago, entonces Fabio cogió un taburete y salió, adelante había salido Bedoya con el compañero, entonces afuera se agarraron a tirarse piedras, entonces el compañero de Fabio, o sea el señor Chica se voló y Luis Bedoya siguió tirándole piedra a Fabio hasta que lo hizo retroceder y lo llevó hasta un canalón, entonces se devolvió, pues había hecho caer o tirar a Fabio al canalón, entonces dijo: teniendo varias piedras en la mano: 'Cómo son de guapos estos hijueputas'. Antes de hacer retroceder a Fabio el señor Luis Bedoya se rebuscaba como haciendo que iba a sacar una arma. Cuando ya lo dejó en el canalón, Luis Bedoya se vino con el compañero, entonces Ismael Mejía fue y le sacó del canalón y Fabio se perdió, no supe para dónde cogería. PREGUNTA-

DO: Diga usted si oyó cuando Luis Bedoya le dijo a Fabio que estaba muy bueno para matarlo en donde lo viera. CONTESTO: Yo eso sí no lo oí. PREGUNTADO: Diga qué enemistad existía entre Fabio Giraldo y el occiso Luis Bedoya. CONTESTO: 'Yo no conozco, me parece que eran amigos' ".

Con notorias semejanzas, sin discrepar en lo fundamental concuerdan los dichos de Mejía y Chica Vásquez. Sobra de fundamento tiene el señor Procurador Delegado en lo Penal cuando del examen de estos testimonios concluye:

"Lo declarado por Nelson Chica, Ismael Mejía y Camilo Duque, conduce a concluir que el testimonio del acusado es digno de crédito en lo relacionado con el primer lance protagonizado por el autor del hecho y su compañero Nelson Chica, de una parte, y por Luis Evelio Bedoya y su secuaz Tiberio Salazar, de la otra".

Resta examinar si los otros aspectos de su confesión, que conllevan una causal de inimputabilidad o antijuridicidad en su acción encuentran también respaldo en los autos.

Sobre este punto el informativo no arroja sino dos elementos susceptibles de servir para esclarecer los hechos, de tal suerte que a la luz de los mismos se patentice en qué forma obró el procesado y cuáles fueron los motivos determinantes inmediatos de su conducta, porque los mediatos ya están suficientemente clarificados y aceptados.

Ya se dijo en otra parte que de los testimonios recogidos sobre la última etapa de los hechos era necesario descartar el de Tiberio Salazar, por la obvia razón de ser la persona que en la noche de los sucesos acompañaba al ofendido libando cerveza y con mayor razón porque tomó parte muy importante y decisiva en los primeros hechos, como que terció en favor de Bedoya Vásquez y lo secundó en la lucha a piedra librada contra Fabio Giraldo, en la cual éste llevó la peor parte, como que fue obligado por Bedoya a correr y en la precipitada huída, caer a un zanjón, de donde para salir tuvo que ser ayudado por varios de los presentes en la contienda.

Se afirmó también con anterioridad que varios de los contertulios y trasnochadores que dormitaban embriagados en la cantina de Duque Llano, donde culminaron los sucesos, en nada contribuyeron para ayudar a la justicia a disipar los interrogantes planteados por la precipitación en que ellos ocurrieron y por tanto de nada sirven para aclarar este punto fundamental de la investigación, en el cual radica definitivamente la orientación legal y jurídica que se deba imprimir al proceso en orden a la responsabilidad del incriminado.

No queda, pues, viable para estos menesteres sino los testimonios del dueño de la cantina Libardo Duque Llano y Néstor Hurtado B. como testigos presenciales de mayor valencia en cuanto al desarrollo de la última y culminante etapa de los hechos.

Es por ello, por lo que la transcripción de ambos testimonios en su integridad se hace necesaria, a fin de valorarlos adecuadamente y conocer hasta qué punto suministran bases para descartar las afirmaciones del procesado, o por el contrario, para respaldarlas, haciendo por lo menos viable que ante una posible verosimilitud de ellas, no quede a la justicia sino la necesidad de aceptar la modalidad justificante en que se ampara el procesado para eludir la sanción penal.

Dice Duque Llano:

"...En el día de hoy treinta y uno de mayo del corriente, más o menos a las dos de la mañana abrí mi establecimiento con el fin de vender mi tinto. Siendo más o menos las cuatro de la mañana los señores José Manrique, Eladio Jaramillo y el señor Pineda (carnicero), dichos señores tomaron tinto y cerveza. Al rato llegaron los señores Luis Bedoya y Tiberio Salazar. Dichos señores se sentaron y pidieron unas cervezas y permanecieron sentados en una mesa. Siendo más o menos las cinco pasadas de la mañana entró a la cantina el señor Fabio Giraldo portando un revólver en la mano e inmediatamente y sin mediar palabra de ninguna clase, le disparó tres tiros al señor Luis Bedoya, una vez que le hizo los tres disparos, el señor Fabio Giraldo salió para la plaza y no supe para dónde cogió. El señor Luis Bedoya ya herido en la frente se fue a parar y no pudo y se desplomó al suelo, como a los cinco minutos de estar en el suelo gravemente herido, llegó el señor Secretario de la Inspección Segunda Municipal y ordenó que lo llevaran al Hospital, pues dicho señor Bedoya estaba vivo, y según me contaron al rato dizque murió cuando ya estaba en el Hospital. El señor Tiberio Salazar en vista de esto, cogió un taburete y salió para la calle, no sé si sería para tirarle al agresor de Bedoya. PREGUNTA-

DO: Diga usted si entre los señores Luis Bedoya y Fabio Giraldo existía anteriormente alguna enemistad. CONTESTO: Eso sí no conozco yo. PREGUNTADO: Diga usted si cuando entró a su establecimiento el señor Luis Bedoya, éste presentaba alguna herida en su cuerpo. CONTESTO: No presentaba ninguna herida fresca. PREGUNTADO: Diga usted qué otras personas se encontraban en su establecimiento en los momentos en que el señor Giraldo disparó su revólver sobre el occiso Luis Bedoya. CONTESTO: Estaban presentes los señores que nombré anteriormente...".

Por su parte Néstor Hurtado B. declara lo que sigue:

"...El día treinta y uno de mayo del corriente año, más o menos a las cinco de la mañana, venía yo de mi casa de habitación, con dirección a la iglesia, pues iba para misa, y como yo ví la cantina del Sr. Libardo Duque abierta fuí a entrar con el fin de tomarme un tinto, entonces observé que en la cantina se encontraba Luis Bedoya y otro compañero de él tomando cerveza, en esos mismos momentos entraba el señor Fabio Giraldo a la misma cantina del Sr. Libardo Duque, entonces Luis Bedoya hizo una asaña (sic) como intentando sacar una arma y dijo: "Ve cómo volvió este hijueputa", entonces Fabio retrocedió y sacó el revólver e hizo unos disparos para la cantina, es decir, se los hizo a Bedoya, entonces Bedoya cayó al suelo herido. Yo viendo los disparos, me entró miedo y seguí la dirección que llevaba, sin darme cuenta si entre dichos señores habría pasado algún disgusto anterior. Más tarde supe que en Calle Plana el occiso Bedoya le había tirado y humillado al señor Fabio Giraldo dizque por una deuda. Esto es todo lo que tengo para declarar...".

Como se ve, ambos testimonios concuerdan en atribuir los disparos que costaron la vida a Bedoya al procesado Giraldo, cargo que éste reconoce y acepta. Discrepan en que mientras el primero no oyó palabras ni vio actitudes amenazadoras por parte del occiso, el segundo sí precisa en qué consistieron esas actitudes y palabras, circunstancias éstas que por la índole misma de los acontecimientos hacen cambiar la faz jurídica del negocio frente a la confesión calificada del procesado, que es el punto vital del caso **sub-judice.**

En efecto, la declaración indagatoria de Giraldo Osorio constituye una clásica confesión calificada, como que introduce a la simple y escueta aceptación de la ejecución del hecho material del homicidio, una circunstancia excusante o justificante, en el sentido de admitir aquel hecho material, pero con una disculpa que modifica el elemento moral del delito, hasta el punto de que, de ser admitida, libera de responsabilidad penal al acusado.

Se dice lo anterior porque la confesión simple y escueta en materia criminal no viene a ser otra cosa que el reconocimiento de una determinada responsabilidad de quien la hace, aceptando ser el autor de un delito. Es, pues, la aceptación de un hecho personal y propio del confesante que puede dar lugar a un reproche de carácter penal a éste. Puede acontecer y acontece con frecuencia, que a la aceptación de los hechos que perjudican a quien confiesa, al propio tiempo se agregue una modalidad favorable que constituya una excusa. Esta es la confesión que toma la denominación antes dicha, que en último término no es sino la disculpa de una acción imputada, pero no punible, porque a eso tiende dicha disculpa.

Esta especie de confesión, cuyo esquema general se deja esbozado trae como consecuencia de su planteamiento en un proceso que se discuta sobre su divisibilidad o indivisibilidad, o lo que es lo mismo, si se acepta tanto en lo que perjudica y favorece al confesante, o por el contrario sólo en lo perjudicial, desechando lo que puede favorecerlo. Aquel primer aspecto es el que prevalece en materia criminal cuando a la modalidad agregada favorable nada la contradice. Y ello obedece, aparte de un sentido de indudable equidad, a que psicológicamente nadie conoce mejor un hecho que quien lo ha ejecutado. Si, pues, lo acepta y ratifica su ejecución, pero agrega algo que modifica sus consecuencias, debe aceptársele, siempre que por lo menos sea verosímil y esta verosimilitud encuentre amplio respaldo en el proceso.

Se dice lo anterior, porque puede suceder que la prueba íntegra de la responsabilidad esté tan concretamente establecida que la confesión calificada de nada sirva para modificar la responsabilidad, porque pesa de tal manera sobre el delincuente que impide pueda creérsele en la versión favorable a sus intereses personales, pero en total desacuerdo con los demás elementos recogidos durante la investigación que comprometen su conducta.

De ello resulta que una confesión de esta ín-

dole carece de importancia cuando el acervo probatorio gravita íntegro contra el procesado, sin medios ningunos para eludir la fuerza de convicción que surge del proceso. Pero cuando no ocurre así, cuando la prueba da margen a la duda, cuando surgen oscilaciones o vacíos en la prueba de cargos que permitan discrepancias en materias fundamentales que se rozan con la responsabilidad o no responsabilidad, entonces la confesión calificada puede recuperar su fundamental importancia, ya que entonces resulta cierto lo que la doctrina admite en el sentido de que tal clase de confesión actúa y sirve para los menesteres de la justicia cuando quiera que ésta se encuentre en circunstancias dudosas y exista manifiesta deficiencia probatoria.

Aplicadas estas ideas al caso de autos menester es concluir, como lo hace con sobrado acierto el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal cuando afirma: "Sobre este particular, es obligatorio admitir que lo expuesto de propia ciencia por el acusado, al contrario de ser increíble, es verosímil: que su dicho tiene un contenido claramente aseveratorio; que no es contradictorio en sí mismo, y que constituye una relación pormenorizada de lo acontecido. De suerte, pues, que examinando así el testimonio de Giraldo, deberá admitirse que él no da lugar a reparo alguno".

El Tribunal parte de una serie de suposiciones puramente subjetivas para negarse a admitir las explicaciones y disculpas del procesado. Dice, por ejemplo, refiriéndose al primer episodio y preguntándose por qué no dio muerte Giraldo en esta oportunidad a su atacante a piedra, el occiso Bedoya:

"Por qué frente a una situación real de peligro como ésta, el sindicado no hizo uso de su revólver, sabiendo, como sabía, que su atacante era hombre de marcada peligrosidad, y, en cambio, sí usó tal arma cuando, como dice el sindicado, vio que 'manaderos (se refiere a Bedoya y al compañero de éste, Tiberio Salazar) las manos para sacar seguramente arma', esto es, no frente ya a un riesgo real e inminente, sino apenas aparente? La respuesta es obvia: porque cuando era perseguido por su atacante, Giraldo carecía de revólver, el que le sirvió para más tarde liquidar la vida de Bedoya. Esta conclusión no es una ligera hipótesis, como lo pretende el funcionario de instancia al referirse a la vista de su colaborador Fiscal. Es, ni más ni menos, que un indicio extraído precisamente de las circunstancias antecedentes y concomitantes de la muerte de Bedoya".

Pero no es con argumentos de esta índole como se destruye o se pretende rechazar una prueba como la que suministra la confesión calificada del procesado, corroborada por los únicos elementos de convicción que pudieron allegarse al proceso. Si así fuera, tendría que contraponerse el "indicio" a que se refiere el Tribunal en el párrafo transcrito, a un testimonio, éste sí objetivo y real, rendido por persona idóneamente moral, sin tacha alguna, cuya credibilidad afronta todas las condiciones que exige el testimonio humano para ser recibido en el juicio penal, como el de Néstor Hurtado Betancur.

La Sala tiene que compartir sobre este punto las juiciosas y razonadas respuestas al Tribunal que formula el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, cuando afirma:

"Ciertamente que Néstor Hurtado es el testigo por excelencia en este proceso, no sólo por las condiciones personales y sociales que lo distinguen sino porque depone de ciencia propia, íntegra y circunstancialmente en relación al hecho principal que presenció, como fue la 'asaña' o intento realizado por Bedoya de sacar un arma a tiempo que injuriaba a Giraldo Osorio, a todo lo cual subsiguió la acción de sacar el acusado su revólver para dispararlo contra quien al agredirlo, dabo a suponer que portaba un arma, que en el acto se proponía emplear.

"Además, no existe motivo alguno que autorice presumir que tenía interés en mentir al declarar.

"De manera, pues, que, en entender de este Despacho, la declaración en mientes reúne todos y cada uno de los requisitos que la crítica testimonial exige para que sea posible reconocer la idoneidad de un testigo.

"Hurtado Betancur creyó su deber, declarar ante el proceso, y lo hizo de manera espontánea, sin necesidad de previo requerimiento judicial, determinado no más que por su conciencia que le ordenaba ayudar a la justicia refiriéndole a ésta, qué fue lo que vio y oyó, estando en cabal uso de sus facultades mentales y físicas.

"Mas sin embargo, no es ésta la apreciación probatoria que hace el sentenciador. Para éste, no merece crédito el testigo que concuerda con Giraldo Osorio, por la sola virtud de que no fue citado por ninguna de las personas que se ha-

llaban presentes en el teatro de los acontecimientos y tampoco por el sindicado. Y también es digno de prestarle fe, porque "no habla de que Bedoya, cuando llegó Giraldo a la cantina, se hubiera levantado del asiento", de lo que colige el mismo sentenciador, "que Giraldo no estaba en peligro inminente de ser agredido, más cuando, al retroceder, se colocó necesariamente a una mayor distancia de la que, no habiendo retrocedido, lo separaba de Bedoya" (fl. 79, cuaderno 1º).

"A todo lo cual se responde así:

"Que no hubiera sido citado por los presentes ni por el acusado, en manera alguna significa que Hurtado Betancur no hubiera estado en el lugar donde ocurrieron los hechos. Por lo demás, se explica esta falta de citación, si se tiene en cuenta que el testigo en cuestión no entró necesariamente a la cantina, porque el acontecimiento que presenciaron sus ojos no se lo permitió. Hurtado vio y oyó desde la calle.

"Fui a entrar a la cantina, es lo que asevera el declarante. 'Entonces observé, es lo que agrega el mismo. Y observó con atención, al cabo de lo cual y por infundirle temor lo presenciado, prudentemente se alejó del lugar, siguiendo "la dirección que llevaba".

"Que el mismo testigo no hable de que el occiso se levantó del asiento al llegar el acusado a la cantina, no da base para sostener, como lo hace el **ad-quem**, que Giraldo no corrió peligro de ser agredido, pues aún en el supuesto de que Bedoya no se hubiera levantado de su asiento, ello no significa necesariamente que no hizo la mención de esgrimir un arma que le atribuye el procesado y el declarante Hurtado, y si no confluye a dicho extremo, menos obliga a no creer que Giraldo sintió un fundado y razonable temor de que su enemigo se proponía cumplir la amenaza de matarle que momentos antes le había hecho.

"Negarle al testimonio de Néstor Hurtado y a la confesión de Fabio Giraldo Osorio, el valor probatorio que efectivamente tienen, constituye un grave error de interpretación de los hechos de autos que apareja como consecuencia, en opinión de este Despacho, la invalidación del fallo recurrido, con fundamento en la causal segunda de casación invocada en la demanda.

"No es posible ni legítimo en el presente caso dividir la confesión emitida, porque en autos la contradigan los testigos como el compañero de farra del occiso, que buena o activa parte tomó en los hechos que culminaron en tragedia, y que, por lo mismo, es de presumir su interés en desfigurar con su dicho la verdad de lo acontecido.

"Tampoco puede tener apoyo esa división en el dicho del cantinero Duque, un anciano de cincuenta y nueve años de edad, que precisamente por su vejez y por el natural cansancio resultante de su trabajo nocturno, no estaba en condiciones físicas y mentales, como sí lo estuvo el testigo Néstor Hurtado, de atestiguar con exactitud y detalle los hechos sucedidos en su establecimiento".

Pasando ya del campo puramente probatorio, al jurídico, para apreciar la índole y naturaleza de la justificante alegada, que como se ha visto está establecida legalmente, resta decir que la legítima defensa subjetiva o putativa no viene a ser otra cosa que el miedo o el temor producido por un peligro imaginario o aparente que el sujeto exagera por la exaltación psíquica que padece en el momento de obrar. Esa aparente proporcionalidad entre la agresión que se espera y la reacción con que se rechaza, es lo que le otorga a la legítima defensa putativa la subjetividad que coloca la acción dentro de los presupuestos necesarios para la irreprochabilidad penal de la conducta, con base en un error de hecho esencial, que por no provenir de negligencia, indica que el agente obra **non contra jus**, esto es, sin antijuridicidad, como quiera que está comprendido dentro del marco legal que el Código Penal establece en el ordinal 2º del artículo 23.

Nelson Hungría, el eminente penalista brasileño, en un profundo estudio sobre el error de hecho, analiza esta figura de la siguiente manera:

"El **error facti** penalmente relevante es el que hace suponer la inexistencia de un elemento de hecho integrante del delito o la existencia de una situación de hecho que excluye la antijuridicidad de la acción. En ambos casos, puede hablarse de **error esencial**, que siempre excluye el dolo y, si **invencible** (inevitable, excusable, no atribuíble a imprudencia, negligencia o impericia del agente) excluye también la culpa.

"La teoría del error de hecho, como dice M. E. Meyer (20) no es más que el **reverso de la teoría de la culpabilidad** (dice Khersei der Schuldlehre) o la propia teoría de la culpabilidad con-

siderada "desde un punto de vista negativo" (die von negativen Standpunkt aus betractte Schuldlehre).

"Al viciar el proceso psicológico, el error facti crea representaciones o motivos que determinan una conducta diversa de aquella que el agente habría seguido, si hubiera conocido la realidad". Y agrega: "Si la importancia del error de hecho proviene de que él excluye la conciencia de lo antijuridicidad, no podría dejar, lógicamente, de comprender el caso en el cual el agente supone encontrarse en una situación de hecho, que, si realmente hubiere ocurrido, eliminaría la ilicitud de la acción. También en tal caso, el error suprime la relación entre la conciencia del agente y la ilegitimidad de la conducta. Se presentan aquí, las llamadas eximentes putativas. Ejemplo: un individuo, por errónea apreciación de circunstancias de hecho, se cree en inminencia de ser injustamente agredido de otro, y contra éste ejerce violencia (legítima defensa putativa)".

"Lo que excluye el dolo -- continúa Hungría— es solamente la actitud psíquica consistente en la certeza subjetiva de que no opera u obra "contra jus". La legítima defensa putativa supone que el agente actúe en la sincera e íntima convicción de la necesidad de debelar una agresión actual (o inminente) e injusta.

"En síntesis: para que en la legítima defensa putativa, sea excluída cualquier culpabilidad, es necesario que, reconstruídas todas las circunstancias objetivas antecedentes o concomitantes de la acción y pesadas, no según la opinión del agente, sino según el entendimiento común, se constate que era realmente imposible para aquél el librarse de su error". ("Curso de Derecho Penal General", traducción del doctor Julio Romero Soto).

Algunas otras consideraciones alrededor de esta figura no sobran cuando probatoriamente existe, como en el caso, margen para hacerla viable.

Una primera es que la posición del Juez para apreciarla en un evento dado nazca de la pregunta de si fue razonable la suposición del agente de encontrarse en la inminencia de una agresión injusta. Una vez establecido esto, basta para excluír cualquier culpabilidad.

El examen probatorio del caso lleva a esta conclusión afirmativamente.

Otra base que no puede desestimarse son las relaciones anteriores entre el acusado y el supuesto agresor, la índole de éste, si impetuosa o moderada, si perversa o no, y si estas formas de peligrosidad o agresividad eran conocidas por el acusado.

Este aspecto encuentra una comprobación integral en los autos. El occiso era de carácter pendenciero, arbitrario, amigo de buscar camorras y reconocido como elemento social de pésimos antecedentes. Así lo establecen once conminaciones de Policía para guardar la paz con sus vecinos, y por lo menos dos entradas a la cárcel por detención a causa de lesiones personales. El día de los hechos dio muestra evidente de esta agresividad. Los sucesos concomitantes al homicidio, no fueron sino consecuencia de los antecedentes del mismo. (Aquellas constancias obran de fls. 30 a 34).

Prospera, pues, la única causal invocada.

DECISION DE LA CORTE:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo en un todo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, INVALIDA la sentencia que ha sido materia del presente recurso, y en su lugar ABSUELVE al procesado Fabio Giraldo Osorio, del cargo de homicidio del que ha venido respondiendo a través de este juicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pisquinto León L., Secretario.

BIBLIOTECA

POR CUANTO LA DEMANDA NO SE SUJETA A LAS EXIGENCIAS TECNICAS DEL RECURSO DE CASACION, SE DECLARA DESIERTO EL QUE SE INTERPUSO CONTRA LA SENTENCIA CONDENATORIA EN PROCESO POR DELITO DE HOMICIDIO

Si, como ocurre en el caso de autos, la demanda de casación no reúne los requisitos señalados en el artículo 531 del C. Judicial, norma pertinente al recurso de casación en materia penal, ya que el impugnante se limita a presentar un alegato, sin precisar los cargos que, con invocación de la causal segunda prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, anuncia hacerle a la sentencia recurrida, y no aporta la demostración del supuesto error del Tribunal en la interpretación de los hechos, es el caso de declarar desierto el recurso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL. — Bogotá, abril veintiuno de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

VISTOS:

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de 21 de julio de 1960, por la cual le fue impuesta al procesado Luis Antonio Casas Pineda la sanción principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Tránsito Ortiz.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El señor Pablo Fernández hizo la siguiente denuncia ante el Inspector Departamental de Policía de Paila, el día 5 de febrero de 1958:

En esta fecha "me encontraba en la ramada de la hacienda 'Verdún' montando un trapiche a eso de las ocho y media de la noche. Estaba en eso cuando oí unos disparos en mi casa de habitación, es decir, presumí que eran en ese lugar. Me vine y llegué a la casa donde mi señora, de nombre Carmen Alicia de Fernández, y me dijo ella que Antonio Casas le había dicho que yo había mandado por el revólver, manifestando que habían unos chismeros rodeándome a mí la ramada. Esa fue la causa de que mi señora le entregara el revólver a Casas, para que con él me defendiera del posible ataque. La manifestación de Casas en referencia a la presencia de chismeros cercanos a la ramada, fue una mentira mayúscula y lo hizo con el fin de apoderarse del revólver. Seguí a Casas para ver si lo encontraba, mas fue imposible; y bajé a donde el señor Inspector de Policía con el fin de informarle sobre los hechos. Cuando llegó la autoridad al lugar de los acontecimientos, pudimos apreciar que Tránsito Ortiz se encontraba muerta, en virtud de diferentes disparos localizados en su cuerpo. Como el señor Casas me quitara el revólver, por los medios aludidos, presumo legalmente que fue él quien dio muerte violenta a la Ortiz; y los hechos de fuga y apoderamiento del revólver lo indican claramente".

Adelantado el proceso, se recibió declaración a Carmen Arias de Fernández, Félix A. Nieto y Juan Duque, personas que están acordes con los hechos referidos por el denunciante y quienes, además, informan que a los pocos minutos de haberse retirado Casas Pineda con el revólver

que le entregara la señora de Fernández oyeron varios disparos, encontrando, en seguida, a Tránsito Ortiz muerta a poca distancia de la casa de aquélla.

Después de más de un año, el día 31 de marzo de 1959, fue posible capturar al procesado Luis Antonio Casas Pineda, quien desde la noche de los hechos desapareció de la finca del señor Pablo Fernández. Al ser indagatoriado, dice, entre otras cosas, lo siguiente:

"El día cinco de febrero del año pasado me encontraba en la finca de Verdún... en donde permanecí hasta las nueve o nueve y media de la noche, para luego ir a amanecer a la platanera de 'Maracaibo'... Como allí en Verdún permanecían unos tipos de malos antecedentes y andaban preguntando que cuáles eran los liberales, y creo que era para matarnos, yo oí unos tiros y me eché a perder..... Yo no he vuelto porque no tenía a qué ir... Yo vivía con Tránsito Ortiz... Que ha oído decir, porque se lo contaron unos tipos que no conozco, que a Tránsito Ortiz le dieron muerte... Que no le solicitó revólver alguno a la señora de Fernández...".

Agrega que por haber dejado la cédula de ciudadanía en la finca de "Verdún", venía usando un nombre distinto al suyo, por haber tenido que emplear un certificado que le "dio un muchacho que es del Tolima, en Cartago, para..." poder obtener trabajo.

Preguntado por la manera como obtuvieron las autoridades de Zarzal la identificación del indagado, responde que "le dijeron que dijiera (sic) la verdad, a ver cómo era que yo me llamaba y entonces yo les dije que si no estaban viendo el nombre que aparecía en el papel, y ellos (los policías) que yo no me llamaba así, y entonces les dije que por qué, y entonces ellos me mostraron la cédula mía (la que yo había dejado en 'Verdún')".

Clausurada la investigación y cumplidos los trámites señalados en el Decreto 012 de 1959, el Juzgado 2º Superior de Buga, mediante providencia de 29 de febrero de 1960, luego de examinar las pruebas ya citadas, condenó al procesado Casas Pineda a la pena de dieciocho años de presidio, como responsable "en la muerte violenta de la mujer Carmen Alicia (sic) Ortiz".

Esta sanción, como se dejó anotado, fue disminuída a ocho años de presidio, mediante la sentencia objeto del recurso.

DEMANDA DE CASACION

El doctor José María Villegas, con invocación de la causal segunda de casación, solicita que se case la sentencia recurrida y se absuelva a su mandante, por cuanto, dice, el Tribunal Superior de Buga incurrió en error al interpretar los hechos, "sin que la rebaja que hace...." en la sentencia... "sea óbice para que sea siempre esa condenación..." ilegítima.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Pide el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que se declare desierto el recurso interpuesto, en atención a las deficiencias técnicas de la demanda, como que, dice el señor Agente del Ministerio Público, "sin indicar siquiera las disposiciones legales que pudiera considerar infringidas por la sentencia...", sin demostración alguna de los cargos "remata gratuitamente sus alegaciones expresando que 'no valió para el H. Tribunal de Buga que no arrojara este proceso una prueba ni siquiera indirecta para condenar a Casas, pues lo condenó aun cuando sí le pareció del caso mermarle la pena de 19 años a 8, rebaja que en nada justifica la condenación, ya que la ley no ha dicho que para condenar a la pena de ocho años de presidio no se necesita prueba de ninguna clase', (fls. 6)".

Anota, además, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal lo que pasa a transcribirse:

"**Primero.**—Ocurre que la demanda que debe responder el Ministerio Público, en manera alguna se ajusta a lo estatuído por el artículo 531 del Código Judicial, texto este que tiene plena aplicación en materia de casación penal, por así disponerlo el 7º de la Ley 94 de 1938.

"Y no se ciñe al invocado mandato legal, porque su contenido demuestra palmariamente que dejaron de cumplirse la casi totalidad de las exigencias impuestas por el Legislador en el propósito de obtener que el Tribunal de Casación esté en condiciones de adquirir un verdadero conocimiento del tema o planteamiento sometido a su estudio y decisión, de los objetivos propuestos por quien acusa una sentencia de segundo grado, y de las peticiones a que efectivamente se contraiga la demanda.

"El incumplimiento que aquí destaca la Procuraduría, es tan manifiesto y tan imposible de

pasar por alto que si bien se acepta que en el escrito de que se trata, se consigna 'el resumen de los hechos materia de la controversia', en cambio todos los restantes requisitos indicados por el citado artículo 531, brillan por su ausencia.

"Es así como el demandante al invocar la causal segunda de casación, en vista de que, en su concepto, "es manifiesto el protuberante error de apreciación de lo que el proceso narra"; no lo hace en capítulo separado, y tampoco indica 'en forma clara y precisa' los fundamentos de la acusación. Todo lo que realiza apenas escriba en refundir en un solo haz el resumen de los hechos y las endebles y desarticuladas argumentaciones tendientes a fundamentar la impugnación, las cuales consisten en protestar porque la sentencia tuvo en cuenta como pruebas de cargo los testimonios de Félix Nieto y Juan Duque, de los que anota que se contradicen en cuanto al número de revólveres que Carmen Arias tenía el día de autos. Y en dolerse, a su turno, de que se le hubiera dado mayor entidad de la que tiene al 'indicio de responsabilidad' derivado de la circunstancia consistente en que los mismos Nieto y Duque afirmaron o corroboraron el hecho de que da cuenta la señora de Fernández.

"Le basta esto no más, y dentro del frustrado empeño de justificar la invalidación reclamada, cree haber podido demostrar un protuberante error de apreciación probatoria por haber sido confirmada la sentencia del a quo, con remitirse al salvamento de voto consignado por el señor Magistrado Ulpiano Libreros con respecto al fallo demandado, y con recordar, además, que el señor Fiscal del Juzgado del conocimiento fue partidario de que se dictara un auto de sobreseimiento temporal 'por falta de una prueba que plenamente lo condenara'."

"Segundo.—Con base en tan inapropiados o antitécnicos e infundados términos, como son los empleados por el demandante, es imposible entrar a discutir si en el presente caso se mantiene o no vigente el postulado conforme al cual el fallo del H. Tribunal Superior de Buga, dictado en el negocio... "citado...," se presume jurídico.

"Porque fundar el recurso de casación es no sólo aducir razones que tiendan a demostrar que con la sentencia cuyo rompimiento se pretende, se ha incurrido en un vicio o error al juzgar sobre los hechos de autos o al tramitar el procedimiento....., sino que además es preciso cumplir con todos y cada uno de los requisitos impuestos por el artículo 531 del Código Judicial, lo que precisamente no ha ocurrido con la demanda que en esta vez se conoce. Tal tesis sostenida por esta Procuraduría Primera Delegada en muchas ocasiones, en esta oportunidad nuevamente se plantea, abrigándose la creencia de que recibirá acogida, como sucedió cuando la H. Corte dictó las sentencias de 15 de julio y de 23 de agosto de 1960, en los procesos seguidos a Marco Tulio Urueña y a Omidio Villa Varela, por homicidio.

"Lo anteriormente expuesto está en perfecto acuerdo con lo jurisprudenciado sobre el mismo respecto por la H. Corte en multitud de fallos que este Despacho, con motivo del recurso de casación intentado en los procesos seguidos por el delito de homicidio contra Aristóbulo Arias Díaz y Lázaro Parra Gutiérrez y contra Manuel de Jesús Medrano Ortiz, tuvo a bien traer a consecuencia.

"De esos fallos que versan sobre los requisitos de fondo y de forma que debe llenar una demanda de casación, resulta oportuno, para los fines que conduce esta vista fiscal, citar aquel en que se preceptúa que el recurso de casación 'se ha instituido con el fin de unificar la jurisprudencia nacional, pero para que él sea operante es indispensable que quien lo ejercita se sujete estrictamente a los términos señalados por la ley no sólo en su forma sino en su contenido intrínseco o de fondo. El recurso no es una tercera instancia; por consiguiente los escritos no tienen el carácter de alegatos sino el de una verdadera demanda sujeta a los ordenamientos legales. La omisión de cualquiera de estos requisitos —formal o material— inhibe a la Corte para hacer el estudio de la sentencia frente a la ley.....", (G. J. Tomo LXXXI, Nº 2159, pg. 545).

Agrega el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que "en todo esto que expone tan brillantemente la H. Corte, en torno a la naturaleza jurídica y a los fines de la casación penal, concuerda con las ideas que acerca de la misma cuestión expresa el tratadista Jiménez Asenjo, como que éste sostiene, citando a su turno a De Diego, que 'la casación moderna, aún sin olvidar su espíritu creador, hecho clásico en aquella expresión que se defiende, se desenvuelve en el área del derecho objetivo sin descender, por tanto, al examen y decisión de las cuestiones de puro hecho reservadas a la jurisdicción de ins-

tancia', (véase 'Derecho Procesal Penal" de Enrique Jiménez Asenjo. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, Vol. II, pg. 340).

"Y de otro lado, dice el mismo autor lo siguiente:

'...El recurso de casación, como institución jurídica procesal, exige para constituirse válidamente la concurrencia precisa de determinados requisitos, sin cuyo cumplimiento la relación carece de capacidad para actuar conforme a su destino legal propio para que fue creado. Tales requisitos se refieren a la calidad de la resolución impugnada; a la legitima de los sujetos apelantes; al motivo o motivos justificantes del recurso: al tiempo hábil para hacerlo, y finalmente, a los requisitos formales, principales o complementarios requeridos por la Ley preceptivamente para ello', (ver pgs. 335, 340 y 344)".

LA SALA CONSIDERA LO SIGUIENTE:

Toda la razón le asiste al señor Procurador 1º Delegado en lo Penal para pedir que se declare desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, a que se ha hecho referencia.

La demanda presentada, en efecto, no reúne los requisitos señalados en el artículo 531 del C. J., norma pertinente al recurso de casación en material penal. El impugnante, en efecto, se limitó a presentar un alegato, sin precisar los cargos que, con invocación de la causal segunda prevista en el artículo 567 del C. de P. P., anuncia hacerle a la sentencia recurrida, y no aportó la demostración del supuesto error del Tribunal en la interpretación o apreciación de los hechos.

Esta Sala, en casación de 11 de julio de 1949 (G. J. Tomo LXVI, pg. 427), dijo lo siguiente:

"La objeción, con base en la causal segunda de casación, requiere —para que pueda ser considerada por la Corte— lo siguiente en referencia a las condiciones establecidas por el artículo 531 del C. de P. C., para la demanda de casación, disposición aplicable en materia procesal penal:

"a).—Que se hayan señalado y precisado los hechos que —según el recurrente— se apreciaron e interpretaron equivocadamente;

"b).—Que se haya explicado en qué consistió la equivocación, en que, al apreciarlos o interpretarlos, incurrió el Tribunal, o mejor, cuál es el valor que, sin tenerlo, les atribuyó en la sentencia, o cuál el que, teniéndolo, les fue negado, y, finalmente,

"c).—Que se hayan expresado los fundamentos jurídicos de la objeción, como también las normas legales que el Tribunal infringió mediante la errada apreciación de los hechos".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, DECLARA DESIERTO el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, a que se ha hecho mérito en esta providencia.

Condénase en costas a la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Buga.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez. — Pioquinto Leña, Secretario.

POR NO SER APLICABLE EL DECRETO 12 DE 1959, A CUYAS NORMAS SE SUJETO EL PROCESO DE ROBO QUE TERMINO CON LA SENTENCIA CONDENATORIA ACUSADA, SE INVALIDA TAL FALLO Y SE ORDENA REPONER EL PROCEDIMIENTO

El procedimiento señalado en el Decreto 012 de 1959 solamente es aplicable a los delitos taxativamente señalados en el artículo primero de este estatuto, cuando son cometidos en los Departamentos en donde subsiste el estado de sitio. Las demás violaciones punibles sólo dan lugar a que ese mismo trámite procesal se aplique cuando son conexas con alguno o algunos de esos delitos a que alude el mencionado artículo primero, en virtud del mandato contenido en el 54 del Código de Procedimiento Penal, según el cual "los delitos conexos se investigarán y fallarán en el mismo proceso". Pero si no se da ninguno de estos dos supuestos y sin embargo se tramita el negocio conforme al procedimiento señalado en el mencionado Decreto 012 de 1959, se incurre en violación de lo previsto en el primer inciso del artículo 26 de la Carta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL. — Bogotá, abril veinticuatro de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

VISTOS:

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de 28 de junio de 1960, por la cual, al confirmar la de primera instancia proferida por el Juzgado 1º Superior de la misma ciudad y previo el trámite señalado en el Decreto 012 de 1959, se impuso a los procesados Ignacio Robles Ruiz y Hernán Torres Sánchez la pena de seis años de presidio, para cada uno, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsables del delito de robo.

HECHOS Y DESARROLLO DEL PROCESO

Da cuenta el informativo que el señor Uriel Trujillo Arango fue víctima del delito de robo en momentos en que transitaba por una de las calles de la ciudad de Sevilla (Valle), en cuantía de diez mil pesos ($ 10.000.oo), al serle arrebatada dicha suma, que en dinero efectivo, portaba el nombrado, por razón de sus funciones de Cajero de la Federación Nacional de Cafeteros, en dicha ciudad.

Dice el nombrado Trujillo Arango que un sujeto para él desconocido lo enceguició, arrojándole sal a la cara y luégo le sustrajo "a viva fuerza" la cantidad de dinero antes señalada, representada en billetes de banco.

Al huir el delincuente dejó caer un pequeño de tales billetes, por un total de cinco mil pesos (5.000.oo), dinero este que fue recuperado y que recibió la entidad perjudicada por el delito.

Posteriormente fue capturado Ignacio Robles Ruiz, quien, al confesar su responsabilidad, señaló como coautor en los hechos al procesado Hernán Torres Sánchez.

Este último negó haber tomado parte en lo ocurrido, pues afirma que sólo presenció los hechos, si bien acepta haber recibido de Torres Sánchez alguna parte del dinero de que éste se apoderó, por haberle hecho una solicitud al respecto.

Cumplidos los trámites indicados en el Decreto 012 de 1959, el Juzgado Primero Superior de Bu-

ga, mediante sentencia de 4 de febrero de 1960, condenó a los nombrados Robles Ruiz y Torres Sánchez, a la pena de seis años de presidio, para cada uno, fallo este que fue confirmado por el del Tribunal Superior de la misma ciudad, objeto del recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Con invocación de la causal cuarta de casación prevista en el artículo 567 del C. de P. P., el abogado Modesto Rivera hace a la sentencia recurrida el siguiente cargo:

"Se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional....., toda vez que a un delito contra la propiedad, como es el robo, se le aplicó el Decreto Legislativo Nº 012 de 1959, que no es procedente para tales ilícitos.

En efecto, "los delitos contra la propiedad..... se regulan por lo preceptuado en el Decreto Legislativo Nº 014 de 1955, el cual en su artículo 54 dice que "la actuación procesal se adelantará siempre por duplicado".

Aquí se prescinde de tal norma y de ese procedimiento, que era el propio de esa clase de delitos, luego no hay necesidad de muchas consideraciones para obtener la nulidad.

".....Se aplicó un procedimiento que no era el procedente. Es decir, que no se ha juzgado a Hernán Torres Sánchez con observancia de las formas propias de cada juicio.

"El delito de robo no está contenido en los numerales del artículo 1º del aludido Decreto..." Nº 012 de 1959.

"Dada la claridad de la cuestión de la nulidad de todo el proceso, desde sus comienzos, para que se 'adelante por duplicado, estimo que no es menester entrar en más consideraciones. Pero si debo anotar que 'sacar copias' como muchos Tribunales han ordenado, no es adelantar un proceso por 'duplicado', término éste que gramaticalmente indica una cosa diferente a la simple copia.

"Para mayor abundamiento, me permito transcribir la doctrina de la H. Corte, cuando 'invalida la sentencia de que se hace mérito en el cuerpo del fallo y declara nulo todo lo actuado en el proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga', en la causa contra Octavio Muñoz Castaño, de este año. Dicha Corporación, después de transcribir los once (11) numerales que componen el artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 012 de 1959, dice:

"Entre estos delitos, cuya enumeración es taxativa, y de los que apenas conocen por excepción, en los Departamentos en estado de sitio, los Jueces comunes, según lo dispuesto el el artículo 10 del Decreto en cuestión, no se encuentra el delito de Peculado, el cual, por tanto, no puede ser sometido en su juzgamiento al sistema especial que se creó en el citado estatuto exclusivamente para los delitos a que se contraen los once numerales que se reproducen y que corresponden al artículo 1º del Decreto invocado. En la sentencia acusada se entendió lo contrario y entonces debe concluirse en que evidentemente, como lo sostiene el recurrente y también el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuya razón procede casar aquel fallo con fundamento en la causal 4ª que se deja examinada.

'Ahora, el hecho mismo de que haya de ser invalidada la sentencia demandada por violación de las formas propias del juicio, garantizadas en el artículo 26 de la Constitución, impone, como consecuencia lógica, la necesidad de declarar nulo todo lo actuado por el tribunal ....'".

Pide el recurrente, en consecuencia, que se invalide la sentencia objeto del recurso, "y en su lugar se declare nulo todo lo actuado, por haberse violado el artículo 26 de la Constitución Nacional y estar comprobada la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P.".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Luego de transcribir el que emitiera el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal al contestar la demanda de casación propuesta en el negocio seguido contra Octavio Muñoz Castaño, por el Delito de Peculado, en el cual dice que "fuera de dicha enumeración taxativa (la del artículo 1º del Decreto 012 de 1959) y de los delitos conexos con ellos (artículo 30), ningún otro delito cabe ser tramitado por el procedimiento prescrito en dicho estatuto", agrega en esta oportunidad lo siguiente:

"Para respaldar el anterior aserto, basta examinar el artículo 10º, que a la letra dice:

'En los Departamentos en donde subsiste el estado de sitio, los Jueces Superiores, del Circuito y Municipales, en los asuntos de su competencia, cuando no se hayan encomendado por comisión especial a los Jueces de Instrucción Criminal, en los términos del presente decreto, se sujetarán a las normas siguientes...".

"La interpretación de esta norma...", señala el

señor Agente del Ministerio Público,..... "indica que los asuntos de competencia de los Jueces Superiores de Circuito y Municipales 'cuando no se hayan encomendado por comisión especial a los Jueces de Instrucción Criminal', (evento previsto en el artículo 1º), deberán también tramitarse como se ordena en dicho decreto. Pero cuáles son los asuntos que pueden ser motivo de comisión especial? Unicamente los procesos originados en la comisión de los delitos señalados taxativamente en el artículo 1º, que, como se vio, son de competencia de los Jueces Superiores, del Circuito y Municipales, según el reato que se escoja.

"Debe tenerse en especial consideración que en este proceso se entró a pronunciar fallo, ciertamente, sobre uno de los delitos de competencia de los Jueces Superiores, mas no de los incluidos, en forma taxativa, en el artículo 1º del Decreto 012 de junio 4 de 1959, como es el de robo.

"Evidenciado esto, resulta plenamente improcedente el dar aplicación a las normas procesales contenidas en ese estatuto de emergencia para el caso que se comenta. De ser esto así, se desprende con natural obviedad que, para el caso, las formas propias del juicio no han sido cumplidas con la plenitud que les es peculiar, lo que lleva a considerar que se ha cometido la violación de las normas imperativas del artículo 26 de la Constitución Nacional".

....

Concluye el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal su concepto solicitando que se invalide el fallo recurrido, por encontrarse demostrada la causal cuarta de casación prevista en el artículo 567 del C. de P. P.

LA SALA CONSIDERA

Ciertamente esta Sala, en la sentencia de casación a que aluden el demandante y el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, llega a la conclusión de que el procedimiento señalado en el Decreto 012 de 1959 solamente es aplicable a los delitos taxativamente señalados en el artículo primero de este estatuto, cuando son cometidos en los Departamentos en donde subsiste el estado de sitio.

Las demás violaciones punibles sólo dan lugar a que ese mismo trámite procesal se aplique cuando son conexas con alguno o algunos de esos delitos a que alude el mencionado artículo 1º del Decreto 012 de 1959, en virtud del mandato contenido en el artículo 54 del C. de P. P., según el cual, "los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso".

Y como el delito de robo porque fueron juzgados Ignacio Robles Ruiz y Hernán Torres Sánchez no está comprendido en la relación que hace el sobredicho artículo primero, ni fue cometido en conexidad con alguna de las violaciones punibles en esa norma citada, es evidente que al habérsele dado a este negocio el trámite señalado en el Decreto 012 de 1959 se aplicó un procedimiento que no era el pertinente, con violación de lo previsto en el primer inciso del artículo 26 de la Carta que consagra la garantía de que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Se incurrió, por tanto, en una nulidad de orden constitucional en este proceso, al dejar de aplicar las formas propias del juicio, señaladas en el Decreto Legislativo número 014 de 1955, pertinentes de acuerdo con lo que señala el artículo 81 de este estatuto, a saber:

"El procedimiento especial señalado en este Decreto se aplicará a los procesos por delitos contra la propiedad de que conozca la justicia ordinaria".

Corresponde, por tanto invalidar la sentencia recurrida, ya que la causal cuarta de casación ha sido demostrada.

Como consecuencia, el juzgador de primera instancia debe disponer que el negocio se abra a pruebas, como lo dispone el artículo 60 del Decreto Legislativo número 014 de 1955 y dar aplicación a lo que señalan los artículos 61 y siguientes de este estatuto.

Si bien el artículo 54 del mismo Decreto dice que "la actuación procesal se adelantará siempre por duplicado", la ausencia de este requisito no hace relación con trámite alguno para el juzgamiento, ni implica la anulación de todo el proceso, como sugiere el demandante, para que pueda subsanarse tal omisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Buga, a que se ha hecho mérito, a fin de que se reponga el procedimiento en la forma que se indica en la parte motiva de este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Buga.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pisquinto León L., Secretario.

NO PROSPERAN LOS CARGOS FORMULADOS CONTRA LA SENTENCIA QUE CONDENO AL ACUSADO POR LOS DELITOS DE FALSEDAD, ESTAFA Y ABUSO DE CONFIANZA

1.—El ordinal 1º del artículo 231 del Código Penal se refiere a dos formas distintas de consumación del delito de falsedad en documentos. La una dice relación a contrahacer "letra, firma o rúbrica" y la otra a fingir "letra, firma o rúbrica". La primera de ellas envuelve, sin duda, la idea de imitación, puesto que contrahacer significa "hacer una cosa tan parecida a otra, que con dificultad se distingan". No sucede lo mismo con respecto a la segunda, ya que fingir tiene como acepción "dar existencia ideal a lo que realmente no la tiene", efecto que se logra a través de la simple apariencia, de la simulación o del engaño, sin necesidad de echar mano de la imitación. Es posible, pues, que se dé el delito de falsedad, aunque falte la imitación.

2.—El delito de falsedad en instrumentos negociables, conforme a lo dispuesto en el artículo 233 del Código Penal, se equipara al de falsedad en documentos públicos, lo que quiere decir que participa del carácter formal que corresponde a estos últimos y entonces, como es lógico, no necesita para su configuración, que su autor logre el provecho que pudo determinar su conducta de falsario. De ahí que si el instrumento, luégo de ser falsificado, se emplea como medio engañoso, así sea por sí mismo que le ha dado esa vida, para obtener un perjuicio de otro un provecho económico, se hace indispensable proclamar el concurso de dos delitos, uno de falsedad y otro de estafa, sin que con ello se viole el principio non bis in idem, puesto que, de un lado, la acción que integra la falsedad, tanto en el orden psíquico como en el orden físico, es distinta de aquella otra que viene a culminar, con la denominación de estafa, en el atentado contra el derecho de propiedad y, del otro, los bienes jurídicos que se lesionan también son distintos, ya que en el primero es la fe pública y en el segundo el patrimonio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, veintiseis de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres)

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que se interpuso contra la sentencia del 28 de julio del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, condenó al señor Manuel Tiberio Duque Ríos, como responsable del delito de falsedad, estafa y abuso de confianza, a la pena de seis años y ocho meses de presidio y accesorias correspondientes.

ANTECEDENTES

Los hechos que sirvieron de fundamento para la incriminación de los delitos anotados, ocurrieron en Chinchiná, donde los consumó el señor Manuel Tiberio Duque aprovechando su carácter de Agente de la Compañía de Seguros Bolívar, son los siguientes, conforme a la prueba que recoge el proceso:

Los señores Arturo Duque y José Miguel Tabares obtuvieron de la Sociedad de Capitalización y Ahorros que tiene la misma Compañía de Seguros Bolívar unos préstamos, el primero por

la suma de $ 350.00 y el segundo por la de $ 1.211.91, y a ese efecto se giró a favor de aquél el cheque del 30 de agosto de 1957 y de éste el de 11 de octubre del mismo año, los cuales debían ser entregados a sus destinatarios por el señor Duque Ríos, quien en vez de hacerlo, simuló en ellos un endoso y luego los hizo efectivos para su provecho en el Banco a cuyo cargo estaban girados y que lo era el de Bogotá, sucursal de la ciudad mencionada. Aparece, además, que el mismo sujeto, en su carácter de Agente de la predicha empresa de seguros recibió de varios de los asegurados allí, en partidas distintas que tenían por objeto hacer abonos a sus respectivas pólizas, la suma de $ 6.993.34, dineros que resolvió hacer suyos de manera indebida.

FALLOS DE 1ª Y 2ª INSTANCIA

El Juzgado 1º Superior de Manizales, por medio de sentencia del 10 de mayo del año pasado y en la consideración de que los hechos reseñados configuraban los delitos de falsedad, estafa y abuso de confianza, condenó al señor Manuel Tiberio Duque Ríos, como responsable de ellos, a la pena de seis años de presidio y accesorias del caso. Este fallo lo revisó el Tribunal Superior de la misma ciudad, en orden a recurso de apelación, en el suyo del 26 de julio también del año pasado, y lo confirmó, aunque aumentando la pena principal en ocho meses.

DEMANDA DE CASACION

El recurrente, dentro de la demanda de casación, formulada por medio de apoderado y conforme a las exigencias legales, invoca como única causal la prevista en el ordinal 2º del artículo 567 del C. de P. P. y con fundamento en ella hace al fallo acusado los siguientes cargos específicos:

a) Al dictamen pericial rendido por los peritos grafólogos del Servicio de Inteligencia, respecto a las firmas que aparecen en el endoso de los cheques de los señores Arturo Duque y José Miguel Tabares, se le dio el valor de plena prueba en contra del procesado señor Duque Ríos, lo que significa la violación del artículo 268 del C. de P. P.;

b) La sentencia por errada interpretación de los hechos, entiende que el procesado Duque Ríos consumó el delito de falsedad, lo que no es exacto, puesto que aún en el caso de aceptar que puso, a modo de firma, los nombres y apellidos de los beneficiarios de los cheques para simular los endosos, faltaría la imitación, elemento que es indispensable para la configuración del citado delito;

c) En el fallo, por errada interpretación y apreciación del hecho relativo a las firmas que se suponen falsas, se sostiene la existencia de dos delitos, el de falsedad y estafa, precisamente sobre la base de ese único hecho a que se hace alusión, lo que viola el principio "non bis in idem"; y,

d) La sentencia da por plenamente demostrado el dolo específico, respecto del delito de falsedad, cuando lo cierto es que en torno a ese elemento no existe prueba en el proceso. El hecho de firmar el endoso de los cheques nada tiene que ver con ese delito sino que debe entenderse como maniobra generadora del delito de estafa.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, luego de estudiar la demanda conforme a la causal invocada y en orden a cada uno de los cargos que se hacen al fallo impugnado, ninguno de los cuales, en su parecer, está demostrado, pide que la sentencia no sea casada.

SE CONSIDERA:

El dictamen grafológico al que, en sentir del recurrente, se le dio en la sentencia impugnada un valor de que carece, revistiéndolo del carácter de plena prueba, es del tenor siguiente:

"Las firmas incriminadas 'Arturo Duque B.'... y 'José Miguel Tabares', al reverso de los cheques incluídos al folio 63, son apócrifas, por cuanto no contienen los valores kinéticos, de expresión y de signo propios de la autenticidad conocida en el expediente. En cambio, guardan en sí los rasgos idióticos y característicos de la grafía del sindicado y hasta un punto tal que ni siquiera puede hablarse de que en esos tres casos hubo imitación formal de los modelos genuinos, si es que se descarta, en parte, el muy ligero amago mimético que contempla la 'A' y la 'B' en la pseudofirma 'Arturo Duque B', proceso éste inefectivo e inadecuado para la simulación de letra ajena, por lo extremadamente precario que es".

"La identificación de la mano del sindicado se establece de inmediato en la acentuación caligráfica del trazado, en la sucesión fácil y cursiva de los gramas componentes, en el tono energético de los arcos y flexiones, en la morfología de la 'D', la 'c', la 'r', la 't', la 'f', la 'g', la 's', la 'a', etc., todas las cuales cumplen un igual desplazamiento, gesto y acabado en los campos adscritos al cotejo y sin que valga hacer entre estos cuadro alguno aún de mínimas diferencias objetivas o de sustancia". (Fl. 74 del cuaderno 1º).

Este dictamen, como puede apreciarse, está debidamente fundamentado a través de una serie de observaciones que lo hacen de valor excepcional en contra del señor Duque Ríos, y entonces no era posible, bajo ningún aspecto ni punto de vista, desecharlo.

El dictamen grafológico, sin embargo, no fue prueba única para la condena, puesto que se tuvo en cuenta que los cheques los giró la Compañía de Seguros Bolívar con la firma de su Gerente en Bogotá, señor Enrique Cortés, y del Agente de ella en Chinchiná, señor Duque Ríos, quien debía entregarlos a los beneficiarios y no lo hizo, hecho que, como es obvio, constituye grave indicio en contra suya y, además, que los cheques fueron a dar a la cuenta personal del procesado, circunstancia que, a su vez, configura otro indicio que lo compromete, el cual, sumado al anterior y al dictamen pericial, vino a constituir la prueba en que se basó la sentencia objetada, particularmente en lo que dice al endoso y firmas en que descansa la imputación por el delito de falsedad. En estos términos cabe entonces concluir en que el primer cargo que se hace al fallo carece de fundamento.

El ordinal 1º del artículo 231 del C. P. se refiere a dos formas distintas de consumación del delito de falsedad en documentos. La una dice relación a contrahacer "letra, firma o rúbrica", y la otra a fingir "letra, firma o rúbrica". La primera de ellas envuelve, sin duda, la idea de imitación, puesto que contrahacer significa "hacer una cosa tan parecida a otra, que con dificultad se distingan". No sucede lo mismo con respecto a la segunda, ya que fingir tiene como acepción "dar existencia ideal a lo que realmente no la tiene", efecto que se logra a través de la simple apariencia, de la simulación o del engaño, sin necesidad de echar mano de la imitación.

En el caso de autos se atribuye al señor Duque Ríos una falsedad, consumada de acuerdo con la segunda forma de que se hace mérito, y entonces no era necesaria, para la configuración del delito, esa imitación de firma y rúbrica que echa de menos el recurrente dentro de los endosos indebidos que ofrecen los cheques de los señores Arturo Duque y José Miguel Tabares. No prospera, por lo tanto, el segundo cargo que se formula al fallo acusado.

El delito de falsedad en instrumentos negociables, conforme a lo dispuesto en el artículo 233 del C. P., se equipara al de falsedad en documentos públicos, lo que quiere decir que participa del carácter formal que corresponde a estos últimos y entonces, como es lógico, no necesita para su configuración, que su autor logre el provecho que pudo determinar su conducta de falsario. De ahí que si el instrumento, luégo de ser falsificado, se emplea como medio engañoso, así sea por el mismo que le ha dado esa vida, para obtener en perjuicio de otro un provecho económico, se haga indispensable proclamar, como ocurrió en el evento de autos, el concurso de dos delitos, uno de falsedad y otro de estafa, sin que con ello se viole el principio "non bis in idem", puesto que, de un lado, la acción que integra la falsedad, tanto en el orden psíquico como en el orden físico, es distinta de aquella otra que viene a culminar, con la denominación de estafa, en el atentado contra el derecho de propiedad y, del otro, los bienes jurídicos que se le lesionan también son distintos, ya que en el primero es la fe pública y en el segundo el patrimonio. No prospera, en consecuencia, el tercer cargo que se hace a la sentencia recurrida.

El último cargo al fallo y que se ha señalado como el cuarto, se formula como consecuencia de los otros, especialmente del tercero, y así, en rigor, las razones que se expusieron para el rechazo de éste son, a su vez, valederas para hacer lo mismo con aquél, las cuales, sin embargo, conviene robustecer a través de la oportuna jurisprudencia que recuerda, con acierto, el señor Procurador y que dice lo siguiente:

"En muchos casos basta la comprobación de la falsedad para que la intención de causar daño se presuma, como acontece en la falsedad material en los documentos públicos, o en los asimilados a tales para efectos de la sanción (artículo 233),

por ejemplo si se acredita la sustitución de la cláusula de un testamento o la suplantación de una firma en una letra de cambio, cheque o pagaré. Es que entonces hay que respetar por sobre todo la fe pública debida al documento y la prueba de la falsedad se hace patente con el hecho material que la constituye".

De todo cuanto se deja expuesto se desprende, como lógica conclusión, que no es dable casar el fallo materia de la impugnación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación con respecto al fallo materia de estudio en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres.—Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pompilio León L., Secretario.

POR HABERSE INCURRIDO EN NULIDADES CONSTITUCIONALES EN LA TRAMITACION DEL PROCESO POR EL DELITO DE HOMICIDIO FRUSTRADO, SE INVALIDA LA SENTENCIA CONDENATORIA Y SE ORDENA REPONER LA ACTUACION

Irretroactividad de la ley procesal desfavorable. — Excepción de inconstitucionalidad.

1.—La técnica del recurso de casación impone estudiar las causales que se invoquen, no en el orden en que aparezcan en la demanda, sino según la mayor capacidad que ellas tengan con respecto al fin para el cual han sido establecidas. Y es indiscutible que la causal cuarta, entre las que enumera en forma taxativa el estatuto procesal penal, es la que corresponde con más propiedad a aquella condición. Lo cierto es que alegada una nulidad, sea ella legal o constitucional, por lo mismo que afecta el procedimiento que sirvió de base al fallo impugnado, resultaría inconducente darle preferencia al examen de otros cargos, toda vez que, al prosperar el recurso por aquel concepto, es inútil e inoficioso el estudio de los demás motivos.

2.—Tiene derecho el acusado de conocer cuáles son los hechos que se le imputan y cuál la definición jurídica que a ellos corresponde en el código punitivo, también lo tiene a ser juzgado con sujeción a normas procesales preestablecidas y ante Juez competente y en fin con todas las garantías que en el momento de violar la ley amparaban el derecho de defensa y los medios de hacerlo efectivo; porque todos estos presupuestos para juzgar son exigidos por la Carta Fundamental. De donde se deduce que cuando resultan vulnerados por aplicación retroactiva de preceptos posteriores más desfavorables, alcanzan a constituir una causal de nulidad supralegal, por el desconocimiento de fundamentales principios consagrados en la Constitución para el juzgamiento penal.

3.—El hecho de someter un proceso penal a normaciones de procedimiento que no regían al tiempo de la ejecución del delito, implica que el principio de la favorabilidad de la ley en materia criminal, como genéricamente la consagra la Constitución, no se ha cumplido. Entonces ese concepto de la ley más favorable o benigna gravita de manera fundamental en todo el ámbito del proceso, porque el hecho de no cumplirlo o desconocerlo significa que no se tuvo en cuenta que la anterioridad de los preceptos reguladores del juicio implicaba de por sí que los posteriores desfavorables no podían tener vigencia para aplicarlos a hechos cumplidos antes de la expedición de las nuevas normas. Y ese desconocimiento comporta nulidad supralegal, como quiera que vulnera principios fundamentales reconocidos en la Ley de Leyes, que no pueden ser conculcados porque entonces el régimen de derecho desaparecería para dar campo a la arbitrariedad.

4.—La doctrina de los constitucionalistas, tanto nacionales como extranjeros, concuerda con la facultad de atribuir a los jueces, en cada caso determinado, la excepción de inconstitucionalidad de un precepto legal,

cuando quiera que exista incompatibilidad entre las normas de la Carta y la ley, en cuyo evento se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales (artículo 215 de la Constitución). Conforme a las doctrinas de tales tratadistas, no cabe la menor duda de que una ley inconstitucional no es obligatoria, por lo menos para la rama jurisdiccional, cuando en un caso particular tenga que aplicarla y así se solicite por parte legítimamente interesada en el juicio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL. — Bogotá, abril veintiséis de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.)

VISTOS:

Por medio de apoderado especial, Ramón Elías Idárraga, procesado por el delito de homicidio imperfecto en la modalidad de frustrado, en la persona de Julio César Gaviria Bedoya, interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, que confirmó la proferida por el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad, el cual impuso al reo la pena de cinco (5) años y cuatro (4) meses de presidio e incorporales anexas, junto con la obligación, en calidad de medida reparadora, de indemnizar los perjuicios causados y la confiscación del arma con que delinquió.

El recurso fue admitido por la Corte, y como están cumplidos los trámites que le son propios, se procede a su decisión.

HECHOS

El Tribunal relaciona los hechos así:

"Por largo tiempo y a raíz de diferencias en materia laboral, Ramón Elías Gaviria Idárraga y Julio César Gaviria Bedoya, permanecieron enemistados. Varias incidencias hubo entre ellos, y la tirantez de ánimos no pudo modificarse, como para pensar que volvieran por los fueros de la concordia. Así, pues, la situación entre esos dos rivales era bien peligrosa, y todo culminó con los hechos de que da cuenta este negocio. En efecto: en fecha seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, Julio César se encontraba en Santa Rosa de Cabal, ciudad de donde ambos son vecinos, y en una de las vías urbanas, no lejos de la tienda o cantina de Lázaro Restrepo fue acometido por su enemigo, el cual empleó como arma un revólver. Dice el agraviado que el disparo le fue hecho bandidamente, en forma villana; pero el procesado sostiene que lo hizo en un instante de miedo, para defenderse"

ACTUACION PROCESAL

La investigación de los hechos la inició la Inspección Primera Municipal de Policía de Santa Rosa de Cabal, en la misma fecha de su ocurrencia, 6 de diciembre de 1958. Una vez que se conceptuó concluída, se puso el proceso a disposición del Juzgado Penal del Circuito, funcionario éste que consideró que se trataba de un homicidio imperfecto en el grado de frustración, y, en consecuencia dispuso remitir el negocio al repartimiento de los Jueces Superiores de Manizales, en donde cumplida esta formalidad, correspondió al Tercero Superior, quien como primera providencia, después de ordenar la recepción de algunas diligencias que hacían falta, entró a estudiar si en realidad se estructuraba jurídicamente aquella forma de infracción en las ocurrencias delictivas de autos.

Del análisis minucioso que hizo el Juez Tercero Superior, llegó a concluir que "aquí se trata de un caso de lesiones personales, de exclusivo conocimiento del señor Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, dadas la incapacidad y consecuencias fijadas al ofendido por los facultativos en el último dictamen rendido por ellos".

Consecuencia de lo anterior fue remitir el expediente al funcionario antes nombrado, por ser de su competencia el proceso, "advirtiéndole que si no acepta queda propuesta la colisión de competencias negativa, para que sea el Tribunal el que en definitiva decida sobre el particular". (Fls. 53 a 56 del cuaderno principal).

Por su parte el Juez Penal del Circuito de Santa Rosa, tras de un detenido examen de los hechos y de las constancias procesales, se produjo en el sentido de que "NO ACEPTA la competencia que se atribuye en este sumario, y ordena enviarlo al Honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial, a fin de que dicha alta entidad decida la colisión".

El pensamiento de este funcionario se refleja en el siguiente párrafo con que termina la motivación que le sirve de fundamento a la conclusión anterior:

"En los anteriores apartes consigna este Despacho su pensamiento en el sentido de que la investigación levantada alrededor de los hechos de que se acusa a Ramón Elías Gaviria Idárraga, revelan la configuración de un ilícito 'Del Homicidio' imperfecto en su modalidad de frustrado. En consecuencia no se aceptan las razones expuestas por el señor Juez Tercero Superior de Manizales en el auto de fecha julio 1º del corriente año, en las que se afirma que es este Juzgado el competente para conocer y fallar el presente proceso". (Fls. 58 a 65 del cuaderno principal).

En providencia del 14 de agosto de 1959, el Tribunal dirimió la colisión provocada entre los funcionarios antes mencionados, "en el sentido de que es al señor Juez Tercero Superior a quien corresponde -por las razones anotadas en la parte motiva- el conocimiento del presente negocio". (Fls. 69 a 76 del mismo cuaderno principal).

Vuelto el proceso al Juez indicado, dispuso inmediatamente la remisión del incriminado para ponerlo a disposición del Juzgado en la Cárcel Nacional y ordenó al mismo tiempo dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto número 0012, es decir, se decidió seguir la tramitación de conformidad con las normas del citado Decreto y en consecuencia, con base en el artículo antes dicho, en auto de fecha 15 de enero de 1960, declaró cerrada la investigación y determinó el traslado a las partes por el término de tres días para presentar sus alegatos (fls. 86). Siguió, entonces, el trámite de rigor establecido por el mentado Decreto, hasta culminar en la sentencia condenatoria, objeto del recurso de casación que se estudia.

DEMANDA

El recurrente en el libelo dice qué son dos las causales que invoca, por lo cual dividirá este acápite que titula "causales de casación" en dos capítulos diferentes. El primero, con fundamento en la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P., lo destina a demostrar que la sentencia recurrida, "por errada interpretación de los hechos, se le atribuyó un valor probatorio que no tienen algunos de ellos, y a la vez, se les negó el que sí tienen, siendo estos eximentes de la responsabilidad penal del acusado".

Analiza luego cada uno de estos apartes, marcados con letras alfabéticas, como "hechos a los cuales se les atribuyó un valor probatorio que no tienen", para concluir después de ese examen prolijo y minucioso de todos los elementos de juicio recogidos durante la investigación, que "en la sentencia recurrida, por errada interpretación de los hechos, se desconoció la existencia de una legítima defensa de la vida, circunstancia que es eximente de responsabilidad".

El capítulo segundo de la demanda está destinado a corroborar y a hacer viable la afirmación de que "la sentencia recurrida es violatoria de la ley procedimental por haberse producido en un juicio viciado de nulidad", lo que quiere decir que se invoca la causal cuarta, la cual en las peticiones finales de la demanda se aduce como subsidiaria, pues la petición principal se hace consistir en que se invalide la sentencia proferida por el Tribunal de Manizales en la causa adelantada contra Ramón Elías Gaviria, "por el presunto delito de homicidio frustrado y en su lugar dicte la Corte el fallo que deba reemplazarlo".

Tres son, en sentir del recurrente, las nulidades que afectan la validez del proceso, a saber:

"a) La incompetencia de jurisdicción, consistente en que en el caso de autos se trata no de un homicidio frustrado, como erróneamente lo consideró el II. Tribunal, sino de un delito de lesiones personales, y por consiguiente el funcionario competente para dictar el fallo de primera instancia es el Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal y no el Juez Tercero Superior de Manizales.

"b) Se dictó sentencia condenatoria sin que en el proceso existiera plena prueba para condenar, hecho que entraña una nulidad constitucional al tenor de lo dispuesto por el artículo 7º del D. E. 0012 de 1959, en concordancia con el artículo 26 de nuestra Carta Magna; y

"c) Se aplicó al proceso las normas del D. E. 0012 de 1959 con flagrante violación de lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional, hecho que entraña una nulidad".

Analiza, uno a uno esos distintos aspectos de

las nulidades que alega, en apartes separados, marcados con las letras A, B y C. Mas la Corte no se detendrá en los dos primeros, porque en lo tocante al distinguido con la letra A, la impugnación para ser legal debería haberse formulado con fundamento en el ordinal 8) del artículo 198 del C. P. P. y no con el ordinal 1º de la misma disposición.

Tampoco hay razón para considerar el marcado con la letra B, porqué del examen del artículo 7º del Decreto 0012 que se cita en apoyo de la afirmación que hace el recurrente de que se dictó sentencia condenatoria sin prueba para ello, lo que constituye en su concepto nulidad, porque de ser esto así, no habría propiamente tal vicio procesal, sino un cargo contra la sentencia, debatible de conformidad con una causal distinta de la alegada en esta parte de la demanda, que correspondería a la segunda del artículo 567 del estatuto procesal procedimental. Resulta, por lo mismo, mal invocada la causal cuarta en lo pertinente.

Otra cosa ocurre en el aparte c) de la demanda, porque en él se invocó una nulidad constitucional o supralegal, que de prosperar, haría variar la faz jurídica del proceso.

En efecto, la demanda argumenta de la siguiente manera en apoyo de sus pretensiones por este nuevo aspecto de la cuestión:

"APARTE C. A folios 86 del informativo aparece un auto dictado por el Juez 3º Superior en virtud del cual ordena proseguir la tramitación del negocio de acuerdo con las normas fijadas por el Decreto Extraordinario 0012 de 1959, en su artículo 3º, en concordancia con el 10º de la Constitución Nacional:

"Artículo 26. — Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

"En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

"El hecho que nos preocupa se consumó el día 8 de diciembre del año de 1958, siendo por consiguiente posterior a la consumación del presunto delito.

"De atender el texto constitucional transcrito, Ramón Elías Gaviria tiene derecho a que se le juzgue de acuerdo con las leyes preexistentes a su acto (Ley 94 de 1938, en el caso concreto) y como si esto fuera poco, debe aplicársele la norma más permisiva o favorable.

"Sin embargo sucedió todo lo contrario: se le juzgó conforme a la ley posterior a la consumación del hecho y que además, es más desfavorable o restrictiva.

"No puede argüirse que el mismo D. 0012 puede autorizar la aplicación retroactiva de sus drásticas disposiciones, porque ello equivaldría a aceptar que con un decreto legislativo puede modificarse la constitución nacional, postulado tan absurdo que no merece ningún comentario.

"Tampoco es de recibo el argumento de que el D. 0012, por ser norma adjetiva o procesal, es aplicable retroactivamente, porque en tal estatuto legal están consignadas disposiciones que por afectar el HABEAS CORPUS, se asimilan a las normas del código penal sustantivo.

"En apoyo de la anterior opinión se puede citar el concepto doctrinario emitido por la H. Corte Suprema de Justicia en casación de 28 de mayo de 1947 (LXIII, 195) que dice:

"...Lo cual no significa en forma rotunda que existan en el C. de P. P. ciertas normas excepcionales que por su naturaleza y características sean de aquellas que puedan considerarse como sustantivas, porque consagran ciertos derechos fundamentales, que, por esas razones, se han consagrado en el C. de P. Tal cosa ocurre, por ejemplo, cuando en este último se traza lo relativo al habeas corpus, detención preventiva, liberación provisional, etc., y para estos casos es precisamente función jurisdiccional la de destacar y señalar por vía de interpretación cuáles de las normas incluídas en el código llamado generalmente adjetivo pueden considerarse como formando parte de la legislación penal sustantiva".

"Podemos citar, a vuelo de pájaro, cuáles son las normas que a nuestro juicio, pueden considerarse como de carácter sustantivo, a saber:

"El artículo 1º que hace competentes a Jueces de Instrucción —Funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público— para fallar en primera instancia, procesos adelantados por los delitos allí enumerados. Acerca de la inconstitucionalidad de esta disposición sobra cualquier comentario.

"El artículo 2º y los que le siguen establecen un procedimiento atentatorio contra el habeas corpus ya que modifican los derechos procesales de los sindicados, y por ende también tienen un carácter sustantivo.

"Finalmente, el artículo 12 modifica el límite de la edad en lo que hace relación a la capacidad del sujeto activo para delinquir, y por consiguiente también es norma de carácter sustantivo.

"El artículo 30 suprime la condena y libertad condicionales en algunos casos, lo mismo que el perdón judicial, siendo, por ende norma penal sustantiva.

"También es inaceptable la aplicación del 0012 desde el ángulo de vista contemplado en el inciso 2º del artículo 26 de la Constitución Nacional. Decir que el citado Decreto es más restrictivo o desfavorable que nuestro Código de Procedimiento, es dar al consumo una verdad de perogrullo. Basta saber que tal Decreto fue expedido dizque para combatir el bandolerismo, no obstante lo cual se ha aplicado a personas que, como mi defendido, apenas han tenido que ver con ese fenómeno violento, como víctimas de él".

Y termina así la demanda:

"En conclusión, el proceso está viciado de nulidad por aplicación indebida (retroactiva) del D. E. 0012 de 1959".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace una extensa réplica de la demanda, analizando con propiedad y sindéresis cada uno de los cargos contra la sentencia recurrida, para llegar a la conclusión de que ellos no están demostrados y solicitar, de la Corte, "que no case la sentencia del H. Tribunal de Manizales que ha sido acusada".

CONSIDERA LA CORTE:

Causal cuarta.—La técnica del recurso de casación —como reiteradamente lo ha dicho la Sala— impone estudiar las causales que se invoquen, no en el orden en que aparezcan en la demanda sino según la mayor capacidad que cada una de ellas tenga con respecto al fin para el cual han sido establecidas. Y es indiscutible que la causal cuarta, entre las que enumera en forma taxativa el estatuto procesal penal, es la que corresponde con más propiedad a aquella condición. Lo cierto es que alegada una nulidad, sea ella legal o constitucional, por lo mismo que afecta el procedimiento que sirvió de base al fallo impugnado, resultaría inconducente darle preferencia al examen de otros cargos, toda vez que si prosperar el recurso por aquel concepto es inútil e inoficioso el estudio de los demás motivos, sobre todo cuando puede existir la posibilidad de que no prosperen.

Siendo ello así procede la Sala, en primer término a examinar la causal cuarta de casación alegada.

Conviene una advertencia previa para iniciar el estudio de la demanda por el aspecto indicado.

La Corte —Sala Penal— ha rechazado varios recursos, esto es, no ha dejado prosperar la causal de nulidad constitucional en procesos seguidos con el procedimiento del Decreto Legislativo 0012 de 1959, basándose para ello en que o bien los procesos en que aquella nulidad se alegaba habían sido iniciados con posterioridad a la vigencia del Decreto (junio 4 de 1959), o bien la demanda planteaba de manera incorrecta y equivocada el principio de la favorabilidad de la ley, sin sólidos basamentos jurídicos que permitieran a la Corporación en aquellos precisos casos declarar la excepción de inconstitucionalidad. Fue así como expresó en alguna oportunidad:

"Fuera más explícita la demanda en el punto concreto a los vicios de inconstitucionalidad que atribuye al Decreto conforme a cuyo procedimiento fue juzgado el procesado, y tal vez podría la Corte conceder una mayor importancia a aquellas razones, porque demostradas por el recurrente, con la demostración que es requerida en el recurso extraordinario de casación, podría estudiarse por la Sala la fuerza de la argumentación, cuya solidez bien pudiera convencerla de que el juzgamiento por el Decreto mediante las ritualidades que prescribe, constituye una violación de los fueros de la defensa y por lo mismo inciden en la nulidad supralegal porque el procesado no fue oído ni vencido en juicio y porque tampoco se le juzgó con la plenitud de las formalidades que les son propias". (Casación de José Vicente Moreno Rincón, de fecha 6 de diciembre de 1960).

Pero este no es el caso sub-judice. Con posterioridad a aquella decisión y en negocios investigados antes de la vigencia del Decreto 0012, por delitos cometidos con anterioridad a la fecha de su expedición, ya señalada y con base en demandas en que la favorabilidad de la ley y la irretroactividad de la misma sí fueron invocadas correctamente, la Sala encontró pertinente exami-

nar el fundamento que tuvieran para dar aplicación al artículo 26, inciso segundo, de la Constitución, en concordancia con el artículo 215 ibidem y declarar de tal suerte viable la excepción de inconstitucionalidad alegada, anulando el proceso respectivo por estar afectado de un vicio que implica nulidad supralegal.

La Sala ha considerado, en efecto, que la ley penal, sea ella sustantiva o adjetiva, que para el caso no difieren de manera fundamental, como reiteradamente lo tiene admitido la doctrina jurisprudencial, no puede aplicarse con efecto retroactivo. Está bien que la nueva ley rija para el futuro, pero no puede afectar hechos delictuosos ni consentir procedimientos judiciales anteriores a su vigencia. Sería tanto como someter al sujeto de una infracción penal a medios todavía no determinados de comparecer en juicio a dar cuenta de su conducta, sin conocer cuáles son los hechos imputados, si ellos corresponden a alguna definición jurídica reconocida en el Código punitivo, si debe ser juzgado con sujeción a normas procesales preestablecidas y ante Juez competente y en fin con todas las garantías que en el momento de violar la ley amparaban el derecho de defensa y los medios para hacerlo efectivo. Como quiera que todos estos presupuestos para juzgar los exige la Carta Fundamental, cuando resulten vulnerados por aplicación retroactiva a preceptos posteriores más desfavorables, alcanzan entonces a constituir una causal de nulidad supralegal, por el desconocimiento de fundamentales principios consagrados en la Constitución para el juzgamiento penal.

El hecho de someter un proceso penal a normaciones de procedimiento que no regían al tiempo de la ejecución del delito, implica que el principio de la favorabilidad de la ley en materia criminal, como genéricamente lo consagra la Constitución, no se ha cumplido. Entonces ese concepto de la ley más favorable o benigna gravita de manera fundamental en todo el ámbito del proceso, porque el hecho de no cumplirlo o desconocerlo significa que no se tuvo en cuenta que la anterioridad de los preceptos reguladores del juicio, implicaba de por sí que los posteriores desfavorables no podían tener vigencia para aplicarlos a hechos cumplidos antes de la expedición de las nuevas normas.

Obrar de otra suerte sería desconocer el principio de la favorabilidad que consagra la Constitución, desarrolla la ley (artículos 40 y 43 de la 153 de 1887) y ratifican los Códigos Penal y de Procedimiento (artículos 3º y 5º) Y ese desconocimiento comporta nulidad supralegal, como quiera que vulnera principios fundamentales reconocidos en la Ley de Leyes, que no pueden ser conculcados porque entonces el régimen de derecho desaparecería para dar campo a la arbitrariedad.

De allí que en las sentencias de casación en los juicios seguidos contra Bernardo Monsalve Carmona, por homicidio, de fecha 14 de marzo del año en curso, 1961, Walter Vidal, fechada el 15 del mismo mes y año y Luis Tulio Gaviria Obando, también por homicidio, del 25 de aquel mes y año, la Corte haya invalidado los fallos acusados, condenatorios de esos sujetos, por hechos consumados antes del 4 de junio de 1959, fecha en que entró a regir el Decreto Legislativo número 0012 de ese año, ordenando reponer el procedimiento desde la providencia en que se dispuso tramitar los procesos de conformidad con las normas de tal Decreto.

Entre los fundamentos más importantes de esas decisiones merecen destacarse los siguientes:

"El canon de la retroactividad de la ley penal favorable o permisiva, y por lo tanto, el de la no retroactividad de la ley desfavorable al sindicado, está erigido en nuestra Carta en un principio supralegal, en una garantía constitucional, como uno de los derechos supremos reconocidos a la persona humana frente al poder del Estado, como uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable de todo ciudadano, que no puede ser desconocido por ninguna norma legislativa, cualquiera que sea la naturaleza de ésta.

"No se necesita hacer un gran esfuerzo comparativo para concluir que el procedimiento establecido por el Decreto 0012, aplicado a este proceso, es notoriamente restrictivo de las garantías procesales de la defensa establecidas con anterioridad a su vigencia". (Casación juicio contra Bernardo Monsalve Carmona).

En posterior fallo dijo también la Corte sobre la materia en estudio:

"3ª. En la ley penal, tomada en su contenido sustantivo, que define los hechos punibles y determina las sanciones, el principio general de la no retroactividad rige como para el común de las

leyes, pero está excepcionado por razones preponderantes, en beneficio de los infractores, para hacerla retroactiva cuando es más favorable o benigna que la ley anterior bajo cuyo imperio pudieron tener ocurrencia hechos todavía no juzgados, e incluso sentenciados.

"4ª.—La consagración por el Constituyente del equitativo principio de que "la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", a que alude el inciso 2º del artículo 26, no ampara a la persona en el juicio criminal sólo por el aspecto sustantivo del derecho penal, como pudiera entenderse de las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la ley 153 de 1887.

"Lo que la Carta establece en cuanto a la ley preexistente, en materia criminal, comprende por igual a los preceptos sustantivos y de procedimiento, dejando, eso sí, a salvo el cánon fundamental de la retroactividad, cuando la ley posterior es más favorable al imputado de la comisión de un delito.

"5ª.—Admitido que las normas procesales son de orden público, no sujetas a dilaciones en su cumplimiento y aplicación porque respecto de ellas no puede hablarse de "derechos adquiridos" que inhiban al legislador para modificar la competencia y la ritualidad de los procesos en curso, y que por la misma razón no prima la ley de procedimiento vigente al momento de la infracción, como es opinión de algunos tratadistas de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Penal, lo evidente es que, aún frente a ese supuesto que interpretaría con arbitrarias restricciones la primera parte del artículo 26 de que se trata, la segunda parte del mismo texto, hace imperativo, en lo sustantivo y en lo procesal, caso de tránsito de legislaciones, aplicar la ley más favorable.

"6ª.—Las leyes de procedimiento no sólo están destinadas a fijar competencias y disponer ritualidades adjetivas de los juicios criminales. Muchas de sus disposiciones, las más importantes, consagran los recursos contra las providencias judiciales, los términos probatorios, el debate dentro del plenario, la asistencia profesional del acusado, los medios de defensa, los recursos extraordinarios, los motivos de detención preventiva, entre otras cosas, todas ellas tan fundamentales, que de un procedimiento a otro pueden de modo esencial afectarse los derechos del sujeto pasivo de la acción penal.

"7ª.—Sería contrario a la Constitución Nacional imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, si cuando ese acusado delinquió regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa.

"8ª.—El alcance del artículo 26 de la Constitución y los textos penales antes transcritos no permite dudar sobre las anteriores consideraciones. El **juicio previo** debe descansar en la ley anterior al hecho del proceso, y la aplicación de una ley posterior a ese evento está condicionada a su carácter permisivo o favorable para el acusado". (Casación juicio contra Walter Vidal).

La doctrina de los constitucionalistas, tanto nacionales como extranjeros, concuerda con la facultad de atribuir a los jueces en cada caso determinado la excepción de inconstitucionalidad de un precepto legal, cuando quiera que exista incompatibilidad entre las normas de la Carta y la ley, en cuyo evento se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales (artículo 215 de la Constitución Nacional, correspondiente al artículo 40 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910).

En efecto, la cuestión relativa a la existencia de leyes inconstitucionales ha sido tratada por prestigiosos autores de Derecho Público. Conforme a sus doctrinas, no cabe la menor duda de que una ley inconstitucional no es obligatoria, por lo menos para la rama jurisdiccional, cuando en un caso particular tenga que aplicarla y así se solicite por parte legítimamente interesada en el juicio.

"El principio de la separación del Poder Legislativo —dice el profesor León Duguit— y la autoridad judicial, no puede compeler a un Tribunal a hacer la aplicación de una ley inconstitucional. Los Tribunales están obligados a aplicar las leyes, es incuestionable; pero deben aplicar tanto las leyes constitucionales como las ordinarias, **por lo tanto, si hay contradicción entre la ley ordinaria y la ley constitucional es ésta la que debe prevalecer, puesto que es la ley superior, y es ella, solamente ella, la que los Tribunales deben aplicar.** Decir que los Tribunales no tienen competencia para apreciar la constitucionalidad de una ley y que están obligados a aplicar todas las leyes, incluso una ley contraria a la Constitución, equivale a decir que pueden violar la

Constitución, lo que no es admisible". ("Manual de Derecho Constitucional". Segunda edición española, pág. 285. Traducción de José G. Acuña).

El constitucionalista colombiano, profesor Francisco de Paula Pérez, comenta así:

"Creemos que los dos artículos se complementan y tienen fines apropiados a casos diversos. El artículo 40 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 busca salvar la integridad constitucional, cuando la ley atentatoria no ha sido acusada. Le ordena entonces al empleado que se abstenga de aplicarla en los casos concretos en que, a su juicio, sea incompatible con el estatuto supremo; no le dice que la anule, ya que esto es cosa distinta. Su fallo es particular y con relación a un juicio determinado. Tanto es así, que un estudio posterior puede llevarlo a deducciones distintas y variar su criterio interpretativo. El artículo 41 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, es de mayor alcance y atribuye a la Corte un fallo definitivo que debe acatarse por todos. Surge una especie de litigio en que son partes el constituyente, que reclama sus fueros especiales, y el legislador que considera actuar dentro de su límite ordinario. Viene un tercero —la rama jurisdiccional— y dice de qué lado está la razón en la querella. No queda ya sino someterse y seguir la regla trazada" ("Derecho Constitucional Colombiano", tomo II, tercera edición, pág. 285).

El doctor Tulio Enrique Tascón, distinguido intérprete de la Constitución Nacional, comenta así:

"Lo que el artículo 40 enseña (se refiere al Acto Legislativo Nº 3 de 1910, correspondiente al 215 de la codificación constitucional vigente) es que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales; pero el verbo aplicar da la clave para la interpretación del artículo, pues no indica que son los Tribunales los que tienen (como en los Estados Unidos) la facultad de dejar de aplicar la ley cuando ella sea inconstitucional, y la de aplicar preferentemente, en un caso dado, las disposiciones constitucionales: sólo las autoridades públicas aplican las leyes; los particulares no las aplican sino que las obedecen y cumplen".

Y como última cita, la muy autorizada del constitucionalista y profesor doctor Alvaro Copete Lizarralde, quien en conocida obra, "Lecciones de Derecho Constitucional", comenta el artículo 215 de la Carta, diciendo:

"Para el eminente maestro Moreno Jaramillo la diferencia esencial entre el artículo 214 y el 215 reside en que el primero autoriza a la Corte para declarar la inexequibilidad y el segundo faculta a los funcionarios para declarar la inaplicabilidad de la ley. Uno y otro fenómeno se basan en la falta de conformidad de la norma con la Constitución, mas se distinguen en que aquélla produce efectos erga omnes y juzga la ley misma, en tanto que ésta sólo tiene efecto para el caso controvertido, y no afecta la sustancia de la norma.

"Aceptando las conclusiones diferenciales de los dos textos, no creemos que ellos produzcan en razón una diversidad esencial entre la inexequibilidad y la inaplicabilidad, que ambas tienen su base en que una norma legal contraríe la Carta. Lo único que puede autorizar a un funcionario para dejar de aplicar la ley, es el ser ésta inexequible por inconstitucional. A nuestro entender, el fondo de la declaración en los dos casos es el mismo; sólo varía el valor que ella tiene en sus efectos futuros. Es bien sabido que en los Estados Unidos no existe la vía activa para el control jurisdiccional de las leyes; sin embargo, la decisión de la Corte al resolver una excepción tiene fuerza similar a la de la Corte colombiana, en virtud del carácter consuetudinario que predomina en el derecho estadinense, lo que da fuerza notabilísima a los precedentes judiciales, hasta el punto de que aunque en teoría no se haya juzgado la ley misma, en la práctica una norma declarada inconstitucional por la Corte deja de tener aplicación general".

Y al referirse el mismo autor a las diferencias entre la acción y la excepción, expresa conceptos que en las decisiones de esta Sala, para los casos determinados, en que ha debido conocer por fuerza el recurso de casación apoyado en la causal cuarta, por petición de los interesados para que se aplique la excepción de inconstitucionalidad, o lo que es igual, no se apliquen ciertas normas del Decreto 0012 por resultar más desfavorables, produciendo esto un vicio de nulidad supralegal, tienen importante resonancia, toda vez que contestan la objeción de la Procuraduría Delegada en lo Penal, cuando se ha opuesto a que por vía de excepción se admita la inexequibilidad de ciertas disposiciones de aquel Decreto. Dice Copete Lizarralde:

"**Funcionario competente.**—Para decidir sobre la acción de inconstitucionalidad tiene la Corte competencia privativa. Para decidir sobre la excepción de inconstitucionalidad es competente cualquier funcionario con jurisdicción, que deba aplicar la ley.

"**Efectos de la sentencia.**—La sentencia que desata la acción de inconstitucionalidad, ya lo hemos visto, produce efectos **erga omnes**. La providencia que resuelve la excepción, aunque sea dictada por la Corte, sólo produce efectos para la parte que la alegue.

"**Titulares de la acción y de la excepción.**—Ya hemos visto nuestro concepto con relación a la diferencia entre la acción y la excepción por razón de los titulares de cada una de ellas. Mientras que la primera sólo puede ejercitarla un ciudadano, la segunda puede ser alegada por toda persona a quien se vaya a lesionar con la aplicación de una ley.

"**Interés en el juicio.**—La acción del artículo 214 es pública. No es menester demostrar interés particular para solicitar la declaratoria de inexequibilidad. Se consagra en interés de la Constitución. Y por ello no es aceptable su desistimiento. La excepción del artículo 215 sólo puede oponerse por la persona que demuestre interés privado en la no aplicación de una norma inconstitucional". ("Lecciones de Derecho Constitucional", 3ª Edición).

Por las observaciones anotadas, se concluye que el artículo 215 de la Constitución al consagrar la excepción de inconstitucionalidad, no solamente, faculta al Juez para conservar los imperiosos mandatos del Estatuto Fundamental en un caso determinado, sino que lo obliga a la guarda de las garantías supralegales.

Demostrada, como lo está en el presente caso, la excepción de inconstitucionalidad, puesto que los hechos tuvieron ocurrencia el **6 de diciembre de 1958**, es decir, antes de la vigencia del Decreto Extraordinario 0012 (junio 4 de 1959), forzosamente se tiene que aceptar la nulidad propuesta por el recurrente con base en la causal cuarta de casación. No significa lo anterior, que la Sala Penal al dar esta solución al recurso aquí propuesto, esté invadiendo la jurisdicción correspondiente a la Sala Plena de la Corte, en lo tocante a la acción pública de la inexequibilidad, conforme a lo preceptuado en el artículo 214 de la Carta, pues tal acción puede ser ejercitada por cualquier ciudadano —y ya lo ha sido— para que la Corte en pleno y por vía general, decida si son o no constitucionales los actos a que se refiere la última disposición citada.

Por lo tanto, el fallo que profiera la Sala Plena, en el que se decida sobre la acción de inexequibilidad, tiene efectos **erga omnes**, mientras que cuando se decide sobre la excepción en un caso sub-judice, cualquier funcionario con jurisdicción puede hacerlo en el momento de aplicar la ley.

Prospera, pues, la causal cuarta alegada y en consecuencia, se procede a dar aplicación al ordinal b) del artículo 570 del C. de P. P.

DECISION DE LA CORTE:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, **INVALIDA** el fallo recurrido a que se ha hecho mérito, y ORDENA devolver el proceso al Juez del conocimiento, por conducto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, para que se reponga el procedimiento a partir del auto de enero quince (15) de mil novecientos sesenta (1960). (Fls. 86 del primer cuaderno).

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

NO PROSPERAN LOS CARGOS QUE, CON FUNDAMENTO EN VARIAS CAUSALES SE HICIERON CONTRA LA SENTENCIA QUE CONDENO POR HOMICIDIO Y ROBO AGRAVADOS

1.—El sistema legal colombiano quiere que todos los individuos puedan explicar su conducta y aducir las razones en favor de su inocencia, produciendo todas y cada una de las pruebas que al efecto crean necesarias para ese fin. Mas no por eso se podría generalizar la cuestión hasta el extremo de tener como nula toda actuación en que alguien pretenda que hubo carencia de amparo eficaz del sindicado, a causa de la lenidad, descuido o negligencia de los apoderados, puesto que la ley lo que brinda es la garantía general de defensa, consistente en la posibilidad de protección, a sea oportunidad para todos los medios de defensa lícita, pero no puede llegar a determinar la forma de ejercer en cada caso un ministerio como el de la defensa de los sindicados.

2.—Es reiterada la doctrina como la jurisprudencia, y concretamente la de la Corte, en el sentido de considerar como plena prueba un indicio no necesario cuando se une a otros, que en su conjunto son precisos, graves y conexos, y tienden todos al señalamiento de cierta persona como autor del delito. En el caso presente, el indicio que resulta de las huellas dactilares, es cuando menos un indicio no necesario, que en unión con todos los demás que encontró el juzgador, forman un todo único, una pluralidad que al presentar las condiciones que se han enunciado, adquiere el rango lógico y jurídico de plena prueba.

3.—No es del caso hablar de complicidad correlativa cuando el homicidio ha sido previamente concertado y estudiado, cometido en complicidad y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión. Porque la complicidad correlativa es figura que se refiere comunmente al delito —de homicidio o de lesiones— cometido y originado en forma imprevista, en la que, por haber participado activa y confusamente un número plural de contrincantes, no hay manera de determinar de modo nítido las consecuencias de la acción física de cada uno de ellos; y en virtud de esa incertidumbre dispone la ley (artículo 385 del Código Penal) que todos ellos deben quedar sometidos a la sanción correspondiente disminuida de una sexta parte a la mitad.

4.—El artículo 255 del Código de Procedimiento Penal reglamenta el valor probatorio de la confesión, que no es otra cosa que la declaración del sindicado en que reconoce explícitamente su participación en el hecho criminoso, es decir, el reconocimiento de su autoría, y, por lo tanto, de su responsabilidad. De donde se deduce que cuando el sindicado niega rotundamente toda participación en los hechos delictuosos, no puede hablarse en forma alguna de confesión, ni alegarse que el sentenciador, en obedecimiento a la norma citada, debe tomar en su integridad el dicho del sindicado, puesto que la consideración de sus palabras como un todo indivisible sólo es pertinente cuando se trata de una confesión, la que en este caso no ha existido.

5.—Es doctrina invariable de la Corte que la causal segunda de casación exige no simplemente la enumeración de ciertos hechos y

la crítica, justificada o no, que le merezcan al recurrente, sino una demostración exhaustiva y estricta, de cada una de las circunstancias que confluyen a estructurar una errónea interpretación o apreciación de los hechos. Debe hacerse un análisis cabal de los hechos, del estudio que ha cumplido el Tribunal, y de las equivocadas apreciaciones de ellos, para sostener legítimamente que, o bien se dejaron de tener en cuenta, o se les asignó valor probatorio del que carecen.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — Bogotá, abril veintiséis de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Mediante sentencia de fecha 18 de febrero de 1960, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué confirmó, en su totalidad, la proferida por el Juzgado 6º Superior de ese distrito judicial el 9 de octubre de 1959, por medio de la cual fueron condenados a la pena principal de veintidós años de presidio Atanael León González y Argemiro Palomino Hernández, además de las correspondientes sanciones accesorias, por los delitos de homicidio y robo agravados, cometidos en coparticipación, en la persona de Julio César Tovar Tovar el día 3 de febrero de 1959, en las primeras horas de la noche. Uno de los condenados, Atanael León González interpuso por sí mismo el recurso extraordinario de casación, que por haber sido oportuna y debidamente interpuesto y sustentado, fue concedido por el Tribunal, y luégo admitido por la Corte.

HECHOS:

En la carretera que de Ibagué conduce a Armenia, en el Departamento del Tolima, fue encontrado el 3 de febrero de 1959 el cadáver de Julio César Tovar Tovar, quien habitualmente desempeñaba las labores de conductor de vehículos de servicio público, y según las constancias procesales, había sido contratado ese día para realizar un viaje fuera de la ciudad, por un sujeto desconocido y sospechoso. Al lado del cadáver fue encontrado, cuando se realizó la diligencia de levantamiento del cadáver, un automóvil marca Willys, modelo 1953, con placas X-29019, afiliado a la empresa "Velotax", en la cual prestaba sus servicios la víctima. De la autopsia practicada sobre el cadáver, resultó que éste presentaba dos heridas: una, producida por el impacto de arma de fuego, perforó el pericardio y lesionó el corazón, de donde se deduce que era necesariamente mortal; y otra, que estaba localizada en el brazo izquierdo.

Del relato hecho, tanto por la viuda del occiso y por la hija de éste, como por algunas otras probanzas que obran en el proceso, parece que la víctima abrigaba temores de ser eliminado, ya que personas interesadas le habían hecho el cargo de ser individuo que aprovechaba su oficio de conductor para transportar armas a la población de Villarrica. Así se lo habían hecho saber sus allegados, a pesar de lo cual el día de los hechos, a la hora del almuerzo, comunicó a su mujer que un individuo que le era sospechoso, por cuanto él no lo conocía, y por la propia figura del mismo, le había pedido que lo transportara a determinado sitio de la ciudad, y que al descender del vehículo había concertado con él, para las cinco de la tarde del mismo día, un viaje fuera de la ciudad. No obstante los temores manifestados por la esposa, en vista de las circunstancias planteadas por su marido con respecto al viaje propuesto por el desconocido, Tovar insistió en hacerlo, diciéndole a aquélla que, si le iba bien en el viaje, regresaría aproximadamente a las ocho de la noche. Esa noche, parece que en las primeras horas, fue muerto Tovar en medio de la carretera citada, donde fue encontrado con los impactos de arma de fuego a que se ha hecho mención, notándose, además, que había sido despojado de algunos efectos personales que ordinariamente portaba consigo, como eran un reloj de pulso, y un anillo de piedra roja, que posteriormente fueron encontrados en poder del sindicado Atanael León González. Este y otros indicios —como se verá más adelante— constituyeron la base para que el Juez de primera instancia —sin intervención de jurado, por haberse tratado de un delito de homicidio agravado juzgado por los trámites del decreto 12 de 1959— dictara la sentencia condenatoria aludida, que fue posteriormente objeto de total confirmación por parte del Tribunal de Ibagué en providencia que ahora es materia del recurso de casación.

CONCEPTO FISCAL

El señor abogado auxiliar, encargado del Despacho de la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal, en extenso y pormenorizado estudio, analiza, tanto los hechos como la demanda de casación, que fue formulada por el señor apoderado del sindicado, y después de agotar de modo concienzudo y metódico ese examen, termina por desechar todas las causales de casación que fueron alegadas por el apoderado recurrente, y pedir, en consecuencia, que no se case la sentencia sometida a estudio de la Corte.

EL RECURSO:

Con la mira de impugnar la sentencia, invoca, el señor apoderado del sindicado en su demanda, las siguientes causales del Código Penal, artículo 567, en su orden: 4ª, a la cual le formula cuatro cargos; causal 2ª, con base en la cual hace, en resumen, cinco cargos; y causal 1ª. En ese mismo orden se estudiarán los reparos del demandante, en los que éste funda la pretendida invalidación de la sentencia.

CAUSAL CUARTA.—Los cargos, que según el demandante, configuran la existencia de la causal cuarta de casación, son en resumen los siguientes:

a) El vicio de nulidad que tiene la sentencia, por cuanto el proceso fue adelantado sin que el sindicado hubiera tenido una adecuada defensa dentro de él, puesto que el apoderado desarrolló una acción propiamente negativa. Y siendo así que la Constitución Nacional en su artículo 26 establece la prohibición de juzgar a las personas si no es conforme a las leyes preexistentes al acto que se les impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, considera el demandante que en cuanto a esta última parte de la disposición de la Carta, se ha incurrido en la presente actuación, en una verdadera nulidad de orden constitucional, ya que a su juicio, la falta de adecuada defensa implica el incumplimiento de esas formas propias, en este caso, del proceso penal.

La Sala no acepta este planteamiento del señor apoderado del demandante en casación. No se puede confundir el deber moral y profesional que tiene un abogado de ser solícito en el cumplimiento de su cometido, especialmente en materia penal, con la absoluta falta de garantías del sindicado, hasta el punto de que haya carecido de toda forma de defenderse. Por el contrario, el sistema penal colombiano quiere que todos los individuos puedan explicar su conducta y aducir las razones en favor de su inocencia, produciendo todas y cada una de las pruebas que al efecto crean necesarias para ese fin. Mas no por eso se podría generalizar la cuestión hasta el extremo de tener como nula toda actuación en la que alguien pretenda que hubo carencia de amparo eficaz del sindicado, a causa de la lenidad, descuido o negligencia de los apoderados, puesto que la ley lo que brinda es la garantía general de defensa, consistente en la posibilidad de protección, o sea oportunidad para todos los medios de defensa lícita, pero no puede llegar a determinar la forma de ejercer en cada caso un ministerio como el de la defensa de los sindicados.

Aún más, cuando, como en el presente caso, no es cierto que la defensa haya sido nula, pues como muy bien lo anota el señor Agente del Ministerio Público, aceptando, en gracia de discusión, el abandono de sus deberes por parte de su apoderado durante la etapa sumarial, el propio sindicado, por sí mismo asumió la defensa de sus intereses; y tanto es así, que la sentencia del Juzgado del conocimiento fue apelada, del mismo modo que luégo fue interpuesto el recurso de casación contra la sentencia confirmatoria del Tribunal de Ibagué.

Por último, como también lo observa el señor Fiscal, sería muy peligroso aceptar semejante motivo como constitutivo de un cargo para desvirtuar en casación una sentencia, ya que bastaría el acuerdo malicioso entre defensor y defendido, en el sentido de privarse aquél de toda actuación, tanto dentro del sumario como dentro de la causa, para que todas las sentencias pudieran ser invalidadas por la Corte, lo cual sería además de peligroso, absurdo y antijurídico.

b) El segundo cargo que integra, según el señor apoderado del demandante, la acusación, con base en la causal 4ª del artículo 567 del C. P., lo hace consistir en que la sentencia condenatoria de Atanael León es violatoria de la ley procesal penal por haberle dado valor de plena prueba al indicio derivado de las huellas dactilares encontradas en uno de los vidrios del vehículo en el que se cometió el delito, y que de acuerdo con los resultados técnicos, correspondió, con alto índice de probabilidad, a las impresiones dactilares de Atanael León González. El señor apoderado, al sus-

tentar esta parte de la acusación, pretende darle a ese hecho el carácter de indicio único, a pesar de que la sentencia del Tribunal enumera de modo claro y categórico, otros varios indicios que le sirven de fundamento para considerar probada la responsabilidad del sindicado León González.

Es reiterada la doctrina como la jurisprudencia, y concretamente la de la Corte, en el sentido de considerar como plena prueba un indicio no necesario cuando se une a otros, que en su conjunto son precisos, graves y conexos, y tienden todos al señalamiento de cierta persona como autor de un delito. En el caso presente, el indicio que resulta de las huellas dactilares, es cuando menos un indicio no necesario, que en unión de los demás que encontró el Tribunal, forman un todo único, una pluralidad que al presentar las condiciones que se han enunciado, adquiere el rango lógico y jurídico de plena prueba.

En efecto, el Tribunal de Ibagué, en la sentencia acusada, sintetiza la prueba indirecta o indiciaria que le sirvió de fundamento para establecer la responsabilidad de los sindicados, de la siguiente manera:

"1ª.—Habérsele encontrado a uno de los sindicados un reloj y unos anillos de propiedad del occiso y no haber podido explicar satisfactoriamente la manera como los adquirió. Debe agregarse que la propiedad de estas prendas está suficientemente acreditada con numerosa prueba testimonial;

"2ª.—Coincidir las huellas digitales encontradas en el carro con las del mismo sindicado o procesado de nombre Atanael León González:

"3ª.—Las contradicciones en que Atanael León incurrió a lo largo de los interrogatorios en relación con su viaje a Santa Elena y al puesto ocupado en el vehículo, cuando para despistar, emprendieron viaje después del homicidio a Playarrica y después a Roncesvalles:

"4ª.—El hecho plenamente acreditado de que fueron dos las personas que tomaron el carro y fueron vistas en la carretera que conduce al municipio de Cajamarca cuando se perpetró el delito, y ser dos también las personas que llegaron sorpresivamente a Playarrica y solicitaron bestias para dirigirse a Santa Elena, y ser en el camino de Santa Helena cuando la Policía los capturó, y a uno de ellos le encontraron los objetos de propiedad del occiso.

"Comprometiendo la responsabilidad de Argemiro Palomino están, independientemente de los últimos indicios anotados, los siguientes:

"1º.—Numerosas personas vieron en la carretera donde se ejecutó el delito el carro del occiso con dos pasajeros, que inclusive fueron vistos desmontados mirando hacia el abismo y satisfaciendo una necesidad corporal, y si poco después resultó muerto Tovar, tiene que concluírse que esos dos pasajeros fueron los autores del delito.

"2º.—Dos días después de los acontecimientos, dos individuos llegaron a Playarrica solicitando unas bestias y en el camino para Santa Elena fueron sorprendidos por los detectives, encontrándosele a uno de ellos prendas del occiso y sus señales digitales en el carro. Luego si está identificado uno de los autores del homicidio, contra su compañero existe la presunción casi necesaria de haber sido uno de los pasajeros que dos días antes habían dado muerte a Tovar en la carretera para Cajamarca, en las vueltas de Perico.

"3º.—El compañerismo entre los dos como lo anota el Juez y las contradicciones en que incurrió Argemiro en sus declaraciones e indagatoria, complementan esa prueba indiciaria vehemente; dándole más fuerza a esa prueba indiciaria, está el hecho de habérsele encontrado a Atanael prendas robadas hecho que no podía ser desconocido por su compañero y cómplice.

"El compañerismo entre Atanael y Argemiro está plenamente acreditado a lo largo del proceso: fueron dos las personas que dieron muerte al chofer; dos las personas que fueron a Playarrica; dos las personas que se quedaron en casa de Vidal Montealegre y dos las personas que fueron capturadas, encontrándosele a una de ellas objetos ampliamente reconocidos como de propiedad de Julio César Tovar.

"A los indicios anteriormente anotados pueden agregarse contra ambos los que pasan a expresarse:

"a) - Cuando fueron capturados intentaron fugarse; b) - No tener los dos individuos cogidos en Toldablanca, profesión u oficio conocido y ser por consiguiente sospechosos y c) - Concretamente contra Argemiro Palomino, el hecho de haberse fugado".

c) Alega el recurrente, como tercer cargo, que en su opinión funda la causal cuarta de casación, en el hecho de que en la actuación procesal aparezcan varios inciminados y presumiblemente

autores del ilícito, sin que la investigación pudiera determinar de modo categórico y exacto quién o quienes fueron los autores del ilícito. Con base en esa razón, el recurrente sostiene que ha habido error relativo a la denominación jurídica del delito, insinuando que cuando menos existe una complicidad correlativa, cuando entre los participantes en el hecho delictuoso no se puede señalar con precisión el autor material de la infracción.

Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la sentencia del Tribunal es muy clara al deslindar los cargos contra los incriminados, y que mediante una serie de indicios, que no fueron desvirtuados oportunamente, y que en su conjunto constituyen la plena prueba de la autoría de Atanael León González y Argemiro Palomino Hernández, demuestra que la acción física que causó la muerte violenta de Tovar Tovar fue obra de estos últimos, aceptado lo cual debe igualmente admitirse el elemento moral o intencional que presupone la comisión material del delito. Y en cuanto a los otros sospechosos —Henry Agudelo y Marco Antonio Rodríguez— por no aparecer ningún otro cargo fundamentado ni verdaderamente probado en contra de Rodríguez, el Tribunal explícitamente lo exceptúa de toda responsabilidad; y que en relación con Agudelo, debe decirse lo mismo, pues aunque entre estos últimos y los procesados existían relaciones de amistad, no se estructura en el proceso la prueba definitiva de su concurso en el ilícito. Por lo demás, no sería del caso hablar en este proceso de complicidad correlativa, figura que se refiere comúnmente al delito de homicidio o al de lesiones cometidos y originados en forma imprevista, en la que, por haber participado activa y confusamente en número plural de contrincantes, no hay manera de determinar de modo nítido las consecuencias de la acción física de cada uno de ellos; y en virtud de esa incertidumbre dispone la ley (C. P., artículo 385) que todos ellos deben quedar sometidos a la sanción correspondiente, disminuída de una sexta parte a la mitad. No hay siquiera visos de que en el homicidio agravado que se cometió en contra de Julio César Tovar Tovar, hubiera existido una riña imprevista, sino que por el contrario, se trató, muy presumiblemente de un delito previamente concertado y estudiado, y cometido en complicidad y que puso a la víctima en condiciones de indefensión, todo lo cual configura un estado de hecho totalmente distinto a la hipótesis en que tiene cabida la complicidad correlativa.

d) El último motivo que alega el recurrente para fundamentar la acusación de la sentencia del Tribunal, con base en la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P., consiste en que su defendido fue condenado, a pesar de que en el proceso alegó una coartada, diciendo que en el momento de la comisión del ilícito se encontraba en lugar distinto a aquel en que se realizaban los hechos delictuosos; y que, consecuencialmente, la versión del sindicado, al tenor del artículo 255 del C. de P. P., debe ser tomada en su integridad, y tenida en cuenta; que al no haber sido considerada así por el Tribunal, la sentencia, a causa de esa pretermisión, determinó la inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio. Refuerza su argumentación el recurrente agregando que no fueron evacuadas las citas que hizo el sindicado a fin de probar la coartada que planteó con fines de su propia defensa.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 255 del C. de P. P., reglamenta el valor probatorio de la prueba de confesión, que según unánimes y reiterados conceptos jurisprudenciales y doctrinarios, no es otra cosa que la declaración del sindicado en que reconoce explícitamente su participación en el hecho criminoso, es decir, el reconocimiento de su autoría, y por lo tanto, de su responsabilidad penal. A lo largo del proceso que culminó en la sentencia de segunda instancia, que confirmó la condenatoria y que ha sido recurrida en casación, no hubo por parte de uno u otro de los sindicados, reconocimiento de que fueron los autores del homicidio agravado y el robo por el que fueron condenados. Siendo así, mal puede el señor apoderado del sindicado que recurrió en casación, atacar la sentencia del Tribunal con base en la alegación de que el juzgador no tomó en su integridad el dicho del sindicado, puesto que, como se ha dicho, esa consideración de las palabras del sindicado como un todo indivisible debe hacerse cuando se trata de una confesión, que no la hubo en el presente proceso.

Por otra parte, tampoco es válido el cargo en cuanto se refiere a la no evacuación de las pruebas, que a juicio del señor demandante, hubieran demostrado la existencia de la coartada, puesto que como con razón lo anota el señor Agente del

Ministerio Público, la solicitud de ellas fue extemporánea, en cuanto a la mayoría de los declarantes, y el que depuso sobre ese elemento, nada concreto ni conducente dijo al respecto. Y clausurada la primera etapa, en la segunda instancia hubo de nuevo periodo probatorio, sin que nada se hubiese alegado en el sentido expresado. Ninguno de los aspectos planteados por el recurrente justifica, pues, tener como viable la casación de la sentencia con base en la causal cuarta, y por lo tanto, la Corte habrá de rechazar esos cargos.

Por otra parte, como fácilmente se deduce de los cargos aducidos para sustentar esta causal, la mayoría de ellos se fundan en una supuesta mala interpretación o apreciación de la prueba, lo que es precisamente el tema o materia de la causal segunda de casación, pero no de la causal cuarta invocada primeramente, incurriendo por este aspecto la demanda en una notoria falta de técnica procesal.

CAUSAL SEGUNDA.—Errada interpretación o apreciación de los hechos.—El recurrente señala o enumera varios hechos, algunos de los cuales los hizo figurar también como generadores del motivo de invalidez configurado en la causal cuarta de casación ya analizada. Esos hechos, escuetamente presentados, son los siguientes:

1) Que la sentencia apreció erradamente los hechos al no tener en cuenta la coartada que en diligencia de indagatoria presentó Atanael León González, al afirmar que a la hora en que ocurrieron los hechos que dieron por resultado la muerte de Julio César Tovar Tovar, el sindicado se encontraba en un café de la calle 15 de la ciudad de Ibagué. Que ese hecho alegado por el sindicado tiene fuerza para librar de responsabilidad al sindicado, por obra del artículo 255 del C. de P. P., y que al no reconocerlo así, el Tribunal le está negando valor probatorio a un hecho que sí lo tiene.

2) Que el dictamen dactiloscópico consistente en las huellas dactilares encontradas en uno de los vidrios del automóvil que manejaba el occiso, impresiones dactilares que correspondieron a las de Atanael León González, carece de valor de prueba, por haber sido halladas en un vehículo de servicio público, al cual tiene acceso cualquier persona, y por lo tanto esas señas pueden serlo también de cualquiera.

3) Que la base de la condena debe ser siempre la plena prueba de la infracción.

4) Que el hecho de haberse encontrado en poder de León González algunos efectos que, según varias probanzas, pertenecieron al occiso (un reloj y un anillo) tampoco constituye plena prueba, por cuanto el sindicado dice lo contrario en su indagatoria, puesto que afirma haber adquirido esos efectos a justo título, y que debe creerse la versión del sindicado mientras no sea rebatida.

5) Que no se le dio a la circunstancia de la buena conducta anterior del sindicado el valor de circunstancia de menor peligrosidad, lo cual implica una errónea apreciación de las pruebas.

6) Que por haber tomado parte varias personas en el hecho criminoso imputado, debió aplicarse la sanción de acuerdo con la doctrina de la llamada complicidad correlativa, figura que según el recurrente, no fue tenida en cuenta al fallar.

7) Que la circunstancia de haberle encontrado a León González un reloj que muy presumiblemente perteneció al occiso, tampoco funda la acusación y la sanción que por el delito de robo aplicó el Tribunal a los incriminados.

Se considera:

Es doctrina invariable de la Corte que la causal segunda de casación exige no simplemente la enumeración de ciertos hechos y la crítica, justificada o no, que le merezcan al recurrente, sino una demostración exhaustiva y estricta, de cada uno de las circunstancias que confluyen a estructurar una errónea interpretación o apreciación de los hechos. Debe haber un análisis cabal de los hechos, del estudio que ha hecho el Tribunal, y de las equivocadas apreciaciones de ellos, para sostener legítimamente que, o bien se dejaron de tener en cuenta, o se les asignó valor probatorio del que carecen. No basta, pues, como se ha dicho, enumerar, como lo hizo en el presente caso el recurrente, una serie de hechos haciéndoles acotaciones infirmatorias que son de recibo en la instancia, pero que para fundar la segunda causal de casación deben ser precisas, contundentes e irrebatibles. Las dos circunstancias de haberse dejado de lado las pruebas producidas o de haberse juzgado equivocadamente sobre el valor de una prueba deben resplandecer por sí mismas para que se tenga como existente la causal segunda, y pueda afirmarse que es inválida la sentencia del Tribunal.

Nada de esto aparece en las alegaciones que presenta el recurrente para fundar esta causal segunda, puesto que se limita —se repite— a volver a plantear varios hechos alegados ya en otra causal (como la coartada, el dictamen dactiloscópico y la complicidad correlativa), y que no cree la Sala que deban ser apreciados de otro modo o desde otro punto de vista por el solo hecho de ser presentados como constitutivos de la causal 2ª de casación.

Ahora bien, en cuanto a los demás motivos, no encuentra la Sala, que haya habido error del Tribunal al tomar como indicio grave y no desvirtuado, el hecho de la posesión, por parte de Atanael León González, de un reloj, que de acuerdo con varias afirmaciones testimoniales, era de propiedad de la víctima sin que valga tampoco argumentar, como lo hace el recurrente, que debe dársele primacía al dicho del sindicado en indagatoria, puesto que ese dicho carece de toda credibilidad porque está huérfano por completo de otras probanzas que lo apoyen y que lo saquen avante.

Agréguese a lo anterior la coincidencia de la huella digital encontrada en el vidrio del vehículo de la víctima, que a pesar de lo dicho por el recurrente, sí es indicio de culpabilidad, puesto que no otra cosa son los indicios, sino hechos desconocidos que se deducen de hechos conocidos, por mediar entre unos y otros una relación de causalidad que se establece a base de las probabilidades comunes; agréguese a ello, además, la serie de otros indicios que puntualizó claramente el Tribunal, para convencerse de que fue abrumadora la prueba que existió para condenar a los sindicados en este proceso, y para darse cuenta, que por lo mismo, no incurrió el Tribunal en errada interpretación de los hechos o en su apreciación. Tampoco prospera, pues, la segunda causal de casación.

CAUSAL PRIMERA.—Que la sentencia es violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma, alega el recurrente, y funda esta causal en la circunstancia de que, a su modo de ver, existen varios hechos que contribuyen a sustentar los vicios que configuran la violación de la ley penal por haberse interpretado esa erradamente o por haberse aplicado de modo indebido. Esos hechos —anota la Corte— en su mayoría habían sido presentados ya como constitutivos de las otras dos causales (la 2ª y la 4ª), y en cuanto a ellos no parece oportuno rehacer el análisis que en su lugar se hizo, y por lo tanto, sólo se examinarán como correspondientes a esta causal los siguientes:

a) Sostiene el recurrente que el Tribunal violó la ley penal al no tomar en cuenta las circunstancias de menor peligrosidad para graduar la pena, pues con ello el juzgador de segunda instancia fue también contra lo dispuesto por el artículo 38 del C. P., e igualmente desconoció de modo indirecto la disposición del artículo 363 del mismo Código, puesto que su defendido, suponiendo que hubiera base para sentencia condenatoria, ha debido ser afectado con el mínimo previsto para este delito, es decir, con quince años de presidio. Según el recurrente, se violaron, por este aspecto, los artículos 37, 38, 39 y 363 del Código de las penas, por cuanto fueron indebidamente aplicados.

b) Insiste el señor recurrente en plantear como violatoria de la ley penal la sentencia recurrida, por cuanto no se tuvo en cuenta para tipificar el delito la figura de la complicidad correlativa, ya que "el expediente prueba que varias personas tomaron parte en la comisión del delito y no fue posible determinar su autor (sic), siendo por tal motivo la norma aplicable al caso de autos, era (sic) el artículo 385 del C. P., y no el 363 de la misma obra, con lo cual el Tribunal incurrió en indebida aplicación de la ley en su artículo 363, ya varias veces citado", según las propias palabras del señor apoderado.

c) Que el Tribunal incurrió una vez más en la indebida aplicación de la ley penal, afirma el señor apoderado del sindicado, porque se dejaron de evacuar varias pruebas que "incidían en los intereses de la defensa de León González, y que no fueron practicadas por los funcionarios", y que por lo tanto, lo legal hubiera sido el pronunciamiento de un sobreseimiento temporal, con el fin de practicar las pruebas faltantes, y que en su sentir, hubieran demostrado la plena inocencia del sindicado. Según el recurrente, se violó por esto el estatuto aplicable en los departamentos bajo estado de sitio, esto es, el decreto 12 de 1959.

d) Por último, alega el recurrente en el expediente no se demostró el elemento intencional o dolo específico, que es definitivo para la estructuración jurídica del delito de homicidio,

Concluye que debe ser invalidada la sentencia con base en esta causal 1ª por ser aquella violatoria de la ley sustantiva, ya que en su concepto, aplicó indebidamente e interpretó de modo equivocado los artículos 33, 36, 37, 38, 39, 362 y 385 del C. P.

Se considera:

En cuanto a lo primero, debe tenerse en cuenta que el Tribunal, con base en las informaciones del Sic, juzgó que los antecedentes de los sindicados no eran buenos, desechando así la credibilidad de las declaraciones que decían lo contrario. En esas condiciones, la Sala cree que se trata de un punto de apreciación de pruebas, en lo cual, según jurisprudencia reiterada, el sentenciador de segunda instancia es autónomo, y no puede en el recurso de casación, mejorarse o enmendarse la apreciación hecha por el Tribunal, a menos que exista un ostensible o manifiesto error en la valoración de la misma. Y éste no carecía de razón, puesto que fuera de los malos antecedentes de los sindicados, la forma misma del delito, sus características propias confluían a sostener la negación de la existencia de un delito leve, sino que por el contrario, dicen que hubo motivos innobles o bajos, complicidad y preparación ponderada del delito, distintivos, que en su conjunto o separadamente, impiden la aminoración de la pena por circunstancias de menor peligrosidad.

Con respecto a la complicidad correlativa, se negó ya la existencia de tal figura, y no cree la Sala que sea oportuno volver sobre la misma demostración. Lo mismo debe decirse de la coartada o **alibi**, que no tuvo prueba alguna pues sólo extemporáneamente y a última hora vinieron a aducirse testimonios para configurarla, distintos de los citados para ello en un principio por el sindicado. Y en cuanto a la inexistencia del dolo específico, tampoco puede tenerse ese motivo como atendible, ya que es obvio que en un delito de la naturaleza y condiciones del analizado, en el que la autoría fue establecida por pruebas indirectas, que en su conjunto forman un grave pliego de cargos contra los sindicados, a pesar de no haber existido testigos del hecho, documentos ni confesión de estos, el dolo específico, o sea la intención de matar de los autores, tampoco podía resultar de un modo explícito y directo, y por ello también se deduce indirectamente de la manera como se consumó el homicidio.

El conjunto de indicios que surgen en este proceso y que sirvieron de fundamento, tanto a la sentencia condenatoria de primer grado como a la confirmatoria de segunda instancia, establecen en forma palmaria que fueron los sindicados León González y Palomino quienes dieron muerte a Julio César Tovar Tovar, y que al ejecutar este homicidio obraron indudablemente con verdadera intención criminal, con dolo genérico de violar la ley penal y también con dolo específico de suprimir la vida de una persona física determinada.

Con respecto a este aspecto de la carencia del elemento intencional o dolo específico, la réplica del señor colaborador Fiscal es terminante cuando expresa lo siguiente:

"Finalmente cierra su enumeración con el siguiente cargo, esbozado al plantear el segundo modo o motivo de nulidad:

"En el expediente no se acreditó el elemento intencional o dolo específico que es un elemento de capital importancia para configurar el delito de homicidio al tenor de lo dispuesto en el artículo 362 del C. Penal".

"Aunque el señor abogado demandante no demuestre su aserto, pues como tal demostración no puede tenerse la simple cita de algunos tratadistas de derecho, no tiene inconveniente la Procuraduría en responder lo siguiente:

"Exige nuestro Código Penal que para que exista la responsabilidad debida en las personas normales mayores de 18 años, deben concurrir dos elementos fundamentales como lo son la imputabilidad material del hecho y la intención criminosa o la culpa.

"En el presente caso la imputabilidad material del hecho no admite duda alguna, como ya ha quedado demostrado.

"En cuanto a la personalidad del procesado, no aparece que sea menor de diez y ocho años o persona que sufra o haya sufrido de enajenación mental, o intoxicación crónica, o grave anomalía psíquica, en el momento de cometer el hecho, ni que éste haya provenido de culpa de sus autores.

"Ahora bien: el elemento propósito de matar, o sea el factor intencional o dolo específico de causar la muerte a una persona, de que trata el artículo 362 del Código Penal, no es el que per-

manece en el fuero interno del incriminado, sino aquel que se traduce o se predica de sus actos externos perceptibles, los cuales, debidamente interpretados, es decir, acorde con la realidad de las cosas, permiten conocer y deducir la intención de su autor.

"Y siendo León González un sujeto normal y las lesiones inferidas a la víctima capaces de producirle la muerte, así como siendo patentes las circunstancias de homicidio agravado, no puede decirse que no esté demostrado o, mejor dicho, que no aparece el elemento intencional o dolo específico del ilícito cometido y en la gravedad o grado apuntado, no sólo en concordancia con lo establecido en el artículo 362 del Código Penal, sino también con lo previsto en el artículo 363 ibidem, los cuales no puede decirse que hayan sido violados ni por su interpretación ni por su aplicación".

En consecuencia, tampoco pueden prosperar los cargos que se hicieron con base en la causal primera de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia de segunda instancia proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el dieciocho de febrero de mil novecientos sesenta, por medio de la cual se condenó a Atanael León González y a Argemiro Palomino Hernández, a la pena principal de veintidós años de presidio, como responsables de los delitos de homicidio y robo agravados cometidos en la persona de Julio César Tovar Tovar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres.—Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. Angel Martín Vásquez A. — Picquinto León L., Secretario.

POR HABER CARECIDO LOS PROCESADOS DE TODA ASISTENCIA JURIDICA, SE INVALIDA LA SENTENCIA CONDENATORIA PROFERIDA POR LOS DELITOS DE TRIPLE HOMICIDIO Y ROBO, Y SE ORDENA REPONER LA ACTUACION

El derecho de defensa del procesado a la Luz de la Constitución, la Ley y la Doctrina.

1.—El descubrimiento de la verdad y la aplicación justa de la norma penal sustantiva, como objetivos primordiales del proceso penal, sólo son legítimos si se asegura una efectiva defensa de la persona incriminada. El derecho de defensa se concreta en las distintas facultades que la ley de procedimiento le confiere al sindicado y consiste, como lo anota Manzini, en una "actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado". Es el derecho de alegar y de probar la inocencia o cualquiera circunstancia atenuante de la responsabilidad.

2.—Al hablar del derecho de defensa del procesado, conviene distinguir entre defensa material y defensa formal. La primera —dice Alfredo Vélez Mariconde, en su obra "La Situación Jurídica del Imputado"— es la que éste realiza "mediante manifestaciones que puede hacer en el proceso, declarando cuantas veces quiera en la instrucción y en el juicio, siempre que ellas sean pertinentes", o bien, guardando silencio, ya que "también puede abstenerse de declarar"; que la formal o técnica "se ejerce mediante instancias, alegatos y observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal" y que ella "exige lógicamente conocimientos jurídicos de que el imputado, en la mayoría de los casos, carece: sin ellos, él no se podría defender eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución".

3.—No sólo la Constitución Nacional establece el derecho de defensa, sino que el Código de Procedimiento Penal regula su ejercicio, como se deduce de la lectura de los artículos 25 y 26 de la Carta y del 196, 197, 432 y 433 del Código citado. La Sala subraya en particular las siguientes disposiciones contenidas en el artículo 197 ya nombrado: "El cargo de defensor es de forzosa aceptación. En consecuencia, tanto los nombrados por el procesado, como los que designe el Juez o el funcionario de instrucción estarán obligados a aceptar y desempeñar el cargo...". Porque no es suficiente, para decir que el procesado contó con la asistencia técnica que el derecho de defensa le confiere, que el apoderado o defensor haya tomado posesión del cargo, sino que es menester que esa asistencia técnica tenga cumplimiento, que la defensa se realice, en fin, que el cargo sea ejercido. La efectividad de la defensa formal es lo que se proponen tanto la Constitución como la Ley, en las normas citadas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PENAL—Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

VISTOS:

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de casación interpuesto por los procesados José San-

ta Sierra, Segismundo Aragón, Leoncio Oviedo, Antonio María Oviedo, Isaías Murillo y Saúl Vega, contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 11 de febrero de 1960, por la cual les fue impuesta a estos procesados y a Jorge Oviedo y Segundo Cárdenas o Hernández o Moreno, la pena de veinticuatro años (24) de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsables de los delitos de homicidio (triple) y robo.

HECHOS Y TRAMITE PROCESAL

Hace el demandante, abogado Oscar E. Carvajal Navia, la siguiente síntesis de los hechos:

"Nos relatan las constancias procesales que el día tres de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, en las últimas horas de la tarde de aquel día, se reunieron José Santa Sierra, Leoncio y Antonio María Oviedo, Segundo Hernández o Cárdenas, Saúl Vega y algunos otros sujetos desconocidos y se encaminaron a la casa de habitación de Jesús Díaz y su familia, situada en la vereda denominada 'Mesa de Cocuma', dentro de la comprensión municipal de Ortega (Tolima), donde, amarrándolos, apresaron..." a Jesús Díaz y a Rodrigo Molina..., "los llevaron a un sitio cercano a su casa de habitación y les dieron muerte violenta...

"Una vez que consumaron los hechos criminosos los mismos sujetos penetraron violentamente a la casa de las víctimas y se apoderaron, en forma violenta, de alguna cantidad de aguardiente y cerveza que los moradores tenían para el expendio; de algunos cortes de tela, ropa usada y algunos otros objetos de uso doméstico. Una vez que los forajidos consumaron el atroz crimen, procedieron a dirigirse a la casa de habitación de Pablo Antonio Calderón, quien se encontraba en una barbacoa descansando. Al enterarse de la presencia de los asaltantes, emprendió veloz carrera con el ánimo de salvar la vida, cosa que no pudo obtener, ya que recibió un disparo de escopeta que lo derribó al suelo, donde fue rematado a machete por los referidos asaltantes. Una vez que éste fue muerto, los asesinos asaltaron el domicilio del mismo y en forma violenta se apoderaron de diversos objetos de uso personal de los moradores y de la suma de ciento cincuenta pesos ($ 150.00) que la víctima guardaba dentro de una libreta militar".

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, al contestar la demanda de casación, manifiesta que "prohija este relato, adicionándolo en el sentido de que integrando el grupo de asaltantes formaban parte de él Segismundo Aragón e Isaías Murillo, a quienes apersona judicialmente el impugnador".

Este proceso lo inició la Oficina de Instrucción del Batallón de Infantería número 17 "Nueva Granada", en la población tolimense de Ortega, el 17 de septiembre de 1956, con apoyo en el siguiente informe del Comandante del Puesto de "Cucuana", del citado municipio.

"Por medio del presente me permito informar a ese Comando sobre los resultados obtenidos en la comisión a mi mando, el día 16 de los corrientes...", septiembre de 1956..., "en la vereda de 'Santa Lucía', municipio de San Luis, así: A las 21.00 horas efectué una emboscada en los alrededores de la casa de varios individuos de los que tenía informaciones habían sido autores del asesinato cometido en la vereda de 'Mesa de Cucuana', municipio de Ortega, el día 3 de los corrientes, en las personas de Jesús Díaz, Pablo Antonio Calderón y Rodrigo Molina. Al llegar a los alrededores de las casas en mención, varios individuos salieron huyendo por entre unas plataneras, por lo cual se abrió fuego contra los mismos, logrando herir a uno de nombre José Santa, a la altura de la tetilla derecha, y capturado Leoncio Oviedo. Una vez capturados, manifestaron haber participado en los asesinatos a que antes hago mención. Pongo a disposición de ese Comando a los mencionados individuos".

Oídos en indagatoria José Santa y Leoncio Oviedo el mismo día diecisiete de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, con la presencia de los apoderados que el funcionario de instrucción les designó de oficio, señores Julio Olarte y Juan Moreno, dijeron lo siguiente:

a)—Que "este lunes tres de este mes..." —refiere Santa— "como a las siete de la noche llegaron a mi casa que queda en la vereda de 'Mesa de Cucuana', Antonio Oviedo, Jorge Oviedo, Leoncio Oviedo, Saúl Vega; y Saúl Vega llevaba una escopeta de cápsula y los otros armados de peinillas y me dijeron que los siguiera a hacer una cacería y entonces yo fui armado de una peinilla, y nos repartimos en dos partidas, y yo me fuí con los Oviedos; los otros con la otra partida y eran Saúl Vega, Antonio Oviedo, uno de apellido Murillo, pero no le sé el nombre. La

partida que yo iba, llegamos a la casa de Jesús Díaz, le sacamos al camino real, lo cogimos a machete, le cortamos la cabeza a puro machete y lo dejamos en el camino real muerto: luego llegamos a la casa de donde lo habíamos sacado y robamos cerveza y trago que el finado vendía, plata, pero eso lo repartieron y esos condenados no me dieron a yo ni cinco centavos; luego nos botamos al otro lado del río y llegamos a la casa del finado Pablo Antonio Calderón, pero ya nos habíamos unido con la otra partida y íbamos todos juntos; entonces que llegamos a la casa y en la misma casa matamos a Pablo Antonio Calderón de un tiro que le pegó Saúl Vega y también le dimos machete y lo partimos en dos partes a peinilla; luego que lo matamos, empezamos a robarle la plata que tenía, pero esos arrastrados no me dieron nada de plata tampoco. Ahora: el otro muerto, o sea el finado Rodrigo Molina, a ese lo matamos junto con el finado Jesús Díaz, a ese lo trozamos por mitad a puro machete y lo dejamos muerto en el camino real. Ya después que matamos a esos, nos botamos para el lao de la vereda de Santa Lucía, cerca de San Luis y luego cogimos cada uno pa su casa. Ahora hace dos días me encontraba yo en mi casa como a las siete de la noche y también estaban Antonio Oviedo, Jorge Oviedo, Leoncio Oviedo y yo, cuando sentimos que venía una patrulla del Ejército y entonces alcanzó a volarse Antonio y Jorge Oviedo, Leoncio Oviedo y yo, echamos también a correr y entonces me pegaron un tiro... y los que se volaron cogieron para el lao del cerro de Santa Lucía y cuando me hirieron me echaron mano y también le echaron mano a Leoncio Oviedo y nos trajeron aquí a Ortega. Ahora que me recuerdo, el nombre de Murillo es Isaías Murillo. Eso es todo lo que puedo decir".

Al interrogatorio que le fue hecho, agrega:

Que "también iba Segimundo Aragón, y más ninguno..."; que el motivo para asesinar a dichas personas "fue para robarlos..."; que en relación con el incendio de varias casas de la región..., "eso sí no lo hicimos nosotros....", y que era la primera vez "que yo andaba con ellos; ahora, el otro que está detenido o sea Leoncio Oviedo, ese también le dio bastante peinilla a todos los tres muertos, pa que no se venga a negar, pos lo vide...".

b) Que "ese era un lunes por la noche....", dice Leoncio Oviedo..., "como las seis de la tarde, yo iba en compañía de Saúl Vega, que iba armado de una carabina, Segismundo Aragón, ese tenía una peinilla, uno de apellido Calderón, éste tenía una peinilla, José Santa, ese tenía una peinilla, Isaías Murillo, ese tenía una peinilla, Antonio Oviedo, ese tenía una peinilla y yo, que llevaba una peinilla; todos nos reunimos en el río 'Cucuana' y luego salimos para la casa de Jesús Díaz, luego sacamos a los hombres que teníamos amarrados al camino real, pues a Jesus Díaz y al hijo Rodrigo Molina los amarramos dentro de la casa y también amarramos a la mujer de Jesús Díaz; entonces Saúl Vega le pegó un tiro a Jesús Díaz, luego lo acabamos de matar con las peinillas, le cortamos la cabeza; a Rodrigo Molina, también le pegaron un tiro y luego le dimos peinilla por la nuca; luego nos metimos a la casa y sacamos el trago y la cerveza, eso, nos lo tomamos. Luego pasamos pa ese lao del río y llegamos a la casa de Pablo Antonio Calderón, lo sacamos pa bajo y le zampamos el tiro y machete, lo dejamos allí muerto, allí cogimos derecho y cada uno cogimos a las casas de nosotros. Luego en estos días como a las ocho de la noche me encontraba en la casa cuando llegó el Ejército y me echó mano y me trajeron aquí a Ortega. Eso es todo lo que tengo que decir".

A las preguntas que le hizo el funcionario de instrucción responde este procesado lo que pasa a transcribirse:

Que "ese José Santa, a todos los que macheteamos, él también les dio bastante peinilla y era el que los remataba hasta que se murieran"; que con las personas ultimadas no tenía enemistad; "eran todos muy amigos míos y fui porque los otros me convidaron, pero yo no les avisé nada, pero yo creo que eran enemigos de Saúl Vega y Segismundo Aragón, pero no sabía por qué eran enemigos...."; que "los que mandaban..." el grupo... "eran Saúl Vega y Segismundo Aragón"; que no sabe nada sobre los incendios de algunas casas en esa región.

Practicada la diligencia de autopsia en los cadáveres de las víctimas, el médico legista certifica lo siguiente:

"Se nos presentó (sic) los cadáveres de tres hombres, uno, Pablo Antonio Calderón, de unos treinta y cinco años de edad, más o menos, presentaba los siguientes signos de violencia: una

herida cortante, hecho con arma blanca, situada en la región de la nuca, a la altura de la cuarta vértebra cervical, la cual lo decapitó completamente, ya que la cabeza quedó sostenida apenas de algunos elementos de la región anterior del cuello. Además presentaba dos impactos de arma de fuego al parecer de carabina, situada en la región frontal y superciliar derecha. El de Jesús Díaz, de más o menos de unos cuarenta años de edad, presentaba los siguientes signos de violencia: dos cortantes situadas en la nuca, más o menos a la altura de la cuarta o quinta cervical, que decapitó completamente al individuo, además de dos heridas hechas con arma de fuego, situadas sobre la región del tórax. El cadáver de Rodrigo Molina, quien era adolescente, estaba completamente decapitado. Herida hecha sobre la nuca, a la misma altura de los anteriores cadáveres. Por lo expuesto conceptuamos..." que su "...muerte se debió a las graves lesiones causadas con arma cortante pesada, sobre los órganos vitales".

El día veintiuno de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis rindieron declaración las siguientes personas:

a)—Blanca Villanueva (fl. 14 v., del primer cuaderno), quien informa que "el tres de este mes me encontraba yo en mi casa de la 'Mesa de Cucuana', con mi esposo y cuatro hijos pequeños. Serían como las seis y media de la tarde de ese mismo día y bien oscuro llegaron un grupo bastantico de hombres pícaros enruanados y armados. Se metieron entre mi casa y le partieron a matar a mi esposo de nombre Pablo Antonio Calderón, que se encontraba afuera del patio, acostado en una barbacoa y entonces mi esposo salió corriendo y había alcanzado a correr unas diez brazadas y entonces le hicieron dos tiros y en seguida que cayó al suelo esos pícaros le dieron machete en la nuca. Cuando yo vi esto, en seguida cerré bien la puerta de la casa y entonces esos bandoleros empujaron la puerta y la rompieron y se entraron y registraron todo lo que había y unos se quedaron en la puerta pa afuera: se robaron unos cortes de tela, una silla de montar, unos rejos, una escopeta de fisto; en seguida me dijeron que dónde tenía la plata y el revólver y las yeguas, de esto, les contesté que no teníamos plata, ni revólveres, pero ellos siempre registraron un cajón y en una libreta militar y la cédula de mi esposo encontraron ciento cincuenta pesos ($ 150.00) y se llevaron la libreta, cédula y dinero y luego me encerraron y se fueron. Eso es todo".

Al responder a las preguntas que le hizo el funcionario de instrucción expresa que "...del susto no se recuerda cuántos eran, pero sí ví entre ellos a José Santa y Leoncio Oviedo, pero como en seguida me vendaron los ojos con una sobrecama, no ví el resto que se había quedado afuera. Uno tenía una carabina, pero como estaba asustada no miré a los otros...".

b)—Arcelia Molina v. de Díaz (fls. 15 y 15 v. del mismo cuaderno), quien dice que "...como a las siete de la noche del día tres de este mes, me encontraba yo en mi casa en la 'Mesa de Cucuana' con mi esposo Jesús Díaz y mi hijo Rodrigo Molina y otros seis hijos. Mi esposo estaba afuera del corredor de la casa acostado en una barbacoa y en la misma barbacoa se encontraba también acostado mi hijo Rodrigo Molina. De pronto por la puerta del solar entraron un poco de hombres, pero del miedo no vide cuántos eran, pero no eran ni muchos, ni pocos y entraron por el lao del solar y nos rodearon y estaban armados de escopetas y pemillas y en seguida le echaron mano a mi marido Jesús Díaz y a mi hijo Rodrigo Molina, y en seguida los amarraron a ellos con las manos detrás de la espalda, a lo que los amarraron a ellos entonces me amarraron a mí y me entraron pa entro y los otros hijos míos salieron corriendo pa entre el monte y el marío y al hijo se lo llevaron pa el camino real; en seguida sentí unos tiros y allí los mataron, pero yo no vide, pues como me dejaron encerrada a entro de la casa. Después no sentí más nada y al rato un niño chiquito mío me soltó y me salí a esconder al monte. Después al otro día por la mañana salimos todos del monte y fuimos a ver qué había pasado y encontré a mi marido con un tiro en el cuello y con la cabeza abajo de un machetazo y mi hijo Rodrigo Molina, también le habían trozado la cabeza de un machetazo. Pero un hijo mío de nombre Andrés Díaz, que tiene unos siete años de edad y que vino hoy conmigo, se escondió en el monte y vio cuando esos bandidos estaban matando al papá y al hermano y él dice que esos bandoleros eran Antonio Oviedo, Jorge Oviedo, Leoncio Oviedo, José Santos y otros hombres que no conocía, pues a los otros el niño ya los conocía, pues es esa gente de la vereda de la 'Mesa de Cucuana' y iba mucho a mi casa".

A las preguntas del instructor, responde que "...eso fue por el motivo que el tonto ese del José Santa, hace más de un mes, machetcó a Milciades García..." (quien declaró acorde con lo que informa esta declarante; fls. 13 y 13 v., del mismo cuaderno)... "y como mi esposo fue a lidiar a Milciades García que estaba herido de un poco de machetazos de José Santa, por eso fue el pique de que él andaba con Milciades García, por eso fue todos esos lo mataron. Esa gente también robó todo lo que teníamos en la tienda y se robaron el poquito de plata que había y se robaron también la ropa".

c)—El niño Andrés Díaz informa (fls. 16 y 16 v.), que tiene siete años de edad y que "...estaba en mi casa con mi papá Jesús Díaz, con mi hermano Rodrigo Molina y mi mamá y era oscuro ya y llegaron unos bandidos y amarraron a mi papá, mi hermano y mi mamá, y yo salí corriendo pa entre el monte y me escondí a mirar qué le hacían a mi papá Jesús y esos hombres eran que yo los vide Jorge Oviedo, Antonio Oviedo, José Santa y Leoncio Oviedo, esos tiraron a mi papá al suelo y mi hermano Rodrigo, y otro hombre con una cosa que dispara le dio a mi papá y mi hermano tiros y entonces les daban con las peinillas José Santa y Lioncio a mi papá y los otros le daban a mi hermano y después se fueron pa el lao del río pa el otro lao y mi papá Jesús y mi hermano Rodrigo quedaron en el suelo botando bastante sangre. Después fuimos con mamaita a verlos y después llegaron los soldados".

Agrega, al interrogatorio del instructor, que conoció a José Santa, Leoncio Oviedo, Jorge Oviedo y Antonio Oviedo porque "ellos iban antes a la casa a hablar con mi papá y trabajaban a veces en la casa, por eso los conocí". Al serle averiguado "si conoce a unos señores llamados Saúl Vega, Isaías Murillo y Segismundo Aragón", contesta que "de esos no los conozco".

Realizada la captura de Saúl Vega, Antonio María Oviedo, Segismundo Aragón e Isaías Murillo, confesaron su participación en los delitos averiguados al rendir sus declaraciones de inquirir entre los días veinticuatro de septiembre y primero de octubre de mil novecientos cincuenta y seis. De sus indagatorias cabe transcribir lo siguiente:

a)—Saúl Vega refiere que "un día que no le sé la fecha, pero era un día lunes, como a eso de las siete de la noche, nos encontramos en la 'Mesa de Cucuana' con Jorge Oviedo, Lioncio Oviedo, José Santa, Antonio Oviedo, uno llamado Isaías Murillo y compadre Raimundo Aragón y con unos ocho más que nos encontramos en el camino y uno que se llama Santa o Segundo y los otros no los conocíamos y nos juntamos y cogimos pa la casa de Pablo Antonio Calderón, le rodeamos la casa y él arrancó a correr y lo tumbamos de un balazo de escopeta y nos les fuimos encima y le dimos peinilla y José Santa le quitó la cabeza de un machetazo, después cogimos de la casa un silla de montar y luego unas bestias que habían en el corral. Luego pegamos pa donde Jesús Díaz y estaba despierto, lo pusimos preso y también al hijo Rodrigo Molina, los amarramos y los sacamos pa el camino real y yo le pegué un tiro a Jesús Díaz en la cabeza con una escopeta de cápsula que me habían dado esos que les digo nos encontramos en el camino. En seguida que le dí el tiro a Jesús, lo cogimos a machete y también le bajamos la cabeza a Rodrigo Molina, él era hijo de Jesús Díaz, los dejamos en el camino real. Después fuimos a la casa y sacamos aguardiente y uno de esos que digo no conocía, le quitó la plata a la mujer de Jesús Díaz, que ella tenía guardada, pero de ese no me dieron nada y se quedaron ellos con esa plata. Después esos tipos desconocidos cogieron pa el camino de Guabio y Calabozo y yo les entregué la escopeta que me habían dado. Los Oviedos y José Santa cogieron pa Santa Lucía a sus casas y yo cogí con compa Aragón pa Calara, a la casa de nosotros y eso es todo".

Agrega dentro del interrogatorio que le fue hecho, que "yo era enemigo de Jesús Díaz, desde una noche que le peleamos borrachos, pero no recuerdo por qué peleamos. Después lo maté, después lo maté, antes que lo mataran los otros, pues como de todas maneras lo iban a matar. Con los otros muertos no éramos enemigos, pero los que más decían que los querían matar era José Santa y esos ocho que digo no conocía y que después se fueron pa los lados del Guabio". (Fls. 17 y 18, del mismo cuaderno primero).

b)—Antonio María Oviedo (fls. 18 v. a 19 v.), dice que "...nos reunimos por el camino Leoncio Oviedo, Jorge Oviedo, Segismundo Aragón, Isaías Murillo, Saúl Vega, José Santa y yo. También ocho hombres más que venían de arriba de

la montaña, pero de esos ninguno conocía y esos se fueron con nosotros.... Esos ocho tipos que digo nos encontramos unos tenían revólveres, otros escopetas de cápsula y peinillas. Los que mandaban el grupo de nosotros eran Saúl Vega y Isaías Murillo. Entonces Saúl y Isaías nos dijeron que fuéramos a matar a Pablo Antonio Calderón. Entonces rodeamos la casa y matamos a Pablo Antonio Calderón, primeró le pegamos un tiro y después a puro machete y le dejamos la cabeza colgada y ya muerto. Después entramos a la casa, unos cogieron una silla de montar y otras cosas más. De allí Saúl Vega convidó a que fuéramos a la casa de Jesús Díaz a matarlo. Entonces fuimos, llegamos todos y rodeamos la casa y los encontramos despiertos. En seguida los amarramos y los echamos pal camino real, en seguida Saúl Vega le pegó un tiro en la cabeza con la escopeta a Jesús Díaz y entonces nos pusimos a darle machete y José Santa le bajó la cabeza a machetazos. En seguida matamos al hijo Rodrigo Molina, ese fue a puro machete hasta matarlo. Después que los dejamos muertos, nos fuimos a la casa y cogimos el aguardiente que había en la tienda y una plata, esa la cogieron los que mandaban o sea Saúl Vega y Isaías Murillo y el trago que nos lo tomamos; después de eso los tipos que dije nos encontramos primero, cogieron pa los lados del Guabio y Calabozo. Nosotros Isaías Murillo, Leoncio Oviedo, Jorge Oviedo y José Santa pa Santa Lucía. Saúl Vega y Segismundo Aragón pa Calara". A una pregunta del investigador dice que él (el declarante) era "buen amigo con todos los tres muertos y los matamos porque Saúl Vega y Isaías Murillo nos convidaron, pero no sé por qué los matamos".

c)—Segismundo Aragón (fls. 19 v. a 21, del mismo cuaderno), declara que en la fecha aludida se encontró "con un señor llamado Segundo Cárdenas; me dijo que fuéramos a la 'Mesa de Cucuana' a matar a Pablo Antonio Calderón y los otros que dije...".

Hace luego el relato de los hechos, en conformidad con la versión que dan los anteriores procesados. Agrega, sí, que "con don Jesús Díaz era amigo, él me daba de comer cuando venía de trabajar de la vega, y era un hombre muy bueno; de Pablo Antonio Calderón éramos amigos y hasta tomábamos cervezas dulces en veces, pero como los otros me convidaron y si no iba me mataban, por eso fui, pero no porque los quería matar".

d)—Isaías Murillo Poloche (fls. 21 a 22 del cuaderno citado), expresa que el día de los hechos se encontró "con una patrulla de civiles y así venía uno llamado Segundo Hernández o Cárdenas y como siete más. Entonces me dijo Segundo, 'pa dónde va', dije yo, pa mi casa, entonces me dijo que los acompañara a un tiro a robar, entonces yo les dije que no, pero entonces me dijeron esos: 'si es que no nos acompaña, lo matamos'; entonces me fui con ellos. Más adelante nos encontramos con Antonio Oviedo, José Santa, Lioncio Oviedo, Saúl Vega, Jorge Oviedo y Segismundo Aragón; esos venían todos juntos. De ahí salimos. Ya en la 'Mesa de Cucuana' zarpamos pa un lao de una loma llamada Colora y de ahí rodeamos una casa y un señor que no conocía salió corriendo, entonces uno de esos que tenía armas le dio un tiro y después puro machete. Después que ya quedó muerto, esos que digo no conocía, se metieron en la casa del dijunto y se robaron lo que más pudieron. Después de eso, salimos pa otro rancho, cogimos a un señor y un muchacho y los sacamos pa más lejos del rancho, al camino real; Saúl Vega le metió un tiro a uno con una escopeta que tenía y después lo macheteamos y también el muchacho que decía era hijo de ese señor; cuando ya los matamos, unos entraron en la casa y robaron todo, pero no me dieron nada; entonces esos que no conocía se fueron con Segundo que era el vaquiano de ellos pa los lados del Guabio. Después yo me vine pa Santa Lucía y los otros cada uno pa su casa".

Estos procesados estuvieron asistidos, en sus indagatorias, por Manuel Ardila, José Espitia, Ernesto Morales y Eliseo Galeano, respectivamente.

Posteriormente, el día seis de octubre del mismo año de mil novecientos cincuenta y seis, el funcionario de instrucción, en asocio de su Secretario, del Capitán del Ejército Edgar Vallejo Marín, de los peritos Manuel I. Collazos y Joaquín Elías Cuervo, de la señora Blanca Villanueva v. de Calderón y de los sindicados José Santa, Leoncio Oviedo, Antonio María Oviedo, Isaías Murillo Poloche, Saúl Vega Lozano y Segismundo Aragón, practicó la diligencia de reconstrucción de los hechos, en la cual los procesados ratificaron su confesión (fls. 23 a 30 del primer cuaderno).

El siete de marzo de mil novecientos cincuenta

y siete el Comando de la Sexta Brigada ordenó la convocatoria de un Consejo de Guerra Verbal para juzgar a los procesados ya aludidos, por los delitos de Asociación para Delinquir, Homicidio agravado y Robo.

Reunido dicho Consejo verbal de Guerra y habiendo sido declarados responsables, como aparece de los respectivos cuestionarios (fls. 3 a 130 del segundo cuaderno), fue proferida la sentencia de 12 de marzo de 1957 por la cual fueron condenados a las siguientes sanciones privativas de la libertad:

Saúl Vega Lozano, veintidós (22) años de presidio;

José Santa, veinte (20) años de presidio;

Leoncio Oviedo, Antonio María Oviedo, Isaías Murillo Poloche y Segismundo Aragón, dieciocho (18) años de presidio, para cada uno, y

Jorge Oviedo y Segundo Cárdenas o Hernández, dieciocho (18) años de presidio (fls. 131 a 165 del mismo cuaderno).

Apelada la anterior providencia para ante el Tribunal Superior Militar, esta Corporación, en providencia del 17 de septiembre de 1957, declaró nulo lo actuado a partir del auto por el cual se convocó el Consejo verbal de Guerra, por incompetencia de jurisdicción, habiendo dispuesto, luégo, el Comando de la Sexta Brigada, con sede en Ibagué, enviar este proceso al reparto de los Juzgados Superiores de la misma ciudad.

Radicado el negocio en el Juzgado 1º Superior de Ibagué, mediante comisión conferida al Alcalde de Ortega se practicaron careos entre el procesado Isaías Murillo Poloche y los sindicados José Santa, Leoncio Oviedo, Saúl Vega Lozano, Antonio María Oviedo y Segismundo Aragón Bocanegra, así:

a).—**Careo entre Murillo Poloche y Santa** (fls. 168 a 169 v., del primer cuaderno).

Afirma José Santa que hizo cargos a Murillo Poloche "a la brava, por la tropa"; que "yo dije de obligado por la justicia, y eso ya se me olvidó lo que dije esa vez allá, y lo que dije en esa diligencia fue porque me obligaron". Agrega que en la diligencia de reconstrucción hizo cargos a Murillo Poloche, "de asustado, porque me dio susto porque me iban a matarme porque no decía la verdad". Y al preguntársele "si al sindicar usted al individuo Isaías Murillo Poloche dijo la verdad entonces, según su respuesta anterior.....", contestó que "si señor, porque yo al ver que me iban a matar dije la verdad, es todo".

El otro sindicado, Murillo Poloche, al referirse a las afirmaciones de Santa, expresa que "en la diligencia de reconstrucción yo no me dí cuenta que lo obligaran a decir lo que no era".

b).—**Careo entre Murillo Poloche y el sindicado Leoncio Oviedo** (fls. 169 v. a 170 v., del mismo cuaderno).

También afirma que "los cargos que hiciera a Murillo Poloche es falso, porque con torturas y martirizados nos hicieron decir todo eso a la brava: estamos inocentemente de las acusas (sic) que nos hacen; fue por tortura". Y al ser preguntado el mismo Oviedo por la clase de torturas que le hicieran, dice que "nos dieron culata y patadas, y la máquina eléctrica nos la pusieron en el comando de allí. Ese señor está inocentemente, como lo estoy yo también, de los acusos que nos hacen; eso no es así, eso es falso".

Ya en este careo Murillo Poloche entra en acuerdo con Oviedo y expresa que "eso de las torturas es muy cierto; a mí me las hicieron solo debajo de esos ranchos para que no se dieran cuenta, a mí me cogieron a palo con unos garrotes, con unos palos escoberos, después me dieron culata, patadas y la fuerza eléctrica, máquina, ponían unas pilas que con unas cuerdas conectadas nos las envolvían en las manos, para dijéramos cosas que no nos consta, mejor dicho me dejaron más muerto que vivo, me zamparon al calabozo por diecisiete días".

c).—**Careo entre Murillo Poloche y Saúl Vega Lozano** (fls. 171 y 171 v., del cuaderno citado).

Lo mismo que los anteriores, dice Vega Lozano que "todos los hechos que aparecen ahí escritos, hechos, lo que yo dije en esa fecha..." (en la diligencia de reconstrucción)... "fue por torturas, fueron las torturas más crueles que pudieron hacernos, yo el propio Capitán Vallejo me dijo que dijera que yo lo conocí..." a Murillo Poloche...; "me dijo 'so hijueputa viejo, vas a decir que lo conoces o no', y me amenazó, así me lo dijo el Capitán". Al preguntársele por las personas que se dieran cuenta cuando el Capitán Vallejo le hizo tales amenazas, contesta que "yo estaba muy malo, me zamparon alfileres por en medio de las uñas, la corriente de esa máquina eléctrica, me ponían la máquina de los dedos, de las orejas, de donde ellos querían, el cabo Oñoro fue el de todas esas cosas, a mí me colgaron y me dieron culata con los fusiles, con las chapas hasta que

con unos escoberos de las escobas de barrer, de punta me daban, eso fue en el Comando lo último que me dijo el cabo Oñoro, y le dijo a los soldados, vamos a sacarle la lengua a este hijueputa, eso de la máquina eléctrica, la cabeza me la reventaron por todas partes, lo último fue la máquina esa eléctrica, fue cuando yo quedé desmentizado completamente, uno viendo que sacaban gente a media noche del Comando para matar, pues sería para eso porque se perdían". Agrega, refiriéndose a Murillo Poloche, que "contra él no he dicho nada, no declaro nada, ni quiero declarar más".

d).—Careo entre Murillo Poloche y Antonio María Oviedo (fls. 172 y 172 v., del primer cuaderno citado).

Dice Oviedo que "en la reconstrucción no habló nada de..." Murillo Poloche; que en esa diligencia "no nos maltrataron, en la indagatoria nos pusieron una máquina eléctrica, culata, chapa y con unos escoberos nos pegaron en la cabeza para que dijéramos lo que no nos constaba, que si no decían nos mataban".

e).—Careo entre Murillo Poloche y Aragón Bocanegra (fls. 173 y 173 v., del mismo cuaderno).

Expresa Aragón Bocanegra que en la diligencia de reconstrucción de los hechos un soldado "que iba conmigo me dijo que hijueputa, porque no iba a coger la peinilla para que hiciera la muestra como los había matado, entonces yo volví y le dije que no cogía peinilla porque yo estaba inocente de eso, entonces me iba a dar un culatazo, entonces me pasó una peinilla el cabo Cárdenas, me parece, yo no recuerdo los nombres, me posó la peinilla para que yo fuera a hacer señas..... entonces me dijo el Capitán Edgar Vallejo: hijueputa no haga señas, cómo el día que estaba haciendo los hechos sí podía matar los tipos esos, entonces un cabo me iba a pegar un empujón; entonces yo les dije que les iba a hacer las señas, pero a mí no me consta nada, es por hacerles caso a ustedes, ellos nos insultaban como les daba la gana; el día de la indagatoria nos pusieron la máquina, aquí tengo la seña en la mano, el cabo Oñoro me dio una palmada y me dijo que si no decía que yo era el que había ido a matar esa gente me mataba con una pistola, por eso yo dije eso el día de la reconstrucción, pero a mí no me consta nada, todo lo que les dije a ellos fue por salvar la vida lo que les dije al Capitán y al cabo Oñoro, mis papás no me enseñaron a eso sino a trabajar,..... entonces el cabo Oñoro mandó llamar de los calabozos a Leoncio y a José a preguntarles si era cierto que yo iba esa noche del asalto, entonces les preguntó el señor que tiene ahí presente iba la noche de los hechos? Entonces dijeron ellos, ese señor no iba ahí; entonces dijo el cabo Oñoro: entonces por qué lo vinieron a meter? Entonces ellos dijeron, pero él no iba ahí, nosotros lo que le hemos dicho a mi cabo todo eso es nulo, para que no nos fueran a matar a nosotros, todo eso es nulo, entonces ahí se paró el cabo y le pegó un palmetazo que botó a Leoncio al suelo y le dijo hijueputa es que le vas a sostener a él, entonces Leoncio se paró todo tunturunto y le dijo que sí, pero a mí no me consta nada de los hechos que me están sindicando".

Agrega que no tiene cargos que hacerle a Murillo Poloche, "porque hasta el día que nos metieron al calabozo lo conocí a él, si acaso yo le hice algún cargo en la diligencia de reconstrucción todo es mentira, que yo le he hecho a él; yo le dije eso por hacerle caso al Capitán que dijera eso, pero eso es nulo, por tenerle miedo a las trillas que me habían dado".

Aquí también Murillo Poloche asevera que "eso sí fue cierto que lo obligaron a decir, como nos torturaron, uno por uno, eso de las torturas sí fue cierto, obligaban a decir a las malas eso que decíamos, el día de la reconstrucción a mí me obligaban, el capitán me abría las manos y me ponía la peinilla en las manos para que me agachara e hiciera señas de lo que no me constaba, entonces me zampó una trompada y una patada y un soldado de por detrás me mandó un culatazo por las espaldas y me dijo: gran hijueputa, agáchale y hace señas..... yo estaba inocente.....".

Por último, a una pregunta que Murillo Poloche le hizo a Aragón Bocanegra, éste contesta que los "cargos que yo le he hecho es mentira, yo lo dije eso porque me obligaron a decir, porque yo a él lo conocí el día que nos metieron al calabozo, por eso digo que tan inocente me encuentro yo como se encuentra él, más antes no lo había visto,....; que en la diligencia de reconstrucción estuvieron Santos Vera y Maximiliano Aroca y que no recuerda qué otras personas".

Como testigos de lo ocurrido en la diligencia de reconstrucción de los hechos, fueron llamados a declarar Santos Vera, Maximiliano Aroca, Luis Antonio Aroca y Secundino Remisio, habiendo

testificado entre los días 24 de noviembre y primero de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, ante el Alcalde de Ortega, así:

a).—**Santos Vera** (fls. 179 a 180), dice lo siguiente:

"Yo ese día de la reconstrucción de los hechos, cuya fecha no recuerdo, me encontraba en una junta de trabajadores ahí en 'Mesa de Cucuana', entre ellos Marcelino Aroca, Luis Aroca, Secundino Remisio y otros más que no recuerdo... y estando ahí en el punto 'La Ceiba', iba la tropa, a quienes no conocí ni recuerdo como llaman, con ellos iba Manuel Collazos, Raúl Paz, no recuerdo de más, con los presos Saúl Vega, Isaías Murillo, Antonio Oviedo y el otro hermano, no recuerdo, José Santa, los llevaban de esta población con dirección a donde ocurrieron los hechos o sea la muerte de Pablo Antonio Calderón y otros, tan pronto como nos vieron se dirigieron unos soldados a nosotros y nos echaron por delante, hasta el punto de la casa del finado Pablo Calderón, entonces ya en el sitio o lugar de la tragedia llamaron a Marcelo Aroca para que hiciera la semejanza de muerto, luego Secundino Remisio quien cogió una escopeta, para hacer el papel, y los presos estaban muy atemorizados, al rato después fue que los llamaron uno a uno a cada uno de los presos para que hicieran el papel como habían llegado el día del crimen; primeramente hicieron acostar a Marcelo en una barbacoa y luégo los presos entraron y llegaron al lugar donde estaba Marcelo acostado, pero ahí en ese momento no vi que las autoridades militares los amenazaran, ni les pegaran en ninguna forma, únicamente los ultrajaban, es decir, desde el punto donde me echaron a mí ya los iban ultrajando y los empujaban, pero no les pegaban con palos ni culata, después ya en el acto de la diligencia de reconstrucción todo se practicó bien, es decir, ahí nadie le pegó a los presos, ni los amenazaron, únicamente oí que les decían que 'tenían que decir la verdad y hacer el papel de los hechos conforme habían ocurrido'; repito ahí nadie los maltrató de obra, sino de palabra socmente, es decir yo vi que les pegaran (sic), quién sabe si les pegarían, porque eso fue bastante gente".

Al interrogatorio que le hizo el funcionario de instrucción, agrega que "me encontraba a unos diez metros del punto a donde estaban haciendo la reconstrucción..... pero yo no me dí cuenta que la tropa o autoridad civil los amenazaran o les pegaran para que dijeran lo que no es verdad, a mí no me consta eso porque no los ví, en cuanto a ultrajes sí me dí cuenta que los trataban mal..... sí me dí cuenta que los presos estaban muy humillados a la tropa porque creían seguramente que los iban a matar".

b).—**Maximiliano Aroca** (fls. 180 v. a 183), refiere lo que pasa a transcribirse:

... al pasar las tropas nos echaron a nosotros por delante junto con los presos, es decir, a los que nombré antes que estaban conmigo trabajando, y me dijeron que los acompañáremos a una diligencia, y nosotros seguimos con la tropa, llegamos al sitio donde habían matado a Pablo Antonio Calderón; cuando fueron a principiar la diligencia les dijo el Capitán Vallejo a los presos que tenían que hacer lo mismo, conforme habían hecho la noche que ocurrieron los crímenes; los presos contestaron que bueno, luégo les dijo bueno, cada y cual se van a hacer en el sitio donde se hicieron la noche que llegaron a asaltar, entonces los presos se regaron cada uno y cogieron el lugar que le correspondió a cada uno de ellos la noche de los crímenes; luégo el Capitán Vallejo les preguntó a todos los presos en qué sitio estaba Pablo Antonio Calderón cuando ellos habían llegado; dijeron que estaba acostado en una barbacoa, y que al verlos llegar él o sea el finado, había salido corriendo por debajo de un alambre a entrar a un potrero y ellos o sean los presos lo siguieron, y había otro tipo dentro del potrero esperándolo para cuando saliera el otro lo tumbara. a mí me tocó hacer las veces de muerto, tal como lo hicieron en el momento del asalto...; el Capitán les preguntó a los presos que al caer Pablo Calderón qué habían hecho, y ellos contestaron o sean Saúl Vega, Segismundo Aragón, Leoncio Oviedo y José Santa, que en seguida le habían dado machete y ellos confesaron todo, cuántos machetazos le habían pegado al finado y en qué partes del cuerpo, es decir, conforme habían hecho los hechos, que hasta a mí casi me mata José Santa, porque le dijo a mi Capitán: 'y qué; entonces le doy un machetazo a éste?... o sea a mi persona, que era quien estaba haciendo las veces de muerto. Después que practicaron esa diligencia ahí..... entonces mi Capitán les preguntó que qué camino habían tomado para seguir a la casa de Jesús Díaz, y ellos dijeron, por aquí, y siguieron para allá a donde habían matado a los otros dos".

A las preguntas que le hizo el instructor, dice que: "No, señor; durante el rato que yo estuve con ellos en la práctica de esa diligencia acá donde el finado Pablo Calderón yo no ví que nadie los amenazara, ni les pegaran con ninguna clase de armas, ni palos, ni nada de ello, pues ellos confesaron por su propia voluntad, e hicieron la semejanza de los hechos tal como habían ocurrido sin nadie maltratarlos, ni en malas palabras ni en obra...".

Agrega que "cuando llegaron todos al punto donde habían asesinado a Jesús Díaz, también mi Capitán les dijo a los presos que tenían que hacerse cada uno en el lugar preciso, donde les había tocado a cada uno la noche de los hechos, y ellos contestaron: bueno, y ahí mismo se regaron y se hicieron cada uno en su puesto, sin nadie pegarles ni amenazarlos, sino voluntariamente corrieron y se hicieron en los sitios donde le correspondió a cada uno: cuando se sitiaron todos, entonces la tropa les preguntó a los presos que dónde estaba el finado Jesús cuando ellos habían llegado; entonces ellos dijeron que estaba acostado en la esquina de la casa; volvieron y les preguntaron que en qué esquina, y Segismundo y José Santa se vinieron y señalaron el punto a donde estaba acostado Jesús Díaz, y también me tocó a mí hacer las veces de muerto por Jesús Díaz; yo llegué, me acosté y luego entre José Santa y Segismundo Aragón me amarraron de los brazos por detrás, y después de amarrado me llevaron caminando hasta el sitio a donde habían matado a Jesús Díaz, y les preguntaron a los presos que cuál de ellos... era el que había matado a Jesús Díaz y entonces confesó Saúl Vega, y dijo que él lo había matado, porque un tal Segundo Hernández lo había mandado a matarlo, porque si Saúl no mataba a Díaz, entonces Hernández mataba a Saúl; entonces le dieron la escopeta a Saúl Vega para que hiciera lo mismo conforme había hecho con el finado y me pusieron a mí en el sitio preciso y me voltiaron de espalda, y Saúl me apuntó a mí y me disparó y yo casi en seguida, es decir haciendo el papel conforme a la noche de los hechos, y tan pronto como caí, se vinieron los otros o sea José, Segismundo Aragón, Leoncio Oviedo, Isaías Poloche, todos con machete e hicieron la semejanza conmigo, y cada uno de ellos dijeron cuántos machetazos le habían pegado a Jesús Díaz y en qué partes del cuerpo; todo eso lo hicieron sin nadie forzarlos, atropellarlos, ni amenazarlos, pues nadie les pegó a ellos... Luego preguntó mi Capitán que quién era el que había matado a Rodrigo Molina, y ellos contestaron que había sido Hernando Cárdenas, pero ese no estaba preso. Bueno, yo me levanté y le dije a mi Capitán que me venía y... me vine; ellos quedaron allá todavía... Ante la presencia de nosotros ninguno les hizo, ni les dijo nada, todo lo que los presos hicieron y contestaron fue voluntariamente, porque nadie los obligó...".

c)—Luis Antonio Arosa (fls. 182 a 183 v. del primer cuaderno).

Informa lo que sigue:

Que habiendo concurrido con su hermano Maximiliano, Santos Vera y Secundino Remisio al lugar donde fue practicada la reconstrucción de los hechos, los "presos dijeron e hicieron todo sin que nadie los hubiera obligado, o maltratado para que hicieron eso, por voluntad de ellos y confesaron todo...".

Hace, asimismo, una relación de lo ocurrido en esa diligencia, en los mismos términos de su hermano Maximiliano, esto es, dando todos los detalles de la manera como la reconstrucción tuvo lugar.

Dice que "Isaías Murillo no quería hacer, ni decir nada; entonces Leoncio Oviedo y José Santa le dijeron a Murillo que no negara, que dijera lo que había hecho...".

Al ser preguntado por el instructor si vio que alguno o algunos de los procesados hubiese sido coaccionado por los funcionarios que practicaban la diligencia de reconstrucción, responde:

"No señor; eso nadie lo vio, pues yo no ví que las autoridades les pegaran, los obligaran a las malas a decir lo que no era cierto, ni nadie los ultrajó en ninguna forma, pues todo lo que dijeron e hicieron los presos fue voluntariamente, nadie los obligó a decir ni hacer nada: el Capitán era el que les decía que hicieran la semejanza de los hechos, conforme habían hecho anteriormente, y ellos contestaban, bueno, y se regaban sin nadie maltratarlos".

d)—Secundino Remisio (fls. 184 y 185 v. del mismo cuaderno).

Como los anteriores declarantes, este testigo, luego de indicar los detalles de la diligencia de reconstrucción de los hechos, afirma que los procesados "todo lo hicieron por su propia voluntad y confesaron todo, sin amenaza ninguna"; que

"Isaías Murillo dijo que él no se había metido en nada; entonces porque decía eso le dieron un puntapié, no recuerdo quién, y éste lloró y se arrodilló y decía que él no se había metido en nada, porque él tenía obligación y que él había ido esa noche porque los bandidos lo habían traído era para matarlo, y mostraba las manos que tenían las señas que lo habían amarrado para traerlo; todo eso dijo Isaías allá: ni nadie de los compañeros o sean los demás presos lo incriminaron o señalaron, ni dijeron que él se había metido en ese asalto, nadie dijo nada de él; a ese fue el único que yo vi que le pegaron, pero a los otros no les hicieron nada".

A los procesados Jorge Oviedo y Segundo Cárdenas se les declaró reos ausentes y se les designó, como defensor de oficio, al doctor José Domingo Arias Bernal, quien tomó posesión del cargo.

El doce de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve, en atención a las peticiones de los interesados, fue remitido este proceso al Tribunal de Gracia, el cual, en sus providencias de 28 de septiembre de 1959 y de 14 de abril del mismo año, estimó improcedentes la suspensión del ejercicio de la acción penal y el beneficio de libertad provisional a que se refiere el Decreto 0328 de 1950, en concordancia con el 2.562 del mismo año. (V. cuadernos tercero y cuarto).

Al informativo fueron traídas las declaraciones de varias personas que informan sobre los buenos antecedentes de Isaías Murillo Poloche (fls. 55 a 57 v., del primer cuaderno), así como de Segismundo Aragón, Antonio María Oviedo y Saúl Vega Lozano (fls. 59 a 71, del mismo cuaderno).

Igualmente fueron recibidas por el Alcalde de San Luis (Tolima), en virtud de comisión que le confiriera el Alcalde de Ortega, cuando este último fue encargado por el Juzgado 1º Superior de Ibagué para ampliar el sumario, varias declaraciones en las cuales se afirma la buena conducta anterior de Isaías Murillo Poloche y se refiere haber sido visto en compañía de su esposa y sus hijos transitando, a las seis de la tarde del día de los hechos, tres de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, por la carretera que va a la finca de "Varsovia" (fls. 1 a 10 del quinto cuaderno).

Por auto de 23 de junio de 1959 el Juzgado 1º Superior de Ibagué declaró cerrada la investigación y dispuso poner el proceso a disposición de las partes por tres días, para alegar de conclusión, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 012 de 1959.

El catorce de julio de mil novecientos cincuenta y nueve el Juzgado 1º Superior de Ibagué, en atención a que "en este proceso los sindicados detenidos no han hecho designación de apoderado para que los represente ante este Juzgado, a excepción de Isaías Murillo Poloche, se les designa de oficio al (sic) doctor Luis Guillermo Granados y Pedro Luis Alvarez Ocampo, como apoderados de José Santa Sierra y Leoncio Oviedo, el primero, y de Saúl Vega, Antonio María Oviedo y Segismundo Aragón, el segundo".

Los apoderados de oficio tomaron posesión el día dieciseis del mismo mes de julio. Ni ellos, ni el apoderado de Murillo Poloche, ni el de los dos reos ausentes presentaron alegación alguna.

El doctor Augusto Saavedra, Fiscal del Juzgado 1º Superior de Ibagué, envió el siguiente alegato de conclusión:

"En el sumario de la referencia, atentamente solicito se sirva dictar sentencia condenatoria en contra de los sindicados, por estar plenamente demostrada la participación de éstos en los hechos materia de la investigación, con la confesión libre y espontánea hecha ante el funcionario de instrucción, la cual se presume verídica, por no haberse presentado durante el curso del sumario ninguna prueba en contrario. Señor Juez (firmado).....".

El treinta de julio el Juzgado 1º Superior profirió su sentencia (fls. 227 a 234), mediante la cual impuso la pena de veinticuatro (24) años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, a los procesados José Santa Sierra, Leoncio Oviedo, Saúl Vega Lozano, Antonio María Oviedo, Segismundo Aragón, Isaías Murillo Poloche, Jorge Oviedo y Segundo Cárdenas o Hernández o Moreno.

De este fallo apelaron los procesados detenidos, quienes, asimismo, suscriben un alegato presentado al juzgador de segunda instancia, conjuntamente (fls. 243 a 246), y también, individualmente, otro, suscrito por Segismundo Aragón (fls. 258 a 260), Saúl Vega Lozano (fls. 262 a 264), Antonio Oviedo (fls. 266 a 268), Isaías Murillo Poloche (fls. 270 a 273) y Leoncio Oviedo (fls. 274 a 276).

En el último de tales escritos, personalmente el procesado Leoncio Oviedo pide la práctica de

algunas pruebas (testimonios), anotando que ellas fueron citadas "desde raíz de indagatoria y por negligencia de los funcionarios que han actuado en las diligencias procesales se han negado a recibir dichas declaraciones....", testigos que, dice, deben ser interrogados sobre "si es verdad que en la fecha del día 3 del mes de septiembre del año de 1956, en que se refieren de que tuvieron ocurrencia los hechos, me encontraba en el punto que ellos lo dirán, diferente al punto denominado Cucuana, donde hacen constar el hecho suscitado".

También presentaron los procesados Isaías Murillo Poloche, Segismundo Aragón Bocanegra, Saúl Vega Lozano y Antonio María Oviedo sendas certificaciones del Sub-Director encargado de la Dirección de la Penitenciaría Nacional de Ibagué, en la cual se dice de estos que han "observado buena conducta, sin que hayan sufrido castigo de ninguna naturaleza...", y que "en la madrugada del 24 de febrero de 1959, se encontraban en el patio número 2 (penados), de donde se evadieron casi un centenar de reclusos y que a pesar de estar en las mismas condiciones de los prófugos, no lo hicieron, ni intentaron hacerlo y que antes bien guardaron serenidad y acato a las órdenes impartidas por las autoridades carcelarias en aquella fecha". (Fls. 257, 261, 265, 269, del primer cuaderno).

El día 4 de diciembre de 1959 el Tribunal Superior de Ibagué citó para sentencia (fl. 277), la cual profirió el once de febrero de mil novecientos sesenta (fls. 279 a 281 v.), fallo éste objeto del recurso de casación interpuesto.

En esta providencia de segunda instancia, luego de una apretada síntesis de los hechos (fl. 279) y de una más reducida crítica a la prueba (fl. 279 v.), se hacen las siguientes consideraciones en las cuales el Tribunal Superior de Ibagué apoya su resolución por la cual confirma la sentencia de primera instancia (fls. 280 a 281 v.):

"Por lo que respecta a los responsables de estos delitos, se observa:

"Fueron capturados e indagatoriados José Santa Sierra, Leoncio Oviedo, Saúl Vega, Antonio María Oviedo, Segismundo Aragón e Isaías Murillo Poloche, es decir, seis personas como integrantes del grupo quienes confesaron su participación en los delitos.

"Independientemente de esta confesión, el menor Andrés Díaz que, aunque escondido presenció la muerte de su padre y su hermano que se llevó a cabo no en la casa sino afuera, reconoció a los tres Oviedos, a José Santa y a Saúl Vega; y Blanca Villanueva de Calderón reconoció en rueda de presos a Saúl Vega. Reconoció también a Santa y a Leoncio Oviedo.

"En sus respectivas indagatorias los procesados a la vez que confiesan su participación en los delitos, dan los nombres de sus compañeros: así José Santa acusa a los tres Oviedos y a Saúl Vega, quien llevaba una escopeta de cápsula; acusa también a un individuo de apellido Murillo; Leoncio Oviedo acusa a Saúl Vega, que iba armado de carabina, a Segismundo Aragón, José Santa, Isaías Murillo y Antonio Vega, que llevaban peinilla. Blanca Villanueva en su declaración dice que reconoció a José Santa y a Leoncio Oviedo. Saúl Vega, otro de los procesados, acusa a los Oviedos, a José Santa y a Isaías Murillo Poloche. Antonio María Oviedo acusa a los Oviedos, a Segismundo Aragón, Isaías Murillo, Saúl Vega y José Santa Sierra. Segismundo Aragón acusa a los Oviedos, a Isaías Murillo Poloche, a su compadre Saúl Vega y a José Santa. Por último Isaías Murillo Poloche acusa a Segundo Cárdenas o Hernández, a los Oviedos, a Santa Sierra, a Vega y a Segismundo Aragón.

"Del análisis anteriormente expuesto se desprende que contra los seis indagatoriados, hay plena prueba para condenarlos, prueba que se basa en la propia confesión de los mismos, en el reconocimiento que de algunos de ellos hicieron parientes de las víctimas y en la acusación que entre sí se formularon los procesados, que afirman en esas acusaciones que todos y cada uno de ellos participaron en forma parificada en la comisión de los delitos.

"Independientemente de esas pruebas está el indicio de ser los procesados de la misma región, hecho que hace más verosímil las acusaciones contra los mismos.

"Es cierto que los indagatoriados se retractan en las diligencias de careo entre ellos mismos, manifestando que habían confesado dadas las torturas a que fueron sometidos por los funcionarios encargados de la investigación.

"El Tribunal no descarta la posibilidad de que contra los comprometidos se hubiera ejercido cierta violencia, dirigida únicamente a esclarecer la verdad, partiendo del hecho que todos los acusados niegan su participación en el delito, aun-

que exista prueba diferente que los comprometa.

"Pero aunque esto pueda ser así en principio, dada la relación hecha por los mismos confesantes, se ve muy a las claras que con posterioridad a su confesión o por sugerencia de sus defensores o por propia iniciativa, quisieron retractarse para eludir la acción de la justicia.

"Los tratadistas sobre prueba al tratar de la confesión consideran la retractación como muy sospechosa, a menos que se comprueben los motivos determinantes que tuvieron para hacer su primera confesión.

"En el caso que aquí se contempla, dada la relación pormenorizada que hace cada uno de los confesantes sobre los hechos y sus actuaciones individuales y sobre los nombres de las personas ultimadas y el procedimiento adoptado, se puede concluír casi con certeza que dijeron la verdad o en forma espontánea o por el temor a la represalia de las autoridades del orden legal. Y tan cierto es esto, que en la diligencia de reconstrucción volvieron a hacer una relación semejante, acusando después a los funcionarios de violencia, hecho que fue desmentido por las personas que concurrieron a la diligencia.

"Las acusaciones que los procesados se hacen mutuamente no pueden desecharse porque son muy verosímiles: la experiencia judicial demuestra que los sindicados no sólo niegan su participación en el delito sino también, por compañerismo o por miedo, no acusan a sus conmilitones; como ya se expresó, varios de los familiares de las víctimas acusan a algunos de los procesados, acusación ésta que corresponde a la confesión de los mismos y a los cargos que entre los asaltantes se hicieron mutuamente.

....

"Como ya se expresó, la práctica judicial indica que sólo en casos muy excepcionales los bandidos acusan a sus compañeros, y por eso se ha visto con demasiada frecuencia que en delitos llevados a cabo por un número plural de personas, sólo se condena a uno o dos sin que de los labios de esos condenados salga una acusación contra sus compinches. La condenación se impone por reconocimiento que hacen de ese solo individuo personas diferentes a los autores o coautores del delito. De aquí, pues, el que los jueces de derecho consideren como una prueba no sospechosa la acusación hecha por los mismos compañeros con relación a determinado individuo.

"Complementando la prueba están los indicios de ser los emplazados.... "Jorge Oviedo y Segundo Cárdenas o Hernández...." de la misma región y haberse ausentado de la misma, lo que hace presumir su coparticipación criminosa.

"Dada la manera como pasaron los hechos, a todos debe considerárseles como coautores, porque ejecutaron actos parificados para la consumación de los delitos, y porque según la confesión de ellos, se distribuyeron funciones: mientras unos asaltaban una casa, los otros asaltaban la otra.

"Se trata de homicidios agravados porque hubo premeditación acompañada de motivos innobles y bajos, alevosía y sevicia: esta última está caracterizada por la manera de dar muerte a las víctimas, cercenándoles la cabeza y luego acribillando de heridas al cadáver mismo.

"Dadas las modalidades del hecho y su gravedad intrínseca, a cada uno de los procesados se le podía imponer, por un solo delito de homicidio, el máximo de la pena; con mayor razón si se trata de tres homicidios agravados.

....

"Si se aplicara el artículo 33 del Código Penal por este concurso de delitos, la pena pasaría de setenta años, ya que los delitos de robo son agravados. Pero como de acuerdo con la ley el máximo de pena imponible es el de veinticuatro años, a esa pena se condena a los procesados.

"Por lo expuesto... CONFIRMA en todas sus partes la sentencia apelada".

Ahora bien:

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué recurrieron los seis procesados detenidos. Sin embargo solamente dos, Segismundo Aragón Bocanegra e Isaías Murillo Poloche presentaron por intermedio de su apoderado para este recurso, doctor Oscar E. Carvajal Navia, la correspondiente demanda de casación.

LA DEMANDA DE CASACION

El señor apoderado de los recurrentes Aragón Bocanegra y Murillo Poloche, en extensa demanda (fls 13 a 63 del sexto cuaderno), con invocación de las causales cuarta, segunda, primera y quinta del artículo 567 del C. de P. P., solicita que se invalide el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, a que se ha hecho referencia.

A los cargos que el impugnante hace habrá de

referirse la Sala cuando procede a su estudio, dentro del orden señalado al enumerar las causales de casación propuestas. Tanto más, cuanto que el doctor Carvajal Navia manifiesta que señala "como principal la cuarta del citado artículo 567 y como subsidiarias, en su orden, la segunda, la primera y la quinta del referido artículo.....".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, en concepto del día veinte de marzo del corriente año, luego de un pormenorizado estudio de los distintos cargos que el demandante hace al fallo recurrido, solicita que no sea casada la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, impugnada.

Del escrito del Ministerio Público cabe transcribir lo siguiente:

a)—Causal cuarta.

"Se consideran como violados primeramente el artículo 26 de la Constitución Nacional y los artículos 351, 255, 233, 336, 282, 202, 295, 548, 266, 422, 273, 277, y 314 del C. de Procedimiento Penal.

"...este Ministerio Público interpreta el pensamiento central del demandante, sobre esta causal, en la siguiente forma:

"A Aragón y a Murillo —afirma el impugnador— se les negaron las garantías propias del juicio y aptas para su legal defensa; se les hizo víctimas de torturas físicas y morales por el instructor legal para lograr de ellos una confesión; se les negó la práctica de diligencias que pudieron favorecerles por parte de funcionarios que conocían del negocio contra ellos seguido; se les menoscabó su derecho de acertada defensa al no nombrárseles profesionales de la abogacía para llevarla a cabo; con base en estas confesiones coaccionadas se estructuró la sentencia en su contra; se le dio valor excesivo al testimonio de un menor que depusiera como testigo ocular; se dejó de traer a autos la partida (copias) de defunción de los occisos; en fin, por el Tribunal se le dio a sus pretendidas confesiones, siendo nulas, un valor que no tenían. Así sobre un expediente viciado de nulidad tanto constitucional como legal se construyó una providencia condenatoria y aberrante.

"Respuesta de la Procuraduría:

"Debe partirse de la base de que el impugnador no propuso ninguna de las ocho causales de nulidad previstas en el artículo 190 del C. de P. P., únicas que podía argüirse para el caso, en razón de que dentro de este negocio no hubo intervención del Jurado que permitiera la aplicación de las expresadas en el 199 de la misma obra. En el fondo la demanda se orienta a demostrar la existencia de una nulidad supra-legal, en el sentido de que la plenitud de las formas propias del juicio no tuvo operatividad cierta en torno al seguido contra los recurrentes.

"El punto central de la confesión de los sindicados que debe considerarse a la luz del valor probatorio que a ella le asigna el artículo 255 del C. de P. P.

"Estas confesiones emanaron de la libre voluntad de los inculpados y no aparece en ellas inspiración extraña ni obtención para la justicia debida a coacción de naturaleza física o moral. Los requisitos esenciales de libertad y espontaneidad para ser emitidas no ofrecen visos de haber sido falseados, ni por la sagacidad del instructor, ni por coacciones externas. No puede afirmarse que ellas hubieran sido provocadas. Su articulación, en juicio, ante funcionarios de instrucción y su secretario es irreprochable. Poseen los requisitos clásicos de verosimilidad, credibilidad, persistencia y uniformidad. Y no se diga que por haber sufrido retractación posterior, su valor probatorio es nulo. Ninguno de los hechos que afirman riñe con las restantes pruebas traídas a autos; ninguna escapa a la lógico inflexible de una justa crítica de los hechos; son exposiciones objetivas, netas, claras, circunstanciadas. La mejor demostración de su verosimilitud es la diligencia de reconstrucción de los hechos; donde, situados los actores en los lugares que ocuparon el día de los sucesos, obraron y actuaron con perfecto acierto y conocimiento de sus actividades; con lujo de detalle sobre ellas, sin inspiración extraña ninguna, sin incurrir en contradicciones, con la seguridad de quienes representan no un papel, sino repiten un acto perfectamente grabado en la conciencia y puntualizado en la memoria.

"¿En qué momento y cómo se produjo ella en el negocio sub-lite? Por parte de Segismundo Aragón lo fue ante el funcionario instructor del Batallón de Infantería 'Nueva Granada', en su indagatoria del 30 de septiembre de 1956, vale decir, veintisiete días después de ocurridas las muertes de Díaz, Calderón y Molina y diez días

después de iniciarse la investigación. Cabe agregarse que según nota secretarial (f. 17) Murillo y Aragón fueron puestos a órdenes del despacho, enviados por el Comando del puesto militar de Cúcuta (sic)...." (se trata del de 'Mesa de Cucuana')....., 'que los capturó el 23 de septiembre. Afirma haber asistido en compañía de varios otros —que nombra, entre ellos Isaías Murillo— el 3 de septiembre a la casa de Calderón, donde uno de los desconocidos, que integraban la partida le pegó un tiro a Calderón y luego le dimos peinilla' (fl. 21 vto.).

"En cuanto a Murillo prestó declaración de inquirir el 1º de octubre: dice haber sido obligado por una patrulla de civiles, al mando de Segundo Hernández o Cárdenas —bajo amenazas de muerte— 'a ir a robar'. Más adelante se incorporó a ellos otro grupo del que formaba parte Aragón; conjuntamente atacaron la casa de Calderón y de Díaz. Manifiesta no conocer a los muertos, haber presenciado el robo a sus habitaciones, pero no haber percibido nada de él.

"¿Cuándo se produjeron las retractaciones de Murillo y Aragón? Cuando salido el expediente de la justicia militar, y en manos del Alcalde de Ortega, se realizaron unos careos entre los sindicados; fue entonces la ocasión propicia para afirmar todos que la tropa los había torturado y extraído así sus confesiones bajo amenazas de muerte. ¿Y qué prueba se ha traído por parte de ellos para confirmar este aserto gravísimo? Ninguna: la simple afirmación y nada más. Pueden estas confesiones tacharse de nulas? No lo considera así este Despacho, y no cree que la demostración que intenta la parte recurrente sobre el particular logre su cometido.

"Ahora bien: no estando demostrado el empleo de promesas, amenazas sobre los sindicados para obtener una determinada versión, no hay violación del artículo 351 del C. de P. P. Cuanto se diga sobre ello es mera divagación. Tampoco se limitó a los procesados el derecho de hacer constar cuanto tuvieran por conveniente para sus descargos: el expediente da plena muestra de las garantías que les rodearon (artículo 358) y si no se verificaron algunas de las citas que hicieron, fue por su inconducencia y no por torcido interés de la autoridad. Las pruebas que solicitaron, las más importantes por lo menos, obran al expediente: no se les coartó el derecho de pedirlas (artículo 282). El funcionario instructor no omitió comprobar hechos o circunstancias que eximieran o atenuaran la responsabilidad de los procesados; su celo fue para lograr una investigación severa y veraz (artículo 295), y el no cumplimiento del artículo 452 no acarrea nulidad para el proceso, por ser los interrogatorios que consagra *medios* de información sobre la personalidad del enjuiciado, pero no el único de que dispone el juez para obtenerla.

"En síntesis, la sentencia que se impugna está inspirada en el cumplimiento del artículo 203 del C. de P. P., y toda la alegación con base en la causal cuarta está orientada a producir un falso efecto de criterio que suponga la violación del artículo 26 de la Carta. Nada más lejos de la realidad procesal".

Respecto de las otras causales de casación invocadas por el demandante, el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal las rechaza, por no resultar demostrados los cargos; si bien en relación con la quinta ancta el Ministerio Público "que cabría oponérsele alguna crítica a la manera redactiva y expositiva de la sentencia que se acusa, entre otras, el reparo de su excesiva síntesis. No es ello, sin embargo, suficiente para considerarla como desprovista de los elementos que la ley exige a esta clase de providencias. Las razones que explota el impugnador al servicio de su acusación, son más de forma que de fondo. No cabe sobre ellas considerar como demostrada la causal".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Ciñéndose la Sala no sólo a la solicitud del demandante para que se tome en cuenta, preferencialmente, el examen de los cargos hechos a la sentencia recurrida, con invocación de la causal cuarta de casación prevista en el artículo 567 del C. de P. P., sino las razones de orden técnico que obligan hacerlo así cuando esta causal es aducida con otra u otras de las señaladas en el citado artículo, entra a ocuparse de la acusación propuesta, de ser "la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Entre otros motivos de impugnación, afirma el doctor Carvajal Navia que sus "defendidos no disfrutaron de los adecuados medios de defensa que la ley les concede, pues a lo largo del proceso estuvieron huérfanos de defensa y al finalizar el negocio estuvieron asistidos por profe-

sionales versados en la ciencia del derecho que no hicieron nada por defenderlos". Y, asimismo, que los diferentes cargos que hace a la forma como se adelantó el proceso, no se dio cumplimiento "a la plenitud de las formas del juicio, que la ley señala...", lo cual origina "la nulidad constitucional emanada del artículo 26 de la Constitución que ordena observar en el juicio penal 'la plenitud de formas'".

Como demostración de estos cargos, dice el demandante:

"De autos aparece que a través del diligenciamiento procesal no fueron asistidos mis defendidos por abogados titulados, como tampoco aparece la prueba que los profesionales nombrados en último momento para que los representaran en sus derechos, no ejercieron el cargo para el cual tomaron la debida posesión y bajo el juramento de rigor, juraron cumplir fielmente con los deberes del expresado cargo, tal como reza la fórmula sacramental. Los doctores José Domingo Arias Berral, Luis Guillermo Granados, Max Vargas Archila y Pedro Luis Alvarez, en su calidad de representantes judiciales de los acriminados, se limitaron a tomar posesión del cargo de apoderados de los respectivos procesados, pero en cumplimiento de los deberes que 'el cargo les impone' no hicieron nada, absolutamente nada por 'cumplir bien y fielmente con los deberes' que el mismo cargo les impunía.

"No aparece en el expediente ni un solo memorial de pruebas suscrito por los mencionados profesionales para tratar de impugnar las pruebas de cargo recaudadas dentro del informativo, nada hicieron para tratar de mejorar la situación jurídica de sus patrocinados, y ni siquiera impugnaron la sentencia de primera instancia cuando ésta se produjo. En relación con mis patrocinados, uno de ellos, Isaías Murillo Poloche, le dio poder al doctor Vargas Archila, pero este distinguido profesional se limitó a tomar posesión del expresado cargo, sin que su actuación profesional aparezca acreditada dentro del expediente.

"Ante una situación como la mencionada anteriormente, no se puede hablar de que los procesados disfrutaron de las garantías constitucionales y legales, ya que fueron condenados sin observar en su causa la plenitud de las formas propias del juicio penal, que ordena que la causa se tramite con el lleno de las formalidades legales. Una de ellas es la que expresamente está consagrada en la Carta Fundamental, de que a nadie podrá condenársele, sin antes ser oído y vencido en juicio. En el caso de autos, a mis defendidos se les privó del sagrado derecho de defensa a que en su calidad de procesados tenían derecho. Pidieron insistentemente la práctica de varias pruebas que incidían en una mejor ubicación de su situación jurídica dentro del proceso. Nada de esto fue posible que se le prestara atención, ya que el expediente prueba que ni siquiera el Alcalde de San Luis (Tolima) diligenció el despacho número 7 a que alude el señor Alcalde de Ortega en su constancia visible al fl. 185 vuelto. En el citado despacho, el señor Alcalde de Ortega se dirigía a su colega de San Luis para que le diera curso a la petición elevada por el detenido Isaías Murillo Poloche al señor Auditor de Guerra para que recepcionara las declaraciones de Domingo Romero, Isidro Ospina, Valeriano Cardozo y Damas (sic) Ramírez, ciudadanos estos que les constaba personalmente que el procesado se encontraba en un sitio bien distinto al sitio donde ocurrieron los trágicos sucesos el ya citado tres de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, y las de buena conducta del mismo y para lo cual citó a Santos Carrillo, Venancio García, Isidro García, Camilo A. Torres y Concepción Rada. Ninguna de estas declaraciones las tomó el Alcalde de San Luis, pues ya vemos que ni siquiera devolvió el aludido despacho, debidamente diligenciado a su colega de Ortega".

Que "la sentencia.... es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad constitucional, por violación indirecta del artículo 26 de la Constitución Nacional.

"La plenitud de las formas propias del juicio penal, que prescribe la Carta Fundamental, no se observaron en el juicio seguido contra mis defendidos. Se les condenó sin ser oídos y vencidos en dicho juicio con la ritual observancia de las formalidades procesales prescritas para el caso. No disfrutaron de los medios adecuados para la defensa de los derechos que en su calidad de procesados estaban investidos. Con medios dilatorios y negligentes por parte de los funcionarios que conocían del proceso, no se les permitió la producción de pruebas pedidas en tiempo oportuno por los procesados.

"Con base en una mal llamada 'confesión',

arrancada por medio de torturas físicas y violenta coacción moral, se les obligó a confesar un delito que no habían cometido. Dichos medios fueron aceptados por el mismo Tribunal cuando en la parte motiva del fallo condenatorio, dice lo siguiente:

'El Tribunal no descarta la posibilidad de que contra los comprometidos se hubiera ejercido cierta violencia dirigida únicamente a establecer la verdad' (fl. 280 v.).

"Con el anterior resumen de los hechos y fallas de la investigación aspiro a facilitar a la H. Corte el estudio de los cargos que le hago a la sentencia del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué que, en resumen, consisten en el quebrantamiento por parte del Tribunal del mandato contenido en el artículo 26 de la Constitución Nacional, al no observar en el juzgamiento de Isaías Murillo Poloche y Segismundo Aragón Bocanegra, la plenitud de las formas propias de dicho juicio, especialmente por el desconocimiento del derecho de defensa que se les vulneró a los procesados, de lo cual es responsable el procedimiento establecido por el Decreto 012 de 1959, en razón de la drasticidad allí determinada y sólo aplicable a los Departamentos bajo el estado de sitio.

"Alego por lo anterior la nulidad constitucional procedente de la violación indirecta del artículo 26 de la Carta Fundamental, y pido a la H. Corte que declare fundada la causal cuarta de casación, señalada en el artículo 567 de nuestro estatuto procedimental penal, por este motivo".

Pues bien:

Con la salvedad del cargo que el demandante hace a la sentencia por violación del derecho de defensa de los procesados recurrentes, en cuanto la apoya en supuesto incumplimiento de la comisión conferida por el Alcalde de Ortega al del municipio de San Luis para que éste recibiera las declaraciones a que se refiere el Despacho número 7, de 29 de octubre de 1958, pues en el cuaderno quinto del proceso aparece que esas diligencias sí se cumplieron, esta Sala encuentra que, en realidad, los procesados estuvieron indefensos durante el juicio.

En efecto:

En las indagatorias, en los careos y en la diligencia de reconstrucción de los hechos, tanto los procesados Aragón Bocanegra y Murillo Poloche, como los demás que fueron detenidos, aparecen representados por personas de quienes no hay constancia de que sean abogados.

Clausurada la investigación y cuando ya los reos estuvieron representados por los doctores José Domingo Arias Bernal, Max Vargas Archila, Luis Guillermo Granados y Pedro Luis Alvarez Ocampo, su intervención, como lo asevera el demandante, se redujo a firmar el acta de posesión del cargo y a recibir la notificación de la sentencia de primera instancia.

Es, por tanto, evidente que no sólo Aragón Bocanegra y Murillo Poloche, sino los demás reos detenidos y los que fueron declarados en contumacia, carecieron de toda asistencia jurídica, tanto más necesaria en este caso cuanto que los sindicados son personas de ínfima ilustración y una de ellas, José Santa Sierra, ni siquiera sabe leer ni escribir.

El descubrimiento de la verdad y la aplicación justa de la norma penal sustantiva, como objetivos primordiales del proceso penal, sólo son legítimos si se asegura una efectiva defensa de la persona incriminada.

El derecho de defensa se concreta en las distintas facultades que la ley de procedimiento le confiere al sindicado y consiste, como anota Manzini, en una "actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado". Es el derecho de alegar y de probar la inocencia o cualquiera circunstancia atenuante de la responsabilidad.

Refiriéndose a ella, Alfredo Vélez Mariconde, en su obra "La Situación Jurídica del Imputado" (Editorial Depalma, 1944, págs. 43 y siguientes), luego de distinguir entre defensa material y formal, dice que la primera es la que realiza el imputado "mediante manifestaciones que puede hacer en el proceso, declarando cuantas veces quiera en la instrucción y en el juicio, siempre que ellas sean pertinentes", o guardando silencio, ya que "también puede abstenerse de declarar"; y que la formal o técnica "se ejerce mediante instancias, alegatos y observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal..." y que "exige lógicamente conocimientos jurídicos de que el imputado, en la mayoría de los casos, carece; sin ellos, él no se podría de-

fender eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución".

Luégo, agrega este mismo autor:

"Bajo este segundo aspecto, y queriéndose demostrar la necesidad de un defensor técnico, se ha dicho que la intervención de éste suple la psicología inferior del imputado, el que se encuentra bajo la coerción moral del Ministerio Fiscal o en todo caso y más aún si es inocente, en condiciones anormales que no le permiten defenderse; ha podido verse en ella una integración jurídica que viene a restablecer el equilibrio de las fuerzas que de ordinario se observan en contradicción, de donde la defensa técnica és un elemento lógico indispensable del proceso...; se ha pensado que la defensa es una actividad imprescindible, porque no puede suponerse en los jueces una agudeza, una rectitud y una infalibilidad perfectas, únicas calidades que podrían hacerla innecesaria; y aún ha podido anotarse una razón política: 'abandonado el prevenido al arbitrio de los jueces, a la propia inexperiencia, a su escaso saber, a su timidez, al pavor que lo obsesiona, ¿quién podría impedir que en el ánimo de los ciudadanos naciera el concepto de que si el individuo hubiera sido defendido convenientemente habría podido demostrar su inocencia? Ahora bien: por respetable que sea el veredicto del magistrado, por animado que se encuentre de probidad y visión prudente, es necesario que el público tenga la absoluta convicción de que la inocencia está ante aquél perfectamente asegurada, que a ella se le otorga la más amplia garantía, es decir, además de la publicidad, la presencia, la actividad, el ingenio de un defensor' ".

No sólo la Constitución colombiana establece el derecho de defensa, sino que el Código de Procedimiento Penal regula su ejercicio.

El artículo 25 de la Carta dispone que "nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad"; y el 26 manda que a nadie se le juzgue "sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

"Las expresiones *formalidades legales, plenitud de formas en cada juicio*, empleadas en la Constitución...", dice la Corte en sentencia de 13 de noviembre de 1928 (G. J. Tomo XXXVI, pág. 203)..... "son fórmulas con que ésta ordena la observancia de los siguientes requisitos, aparte de otros en ellos declarados expresamente... d) que el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa...".

Ahora bien:

Este derecho a la asistencia técnica del procesado está previsto en el artículo 104 del C. de P. P., en donde se dice que "desde el momento en que sea aprehendido o llamado a rendir indagatoria, tiene derecho a nombrar un apoderado que le asista en todas las diligencias del sumario. El funcionario de instrucción le hará conocer este derecho. Si el procesado no quiere o no puede nombrar apoderado el funcionario de instrucción se lo nombrará de oficio".

En el artículo 107 de la misma obra se dispone que "el cargo de defensor es de forzosa aceptación. En consecuencia, tanto los nombrados por el procesado, como los que designe el Juez o el funcionario de instrucción estarán obligados a aceptar y **desempeñar el cargo**.....", (subrayó la Sala).

Igualmente, el artículo 432 del código citado manda que "al notificarse el auto de proceder, se hará saber al procesado el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo represente en el juicio; si no lo nombrare, lo designará el Juez..... .....".

Y si no fuere posible hallar al procesado para notificarle el auto de proceder, se le "emplazará por edicto que permanecerá fijado durante veinte días en la Secretaría del Juzgado y se publicará en carteles fijados en lugares públicos de la localidad. Si transcurrido este plazo, no compareciere, se le declarará reo ausente, se le nombrará defensor de oficio y con éste se seguirá el juicio hasta su terminación", preceptúa el artículo 433 del mismo Código.

Pero no es suficiente, para decir que el procesado contó con la asistencia técnica que el derecho de defensa le confiere, que el apoderado o el defensor haya tomado posesión del cargo, sino que es menester que esa asistencia técnica tenga cumplimiento, que la defensa se realice, en fin, que el cargo sea ejercido. La efectividad de la defensa formal es lo que se proponen tanto la Constitución, en las normas citadas, como las disposiciones del C. de P. P. transcritas.

Y como en este proceso los reos Aragón Boca-

negra y Murillo Poloche —ni ninguno de los sindicados— contó con esa asistencia jurídica de los abogados que tomaron a su cargo su representación en el juicio, es evidente que se les procesó y juzgó con violación del precepto de la Carta que consagra el derecho de defensa, con lo cual se ha incurrido en una nulidad de lo actuado a partir del auto por el cual se declaró cerrada la investigación.

La Corte dice lo siguiente:

"No puede negarse que entre las formas propias del juicio penal, son de extraordinaria importancia aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa, y las dos manifestaciones primordiales de éste son la producción de pruebas y los alegatos orales y escritos.

"La sentencia que condena a un reo sin que los jueces hayan oído su defensa, o sin que se le hayan dado los medios de aducir pruebas, es violatoria, no sólo de la ley de procedimiento, sino también de la Constitución Nacional", (G. J. Tomo LXXVI, Nº 2134, pg. 434 y sgs.).

Y en providencia de 12 de mayo de 1956, (G. J. Tomo LXXXII, Nº 2167, pgs. 628 y sgs.), afirma esta Sala lo que pasa a transcribirse:

"El juicio penal presupone la existencia de sujetos procesales con los cuales se desarrolla y lleva a cabo la relación jurídico-penal. El Estado representado por el Ministerio Público, titular de la acción penal; el Juez o funcionario que representa al órgano jurisdiccional que decide sobre los resultados del juicio, y el acusado, sujeto pasivo de la acción penal. La ausencia de sujetos procesales o su no representación en juicio, conlleva como consecuencia lógica la negación de la relación jurídico procesal con las partes, por consiguiente, la afirmación de la existencia del juicio.

. . . . . .

"La defensa no es un privilegio que otorga la ley sino un derecho originario del hombre, reconocido por el legislador; por consiguiente, este derecho es inalienable e irrenunciable por el interés que tiene el Estado y la sociedad de que no se condene a un inocente sino al verdadero culpable. Nadie puede renunciar a su propia defensa, y cuando por cualquiera circunstancia la persona así lo hiciere, la ley faculta al funcionario para nombrar un apoderado o defensor de oficio que patrocine la causa y haga valer los derechos del acusado para absolverlo si es inocente, o para que sea sujeto de sanción penal en la justa medida de la ley, si resultare ser culpable.

"Pero el ejercicio del mandato presupone deberes y obligaciones que deben cumplirse y no renunciarse, porque el cargo de apoderado y defensor en lo penal es de orden público y no privado como en lo civil; aquí se atienden intereses económico-patrimoniales, en aquél se defienden valores de superior jerarquía, como es la libertad del hombre, su inocencia o el reconocimiento de una responsabilidad en los términos de la ley. El mandato no se cumple ni se justifica con el solo acto de suscribir notificaciones. No; es necesario asistir al procesado en *todas* las diligencias en que la presencia de éste sea prescrita por la ley, y representarlo en todos los actos e incidentes del proceso, bien sea en orden a contradecir las pruebas o allegar elementos que demuestren su inocencia, o a buscar los términos en que la ley debe ser aplicada.

"Si el apoderado o defensor no cumple con sus deberes, si la defensa es inútil por inercia o despreocupación, si no se hace nada por tratarse de un reo ausente, o por ser un defensor de oficio a quien los intereses del acusado no importan nada, es claro que en este caso especialísimo no puede hablarse de defensa, máxime cuando el acusado no estuvo ausente ni se hallaba prófugo de la justicia,.....".

Y es por este trascendental interés de que la defensa se realice en el juzgamiento penal, por lo que el legislador preceptuó que en el caso de que "el apoderado o defensor se niegue a desempeñar el cargo o no cumpla con los deberes que éste le impone, sin comprobar alguna de las causales de excusa expresadas en el inciso anterior.....", se refiere al primer párrafo del artículo 107 del C. de P. P....., "será requerido por el Juez para que lo ejerza o desempeñe, conminándolo con multas sucesivas hasta de cincuenta pesos cada una que, en caso de renuencia, impondrá el mismo Juez o funcionario".

Expresamente se indica que el apoderado o el defensor "asistirá al procesado en las diligencias en que la presencia de éste sea prescrita por la ley, y lo representará en todos los demás actos del proceso", (artículo 108 del mismo código).

Resulta, pues, como se dejó dicho, probado este cargo que el demandante, con invocación de la causal cuarta de casación, hace a la sentencia recurrida. La providencia acusada se dictó en un

proceso viciado de nulidad desde el auto que declaró cerrada la investigación, (de 23 de junio de 1959, fls. 214 a 216 del primer cuaderno), por cuanto fue desconocido el derecho de defensa consagrado en la Constitución Nacional.

Ahora bien::

No impugna el demandante el fallo del Tribunal Superior de Ibagué por haber sido proferido en un proceso para el cual no son pertinentes las disposiciones del Decreto 012 de 1959, cargo que habría sido también procedente, pues se juzgan en este negocio hechos cometidos antes de la vigencia de este estatuto.

Esta Sala, en sentencia de 15 de marzo de 1961 (proceso contra Walter Vidal, por homicidio), afirmó que "es contrario a la Constitución Nacional imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, si cuando ese acusado delinquió regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa".

Sinembargo, no puede tomar en cuenta la Corte motivos de impugnación no aducidos en la demanda.

Observa la Sala que en la lucha contra el delito para asegurar la defensa social, función encomendada al Organo Jurisdiccional del Estado en su aspecto represivo, éste no puede obrar sino ciñéndose al cumplimiento de las formas propias del juzgamiento señaladas en la ley, como corresponde a un régimen de derecho.

Aún dentro de las prescripciones del Decreto 012 de 1959, que limita el derecho de defensa, pero que no hubiera podido, sin contrariar las garantías constitucionales, desconocerlo, se dispone que "la designación de apoderado se hará conforme al Código de Procedimiento Penal, desde el momento de la indagatoria, y con él se actuará hasta la terminación del proceso", (artículo 8º).

Tomada en cuenta la conclusión a que llega la Sala al examinar la causal cuarta invocada, no procede el estudio de los demás cargos que hace el demandante a la sentencia recurrida con fundamento en los ordinales 1º, 2º y 5º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

No sobra expresar que los procesados continúan detenidos a órdenes de la autoridad correspondiente, pues la nulidad del proceso existe sólo a partir del auto por el cual se declaró cerrada la investigación, como se dejó anotado.

No hay lugar a proveer respecto del recurso de casación no fundamentado por los reos José Santa Sierra, Leoncio Oviedo, Antonio María Oviedo y Saúl Vega, dado que en relación con ellos y con los sindicados declarados reos ausentes, también obran los efectos de la nulidad del proceso, en la forma señalada, de conformidad con lo que ha dicho esta Sala, en varias ocasiones, a saber:

"Tratándose de sentencia condenatoria de varios reos y siendo común a todos el hecho que origina la nulidad, la reposición de lo actuado se extiende a los no recurrentes. Ningún principio de derecho procesal se opone al beneficio que éstos reciben como consecuencia de la declaración de nulidad.

"No sería lógico, ni conforme con el principio de igualdad ante la ley, y por lo mismo repugnaría a un sentimiento general de justicia, que un juicio que es nulo y sin ningún valor se considere como tal para uno de los reos y permanezca válido, con todas sus consecuencias jurídicas, para el codelincuente, tratándose del mismo delito....", (fallos de 4 de junio de 1941, G. J. Tomo LI, pg. 649; de 17 de junio de 1952, G. J. Tomo LXXII, pg. 634, y de 11 de junio de 1955, G. J. Tomo LXXX, pg. 533).

No deja la Sala de anotar su extrañeza por el reducido alegato de fondo presentado por el señor Fiscal del Juzgado 1º Superior de Ibagué, como que se contrae a nueve renglones, según aparece al ser transcrito en esta providencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, a que se ha hecho mérito, a fin de que se reponga el procedimiento en la forma que se indica en la parte motiva de este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pieguinto León, Secretario.

NO PROSPERAN LOS CARGOS QUE, CON INVOCACION DE LAS CUATRO PRIMERAS CAUSALES DE CASACION, SE FORMULARON CONTRA LA SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITO DE HOMICIDIO

1.—La contraevidencia de un veredicto —como lo ha expuesto la Corte en diversas oportunidades— corresponde declararla sólo a los juzgadores de instancia, ya que ésta es cuestión sobre la cual nada puede remediarse en casación, toda vez que la libertad de dichos juzgadores para declarar o no contraevidente la decisión del jurado, "no está sometida a crítica o enmienda sino en las etapas ordinarias y es función que se extingue con ellas".

2.—La casación es un juicio limitado y regulado por el legislador, en el que se efectúa un examen de los hechos de naturaleza jurídica distinta del que se realiza en las instancias. El recurso de casación es precisamente extraordinario, porque solamente procede contra determinadas resoluciones judiciales, en los casos y en las condiciones expresamente señalados en la ley.

3.—De conformidad con nuestro estatuto procesal penal (artículos 536 y 557), la casación solamente se puede interponer contra las sentencias de segunda instancia, pronunciadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, es decir, contra las resoluciones que deciden definitivamente sobre lo principal del juicio. Por lo tanto, este recurso no puede ser un medio para impugnar el fondo de providencias que no tienen la eficacia de decidir en definitiva sobre lo principal del juicio penal, como son, por ejemplo, el auto que ordena la detención del procesado, el que dispone o niega su libertad, el que califica el mérito del sumario, los que niegan la admisión o la práctica de alguna prueba, el que declara la contraevidencia de un veredicto, los que resuelven algún incidente del proceso y las demás que contengan resoluciones análogas.

4.—El recurso extraordinario de casación no puede servir de oportunidad o pretexto para reabrir el debate sobre cuestiones que fueron irrevocablemente decididas, en el curso del proceso, por medio de providencias de carácter interlocutorio; como es el caso del auto del Tribunal que en el presente juicio declaró contraevidente el primer veredicto.

5.—Si la Sala de Casación Penal carece de facultad para declarar contraevidente el veredicto del Jurado, por ser esta atribución exclusiva y privativa de los Jueces y Tribunales de Instancia, de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, y por consiguiente es inoperante en casación la declaración de contraevidencia, lógica y consecuencialmente se deduce, que tampoco puede dicha Sala estudiar, para revisar o anular, el auto del Tribunal que declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto, pues al proceder de esta manera tendría que abrir nuevo debate sobre los hechos, desvirtuando de este modo, en su contenido esencial o formal, por una interpretación reñida con las normas legales, el recurso de casación.

6.—Aunque realmente fuera cierto que el Tribunal, en el caso de autos, al declarar contrario a la evidencia de los hechos el primer veredicto, hubiera incurrido en un verdadero "error judicial", y dada la hipótesis de que la Sala Penal tuviera poder para re-

viar en casación dicha providencia, el supuesto error no produciría tampoco una nulidad legal, ni menos constitucional, pues no constituiría un quebrantamiento de forma o un error in procedendo, sino un error in judicando sobre una cuestión de fondo, y sabido es que las nulidades legales o supralegales ordinariamente se contraen al procedimiento y tienen por causa el quebrantamiento de algunas de las formas sustanciales propias del juicio, vicio en que no se incurre en el supuesto que se contempla.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL. —Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

En sentencia del veintiuno de enero de mil novecientos cincuenta y nueve, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al revisar por apelación y consulta, confirmó en todas sus partes, la del Juez Segundo Superior del mismo distrito, por medio de la cual se condenó a Arturo Moreno Pérez a la pena principal de ocho años de presidio y a las consiguientes accesorias, como responsable del delito de homicidio consumado en la persona de doña Inés Restrepo de Uribe.

Contra este fallo del Tribunal de Medellín oportunamente se interpuso el recurso extraordinario de casación y se formuló la correspondiente demanda: como se han cumplido los trámites legales se procede a su estudio y decisión.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Los hechos que originaron este proceso se cumplieron el siete de enero de mil novecientos cincuenta y siete, en las primeras horas de la noche en el corregimiento de Belén, correspondiente al municipio de Medellín.

En la fecha indicada algunos niños, hijos del señor Arturo Moreno Pérez estuvieron patinando y jugando en la acera de la casa donde habitaba el señor don Lorenzo Uribe con su familia. Los ruidosos retozos de los hijos del señor Moreno causaron desagrado a las señoritas Uribes, quienes, en términos comedidos, reclamaron a aquéllos. Entonces éstos se dieron a la tarea de injuriar a las señoritas Uribes y aun a hacerles soeces alusiones a la señora Helena de Uribe, madre de éstas, ya fallecida. Al llegar a su casa, en las primeras horas de la noche, don Lorenzo fue informado por sus hijas de lo ocurrido durante el día; en vista de esto, decidió hablar con don Arturo para ver de solucionar un conflicto que ya se hacía intolerable, pues al parecer eran reiteradas las ocasiones en que los hijos de éste hacían objeto de malos tratamientos a los vecinos, y especialmente a la familia de don Lorenzo Uribe. Don Arturo se encontraba en esos momentos en el andén de su casa conversando con su vecina, doña Graciela Mesa de Mesa, a quien exigía el cambio de un juguete que había sido objeto de un trueque entre un hijo de ésta y otro del sindicado. Hallándose conversando don Arturo con la señora Mesa de Mesa, se presentó don Lorenzo y en buenos términos le dijo a aquél que "le hiciera el favor de reprender a sus niñitos ... pues que ese día habían tratado mal a las señoritas hijas de él". No se conoce con exactitud los términos de la conversación, que en seguida se suscitó entre el sindicado y don Lorenzo Uribe; pero lo cierto fue que los ánimos se exaltaron prontamente y don Lorenzo le dio una bofetada en la cara al señor Moreno, según el testimonio de algunas personas, o únicamente hizo el ademán de pegarle, actitud ante la que el último reaccionó sacando un revólver que llevaba en el bolsillo apuntándolo a don Lorenzo. En vista de esto, el señor Uribe se encaminó precipitadamente a su casa, la que se encontraba frente al lugar de los hechos, y en ella se armó también de revólver y con el salió nuevamente a la calle, aunque alguna de sus hijas trató de impedírselo. Ya en la calle y enfrentados Moreno y Uribe se escucharon varios disparos, sin que hubiera podido establecerse con seguridad cuál fue el iniciador de este singular combate. Por algún tiempo se prolongó el cambio de disparos y al finalizar la riña armada fue encontrada, agonizante, la señora Inés Restrepo de Uribe, cónyuge de don Lorenzo, en el zaguán de su casa. La bala que lesionó y causó la muerte de doña Inés de Uribe le interesó el cerebro desde su "región anterior hasta el polo posterior", según el resultado de la necropsia.

El homicidio consumado en la persona de doña Inés Restrepo le fue imputado desde un principio, sin vacilaciones al señor Moreno Pérez, y así el

Juez del conocimiento, al calificar el mérito del sumario lo llamó a responder en juicio, con intervención del jurado, en los términos siguientes:

"Llámase a responder en juicio criminal, con la intervención del jurado, a ARTURO MORENO PEREZ de la filiación anotada en la parte motiva, por el delito de homicidio de que trata nuestro Código Penal en su Calitulo I, Título XV, del Libro II, consistente en el cargo de haber lesionado y con ello ocasionado la muerte de INES RESTREPO DE URIBE, habiendo sido su propósito dar muerte a LORENZO URIBE PEREZ, y hecho sucedido dentro del área urbana de la población de Belén, corregimiento de esta ciudad de Medellín, a eso de las ocho de la noche del día siete de enero del presente año".

Ejecutoriado el auto de proceder, sin que contra él se hubiera interpuesto ningún recurso, y cumplido debidamente el trámite de los juicios por jurado, el Juez del conocimiento, o sea el Segundo Superior de Medellín, propuso al juri el cuestionario siguiente:

"El acusado Arturo Moreno Pérez es responsable de haber lesionado y con ello ocasionado la muerte de Inés Restrepo de Uribe, habiendo sido su propósito dar muerte a Lorenzo Uribe Pérez y suceso ocurrido a eso de las ocho de la noche del día de enero del presente año (1957), dentro del área urbana de la población de Belén, cabecera y corregimiento del mismo nombre de esta ciudad de Medellín?"

Al anterior cuestionario, el Jurado respondió: "Si, en forma imprevista y sin intención de matar".

Este veredicto fue pronunciado por unanimidad.

Interpretó el Juez a quo que dicho veredicto contemplaba el caso de un homicidio preterintencional y condenó al procesado Moreno Pérez a la pena principal de cuatro años de presidio y a las accesorias correspondientes.

Contra esta decisión del Juez de primera instancia la defensa interpuso el recurso de apelación.

El Tribunal de Medellín, al conocer de la alzada, en providencia de fecha 28 de marzo de 1958, resolvió:

"1º.—Se revoca la sentencia condenatoria apelada y consultada, de que se ha hecho mérito, obra del señor Juez 2º Superior, fechado el veintidós de agosto del año próximo pasado.

"2º—Se declara contrario a la evidencia de los hechos el veredicto del jurado dado en la presente causa y proferido el trece de agosto del año antes citado.

"3º.—Procédase a la reunión de nuevo jurado que habrá de conocer en definitiva sobre la responsabilidad del acusado".

Conviene anotar que contra esta decisión del Tribunal no interpuso la defensa el recurso ordinario que correspondía, y por lo tanto, al proceder así, tácitamente aceptó entonces dicha decisión.

Devuelto el expediente al Juez Superior, éste, después de haber procedido a convocar y sortear un nuevo jurado, cumpliendo para ello todas las formalidades y trámites legales, le propuso al nuevo jurado un cuestionario igual al que le había sometido al primero. La respuesta del segundo jurado fue la siguiente: "Sí, por mayoría".

En desarrollo de este segundo veredicto el Juez a quo impuso al condenado la pena principal de ocho años de presidio, y el Tribunal Superior al revisar dicha providencia, "por el doble concepto de apelación y consulta" confirmó en todas sus partes el fallo de primer grado.

DEMANDA

El señor apoderado del acusado, en la demanda propuesta para sustentar el recurso de casación, invoca las causales 1ª, 2ª, 3ª y 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Dicha demanda es un extenso escrito en el que se reunen los requisitos de forma exigidos por nuestra ley procesal en estos casos, y en el que el distinguido abogado recurrente hace un meritorio esfuerzo por sacar avante las tesis por la defensa propuestas para lograr la invalidación del fallo de segunda instancia.

El estudio de las causales propuestas se hará en la forma y orden expuestos, por estar ajustados a la técnica del recurso extraordinario de casación.

En cuanto a la causal segunda invocada, desde ahora se observa, que de conformidad con reiterada jurisprudencia de la Corte, ella es improcedente en juicios, que como en el presente, intervino el jurado de conciencia.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su meditado concepto de fondo hace

un estudio pormenorizado de los motivos de impugnación invocados contra el fallo recurrido, para luego entrar a refutarlos separadamente, con apoyo en jurisprudencia de la Corte.

CAUSALES TERCERA Y CUARTA

El señor abogado recurrente, después de hacer algunas consideraciones generales sobre la naturaleza y finalidad del recurso de casación, procede a sustentar conjuntamente los causales tercera y cuarta, por estimar que "tienen influencia recíproca y guarda (sic) lógica relación".

Dentro de este método señala y estudia tres cargos contra la sentencia acusada, comunes a los dos causales, los que puntualiza así:

"Primer cargo, violación de la ley procedimental, por estar afectado el juicio de nulidad sustancial o "constitucional".

"Segundo cargo, haberse dictado sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado".

"Tercer cargo, no estar la sentencia en consonancia con los cargos, tales como se formularon en el auto de proceder".

Para demostrar el primer cargo divide sus argumentaciones en varios apartes.

Con el fin de justificar el primer cargo, principia por pedir a la Corte "que se sirva tener como aducidos por mí en casación, los memoriales presentados con fecha 29 de julio (fls. 318 a 326 del cuaderno 2) y 18 de noviembre (folios 358 a 324 del mismo cuaderno), por el doctor Heli Mejía Gómez", anterior defensor del procesado, "alegatos en los cuales se exponen los motivos de nulidad de que en su concepto adolece el juicio".

La supuesta nulidad "sustancial" o constitucional que vicia el procedimiento la hace consistir el recurrente, en "el indebido desconocimiento del veredicto del jurado, del primer jurado que actuó en este juicio y que ha debido ser el único jurado".

El impugnador, tras de copiar el texto del artículo 26 de la Constitución, afirma que "el veredicto de tal jurado se desconoció, ya con el pretexto de ser contradictorio, ya con el de que era "contrario a la evidencia", calificaciones incompatibles entre sí y que el Tribunal Superior de Medellín adoptó simultáneamente en el propósito obsesivo de anular de algún modo el veredicto".

Antes de entrar a analizar y comprobar que el Tribunal de Medellín, en el auto que declaró "contrario a la evidencia" el primer veredicto, incurrió "en gravísimo error al emitir dicha providencia", trata el impugnador de demostrar empleando para ello sutiles argumentos, de que la Sala tiene, en casación, poder para estudiar y revisar o anular la expresada providencia.

Como la cuestión de la facultad de la Sala para "estudiar la providencia del Tribunal que declaró el veredicto" contrario a la evidencia, indudablemente constituye un presupuesto primordial, sobre la cual el recurrente sustenta toda la dialéctica en la que funda, como se verá, la mayor parte de sus cargos contra el fallo acusado, se impone necesariamente esclarecer previamente dicha cuestión, pues si la Corte carece de esa facultad, desaparece la base sobre la cual el hábil abogado recurrente construye casi toda la argumentación de los motivos de impugnación contra la sentencia acusada.

A pesar de que el demandante principia por reconocer expresamente que "la materia del recurso de casación es la sentencia definitiva y no los autos dictados durante la tramitación del juicio", se empeña a continuación en demostrar que en el presente caso la Sala sí puede, con ocasión del recurso de casación contra el fallo definitivo, revisar y anular un auto interlocutorio como es el de fecha 28 de marzo de 1956, en que el Tribunal declaró contraria a la evidencia de hechos el primer veredicto.

Los argumentos de que el recurrente se vale para sustentar su original tesis de la supuesta facultad de la Sala para estudiar y revocar o anular el auto en que se declaró contraevidente el primer veredicto, son del tenor siguiente:

"Principio por reconocer que todas las providencias que se producen durante el proceso, a medida que se van ejecutoriando; y todos los trámites, en cuanto se van cumpliendo, son "ley del proceso". Pero como todas esas incidencias del juicio vienen a formar en conjunto la base de la sentencia definitiva, al recurrir contra éste en casación y al someterla al examen de la Corte, no podría limitarse tal examen a ver si la sentencia está bien calcada en el "felissé" o molde que la rutina tiene prefabricado para los fallos de jueces y Tribunales en los procesos en que interviene el Jurado. Trámites, diligencias o providencias que puedan estar afectados de nulidad (y más cuando ésta es "sustancial"), han de ser examinados y calificados por la Corte de Casación,

aunque sean "ley del proceso", si el recurrente plantea contra ellos el cargo de ser ilegales.

"Y la Corte tendrá que definir si hubo o no el vicio de nulidad que se alega, sin que pueda evadir el examen de tal cargo contra la sentencia.

"Así, cuando la sentencia definitiva del Tribunal, —y sentencia condenatoria—, se basa en el veredicto de un segundo Jurado; y el recurrente en casación alega que la invalidación hecha anteriormente por el Tribunal de un primer veredicto absolutorio es, ella sí nula de nulidad sustancial (o ante la Constitución), la Corte no podrá menos de estudiar aquella providencia que desconoció el primer veredicto; si la encuentra con pleno fundamento en los autos, pues se negará a casar la sentencia recurrida; pero si halla que fue ilegal, o injurídico, o por lo menos, excesivo declarar contrario a la evidencia de los hechos el veredicto de aquel primer Jurado, la Corte, al infirmar el fallo recurrido, y ya como Tribunal de instancia, dictará ella misma la sentencia que deba remplazar la invalidada, dando al veredicto del primer Jurado su genuina interpretación; o dispondrá enviar de nuevo el proceso al Juzgado de primera instancia para que haga aclarar el veredicto por el mismo Jurado que lo profirió, o para que reponga el procedimiento en lo que hubiere lugar.

"Cualquiera de estos dos caminos puede tomar la Corte de Casación en vista de los cargos planteados contra la sentencia recurrida. Lo único que no podría hacer la Corte, por ser opuesto a la índole y a la esencia de la casación, sería eximirse de estudiar la errónea declaración hecha por el Tribunal sentenciador (28 de marzo de 1958) de ser el veredicto del primer Jurado "contrario a la evidencia de los hechos".

"Porque si la sentencia recurrida se funda en el veredicto de un segundo Jurado en virtud de haberse anulado el de un primer Jurado, la providencia que declaró "contrario a la evidencia de los hechos" el primer veredicto, es parte integrante o elemento fundamental y básico del fallo recurrido.

"La Corte, como Tribunal de Casación, tiene el poder de apreciar en su conjunto la sentencia, conjuntamente con el auto del mismo Tribunal sentenciador que en anterior etapa del proceso había calificado de "contrario a la evidencia", el veredicto del primer Jurado, y la actuación posterior que es secuela de tal providencia, puesto que ella vino a ser el fundamento remoto del fallo recurrido, en cuanto que sólo mediante el desconocimiento del veredicto del primer Jurado se pudo adelantar el trámite para reunir un segundo Jurado y obtener nuevo y diferente veredicto, con grave perjuicio para el procesado.

"Si la Ley hubiese establecido el recurso de casación contra los autos que declaran contrario a la evidencia el veredicto del Jurado la cuestión relativa a este punto quedaría agotada en esa misma etapa del proceso; el recurso de casación contra la sentencia proferida a virtud del veredicto de un segundo Jurado, no sería ya pertinente volver sobre el tema del primer veredicto. Pero como la Ley no estableció tal recurso para ese momento procesal, es claro que el legislador consideró que al recurrir en casación la sentencia última, el recurso debe englobar el problema relativo al desconocimiento o menosprecio del primer veredicto, pues la providencia que lo anuló, viene a ser origen o causa ocasional del segundo veredicto, o sea, del que sirvió como fundamento próximo del fallo recurrido.

"Esta conclusión es apenas lógica y equitativa, con tanto mayor razón si el veredicto anulado era absolutorio, como adelante se verá, porque entonces tal veredicto había creado una situación jurídica de seguridad para el procesado y en su favor, que no es posible desconocer sin que se quebranten las garantías constitucionales.

"Tratadistas sobre casación en materia civil explican cómo no es que la Corte juzgue de nuevo acerca del hecho o los hechos controvertidos en el proceso; sino que la Corte de casación "juzga" la sentencia recurrida. Las partes en este recurso extraordinario no son ya el demandante y el demandado, o el acusado y la parte civil. Las partes son, estrictamente hablando, el proceso que culminó en la sentencia recurrida y la ley que se dice violada. Por eso lo sometido al fallo de la Corte en Casación es el juzgamiento que había hecho el Tribunal sentenciador.

"Y en este particular la técnica de casación, el origen y la razón de ser del recurso de casación son los mismos en materia civil y en el ramo penal.

"Para "juzgar" la sentencia, la Corte tiene que estudiar el fondo mismo de la causa, y todos los fundamentos de la sentencia constituídos por los hechos controvertidos y por los trámites e incidencias procedimentales del juicio. Esta es la

razón pudiéramos decir filosófica que se haya establecido como causal de casación la nulidad en el procedimiento; y principalmente, las nulidades llamadas sustanciales, porque son éstas cabalmente las que menoscaban la esencia misma del procedimiento y vulneran el derecho del procesado".

Como se ve, muy sutiles y recursivos resultan los argumentos transcritos, con los que el connotado abogado demandante trata de demostrar su tesis del poder o facultad de la Sala para estudiar y revisar, con motivo del recurso extraordinario de casación, un auto interlocutorio ejecutoriado que dejó al margen del proceso, y sin eficacia alguna, el primer veredicto del jurado; pero desafortunadamente para la defensa, dichos argumentos son inaceptables, pues contra ellos, no solamente se oponen las claras razones expuestas en diversas oportunidades por la Corte para sostener, como ha sostenido, que la contraevidencia de un veredicto corresponde declararla sólo a los juzgadores de instancia, ya que ésta es cuestión sobre la cual nada puede remediarse en casación, toda vez que la libertad de dichos juzgadores para declarar o no contraevidente la decisión del jurado, "no está sometida a crítica o enmienda sino en las etapas ordinarias y es función que se extingue con ellas", sino que esos argumentos suponen una extralimitación de los fines del recurso extraordinario de casación.

En efecto, bien conocido es el principio, aceptado por el mismo recurrente, de que el recurso de casación no es una tercera instancia, comprensiva tanto de las cuestiones de hecho como de todas las cuestiones de derecho; la casación es un juicio limitado y regulado por el legislador, en el que se efectúa un examen de los hechos de naturaleza jurídica distinto del que se realiza en las instancias. El recurso de casación es precisamente extraordinario, porque él solamente procede contra determinadas resoluciones judiciales, en los casos y en las condiciones expresamente señalados en la ley. De conformidad con nuestro estatuto procesal penal (artículos 556 y 557), la casación solamente se puede interponer contra las sentencias de segunda instancia, pronunciadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, es decir, contra las resoluciones judiciales que deciden definitivamente sobre lo principal del juicio. Por lo tanto, este recurso no puede ser un medio para impugnar el fondo de providencias que no tienen la eficacia de decidir en definitiva sobre lo principal del juicio penal, como son, por ejemplo, el auto que ordena la detención del procesado, el que dispone o niega su libertad, el que califica el mérito del sumario, los que niegan la admisión o la práctica de alguna prueba, el que declara la contraevidencia de un veredicto, los que resuelven algún incidente del proceso, y las demás que contengan resoluciones análogas.

En otras palabras, el recurso extraordinario de casación no puede servir de oportunidad o pretexto para reabrir el debate sobre cuestiones que fueron irrevocablemente decididas en el curso del proceso, por medio de providencias de carácter interlocutorio, como es el caso del auto del Tribunal que en este juicio declaró contraevidente el primer veredicto.

Es oportuno tener en cuenta, como lo expresa Enrique Aguilera de Paz, que: "El recurso de casación tiene un carácter extraordinario, toda vez que sólo puede ser utilizado cuando se hubieren agotado los ordinarios otorgados por la ley en cuanto a las resoluciones que los motivaron o cuando no se dé respecto de ellas ningún otro recurso; y, es, además, de condición especial, porque no se da contra todos los acuerdos judiciales, sino únicamente contra los definitivos, o los que merezcan tal concepto, no dándose lugar con él a una nueva instancia, como sucede en el de apelación, ni tampoco se abre de nuevo el procedimiento por la interposición o por la admisión de dicho recurso, no pudiendo versar la materia propia del mismo más que sobre el error de derecho padecido con motivo de la aplicación de la ley penal a los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, o sobre el defecto de procedimiento en que se hubiere incurrido en cuanto a las indicadas formas sustanciales del juicio". (Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Criminal).

En relación con el tema que se estudia, sobre la no competencia de la Sala para estudiar y revisar el auto por medio del cual se declaró contraevidente el veredicto del primer jurado, basta con reproducir, entre varias sentencias de casación, lo dicho por la Corte en la del 22 de julio de 1957, en el proceso adelantado contra Guillermo Gallón Cardona y Claudio Osorio Valencia, en la que en lo pertinente, se expresó lo siguiente:

"La declaración de contraevidencia del veredicto sólo puede hacerse en las instancias del jui-

cio, porque el estudio de hechos y pruebas del proceso en causas con intervención del jurado, es de competencia exclusiva de Jueces y Tribunales, según lo dispuesto en los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, declaración que puede hacerse de oficio o a petición de parte; lo primero, cuando el funcionario estudia el veredicto para acomodarlo a las disposiciones legales que sancionan la infracción (artículo 537) o bien, cuando el Tribunal al estudiar la sentencia observe que el veredicto no se atempera a la realidad de los hechos investigados ni a las respectivas preguntas del cuestionario (artículo 554); lo segundo —a petición de parte— cuando las personas que intervienen en el proceso penal así lo solicitan".

"Fuera de estos casos, la declaración de contraevidencia del veredicto es inoperante, por estas razones: a) Porque el examen de hechos y pruebas del proceso —en los juicios en que interviene el Jurado— corresponde apreciarlos y calificarlos a los Jueces de Conciencia (artículo 27, Ley 4ª de 1943) y no a la Corte. Lo contrario convertiría a esta Entidad en Tribunal de instancia y desnaturalizaría la institución del Jurado; b) Porque ese no es el espíritu ni la letra del numeral 2º del artículo 567 del C. de P. P. y desvirtuarlo en su contenido esencial o formal, por una interpretación reñida con normas legales, equivaldría a darle un alcance distinto para el cual fue consagrado; c) Porque ese no fue el pensamiento de la Comisión Redactora de la Ley 94 de 1938 cuando afirma que "no debe existir causal por ser notoriamente injusto el veredicto, sino únicamente cuando sea contradictorio. Esto supuesto —dice— tenemos ya que en las causas de que va a conocer el Juzgado Superior, la casación nunca podrá abrir debate sobre los hechos, puesto que estos son los que declaró el Jurado y ni siquiera puede analizarse para ver si son notoriamente contrarios a la evidencia"; y d) Porque la doctrina de la Corte ha sido constante y reiterada a partir del fallo de 3 de noviembre de 1944, en el sentido de afirmar que la causal segunda de casación —en los juicios por Jurado— es inoperante alegarla como razón de impugnación del fallo; jurisprudencia que ha sido ratificada en fallos de abril 23 de 1954 (casación de Humberto Freydell Vásquez), mayo 17 de 1954 (casación de Obdulio o Teódulo Pérez Rincón), agosto 3 de 1954 (casación de Roberto Arias), diciembre 15 de 1954 (casación de Roberto Prieto Torres), marzo 9 de 1955 (casación de Miciades Huerta Ruiz y Jesús Antonio Murillo), febrero 14 de 1956 (casación de Toribio Galindo Daza)".

Por lo tanto, y según lo dicho, si la Sala de Casación Penal carece de facultad para declarar contraevidente el veredicto del Jurado, por ser esta atribución exclusiva y privativa de los Jueces y Tribunales de Instancia, de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, y por consiguiente en casación es inoperante la declaración de contraevidencia, lógica y consecuencialmente se deduce, que tampoco puede dicha Sala estudiar, para revisar o anular, el auto del Tribunal que declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto, pues al proceder de esta manera tendría que abrir nuevo debate sobre los hechos, como lo hace en su demanda el recurrente, y como pretende que lo haga la Corte, con ocasión de este proceso, desvirtuando de este modo "en su contenido esencial o formal, por una interpretación reñida con las normas legales", el recurso de casación.

Por otra parte, aunque realmente fuera cierto que el Tribunal de Medellín, al declarar contrario a la evidencia de los hechos el primer veredicto, hubiera incurrido en un verdadero "error judicial", y dada la hipótesis de que esta Sala tuviera poder para revisar dicha providencia, el supuesto error no produciría tampoco una nulidad legal, ni menos constitucional, como lo pretende el demandante, pues ello no constituiría un quebrantamiento de forma o un error in-procedendo, sino un error in-judicando sobre una cuestión de fondo, y sabido es que las nulidades legales o supralegales ordinariamente se contraen al procedimiento y ellas tienen por causa el quebrantamiento de algunas de las formas sustanciales propias del juicio, vicio en que no se ha incurrido en este proceso.

Descartada, por lo tanto, la posibilidad de que la Sala puede entrar a estudiar y a revisar, para revocar o anular, la providencia del 28 de marzo de 1958, por medio de la cual el Tribunal declaró contrario a la evidencia de los hechos el primer veredicto proferido en esta causa, resulta inoficioso el que la Corte entre a estudiar los argumentos con que el demandante pretende demostrar, en acápites distintos, las siguientes cuestiones:

"Que el veredicto no era contrario a la eviden-

cia de los hechos; en que intentó fundarse el Tribunal para declarar 'Contrario a la evidencia de los hechos' el veredicto del Jurado; porque, en el caso concreto de que ahora se trata, no era posible declarar el veredicto 'contrario a la evidencia de los hechos', pues estos temas, a los que el recurrente dedica la mayor parte de su demanda, entrando en un estudio detenido del contenido del veredicto que fue declarado contraevidente, en relación con los hechos del proceso, los estudia y analiza bajo el supuesto de que la Sala habría de acoger su premisa sobre su facultad de estudiar estas cuestiones, con la mira de anular toda la actuación cumplida en este proceso, desde la declaratoria de contraevidencia.

La Sala, por lo dicho, considera muy oportuna y fundamentada la réplica que el señor Colaborador Fiscal expone en su concepto de fondo, al expresar lo siguiente:

"a)—Las nulidades constitucionales resultantes de la no aplicación en un proceso penal del artículo 26 de la Carta, ciertamente que no se estructuran en el caso que se estudia, desde luego que con respecto a éste, es imposible predicar que al procesado Arturo Moreno Pérez no se le juzgó de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se le imputa, y tampoco es dable decir que en el negocio del rubro, no se observó la plenitud de las formas propias del juicio.

"El juzgamiento hecho de acuerdo con ley anterior al delito cometido, es cuestión que por persona alguna ha sido hasta ahora discutido.

"De otro lado, afirma la Procuraduría que para evidenciar la estricta observancia del texto constitucional citado, en el procesamiento de que ha sido objeto el representado por el doctor José Antonio Montalvo y desde el punto de vista subrayado en la demanda que se contesta, basta con anotar que en el momento procesal respectivo, la defensa tuvo ocasión para reclamar contra la providencia dictada por el H. Tribunal Superior de Medellín, a virtud de la cual dicha Corporación, en ejercicio de una indiscutible facultad legal, revocó la sentencia de primera instancia de fecha 27 de agosto de 1957, como consecuencia de haber declarado contrario a la evidencia de los hechos el primer veredicto pronunciado en la causa, y ordenó, igualmente, que se procediera a convocar por segunda vez al Tribunal Popular (fls. 276 y ss. del cuaderno 2º).

"Para ese entonces, la defensa no se consideró agraviada, no reclamó justicia contra el rechazo de la decisión del juri; se abstuvo de hacer valer argumento alguno de oposición que pudiera justificar la reconsideración y enmienda del mandato impartido por el Juez ad-quem y, por consiguiente, consintió con el silencio guardado, que el proveído del 28 de marzo del año próximo pasado, que ahora provoca una tan inoportuna como elevada voz de protesta, quedar debidamente ejecutoriado, convirtiéndose así en firme ley del proceso, contra la cual no es posible en casación, formular alegaciones que únicamente son de recibo en la jurisdicción de instancia, por referirse a cuestiones de puro hecho.

"En otros términos, puede responder el suscrito diciendo que el tantas veces invocado proveído del 28 de marzo, como inmutable resolución judicial que es; como cabal expresión de una jurisdicción ejercitada, a manera de secuela de una precisa facultad conferida por el artículo 554 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a una jurisdicción agotada, que, como tal, no permite revivir ante la H. Corte —so pretexto de lograr la invalidación de una sentencia de segunda instancia— el problema relativo a si es o no jurídico, legal o justo, haber declarado contrario a la evidencia procesal el veredicto emitido el 13 de agosto de 1957, en la causa seguida a Arturo Moreno Pérez.

"Se confronta como ineludible consecuencia del hecho de haber sido puesto al margen del proceso por los juzgadores de instancia el primer veredicto, que la calificación jurídico-penal de la conducta homicida atribuida al procesado Arturo Moreno Pérez, no puede verificarse sino con estricta sujeción al segundo y definitivo fallo en conciencia que en el presente negocio fue proferido, por constituír él y sólo él la base inmediata de la sentencia.

"Por lo mismo, querer revivir ese primer veredicto que dejó de tener toda vigencia y toda importancia procesal, y pretender que con fundamento en el mismo, y con prescindencia del segundo fallo de hecho, sean estimados los hechos en torno a los cuales versó el debate, y sea sentenciado el acusado, son cosas absolutamente impracticables, por ilegales e injurídicas".

El segundo cargo que el recurrente invoca contra el fallo impugnado, o sea, el haberse dictado en desacuerdo con el veredicto del Jurado, lo pretende sustentar con base en lo que explicó al proponer el primer cargo, o sea, que "el Tribu-

nal sentenciador menospreció y desechó ilegalmente el veredicto del primer Jurado y, por consiguiente, el procedimiento adelantado después de la reunión de un segundo jurado, es nulo de nulidad sustancial o constitucional".

Lo expuesto anteriormente por la Sala la exime de entrar a estudiar este cargo, ya que en él se parte del supuesto de que fue ilegal el desconocimiento del veredicto del primer Jurado, cuestión ésta que la Corte no tiene facultad de decidir, según se dejó analizado.

El **tercer cargo** que el recurrente formula a la sentencia, al invocar conjuntamente las causales tercera y cuarta, lo hace consistir, como se vio, en que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

El señor abogado recurrente, con el fin de sustentar este cargo expone lo siguiente:

"Con fecha 18 de noviembre de 1958, hallándose en el Tribunal Superior de Medellín, para sentencia, el proceso contra don Arturo Moreno Pérez, presentó el doctor Helí Mejía Gómez defensor en ese momento del procesado, un memorial en que solicitaba la anulación del juicio por estar viciado de nulidad 'desde diferentes momentos procesales', dice tal alegato. Se pone de presente en dicha pieza cómo el auto de proceder, pliego de cargos contra el acusado, dice que el ánimo de éste era de dar muerte al señor Lorenzo Uribe; pero que 'por circunstancias imprevistas', ocasionó la muerte a Inés Restrepo Restrepo de Uribe. Y que de acuerdo con esta apreciación tan concreta del auto de proceder, al formular el cuestionario al Jurado, se omitió enunciar una circunstancia que 'es inequívocamente CONSTITUTIVA del hecho materia de la causa', y al omitirla, el cuestionario no planteó el cargo tal como se había formulado en el auto de proceder, con lo cual se violó el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, sustitutivo del artículo 498 del Código de Procedimiento Penal y, concluye el defensor doctor Mejía Gómez, se violó 'de contera el artículo 26 de la Constitución Nacional, al inobservar la plenitud de las formas propias del juicio por Jurado, en materia tan sustancial como ésta: el cuestionario'.

"El primer Jurado reunido en esta causa suplió en su veredicto la omisión anotada por el defensor doctor Helí Mejía Gómez, pues tal veredicto explica que el hecho incriminado ocurrió 'en forma imprevisible'. Este 'imprevisible' es más amplio y por consiguiente abarca el 'imprevisto' de que habla el auto de proceder. Y de todas maneras, subsana la omisión del cuestionario. De donde resulta que hasta el momento de proferir el Juzgado **a quo** la primera sentencia, no había motivo para alegar la deficiencia del cuestionario en relación con el auto de enjuiciamiento. Pero, anulado como lo fue por el Tribunal Superior de Medellín el veredicto, ocurre que al reunir el segundo Jurado se le propuso cuestionario idéntico al que se le había formulado al anterior Jurado, esto es, sin mencionar para nada ni en forma alguna la circunstancia de **imprevisión** que rodeó y acompañó la muerte de la señora Restrepo de Uribe. Y como este segundo Jurado respondió con el monosílabo 'Sí', el todo que forman cuestionario y respuesta adolece de la deficiencia que se alegó en las instancias como motivo de nulidad.

"He formulado este cargo contra la sentencia, porque podría la Corte, al hallarlo fundado, rectificar un gravísimo error judicial e impartir justicia señalando ella misma el aspecto o motivo para hacerlo. Y porque habiendo sostenido las tesis relativas a este cargo los distinguidos penalistas de Medellín, era mi deber acogerlas también".

Ciertamente, este cargo, como lo reconoce el demandante, fue propuesto en las instancias por la defensa, pero también fue estudiado y refutado en los fallos correspondientes por los motivos siguientes:

"No considera el señor defensor técnicamente elaborado el cuestionario propuesto a los señores jueces de hecho, porque —dice— en él debió incluirse la traída y llevada expresión 'circunstancias imprevistas' usada por el Juzgado en el auto de proceder, parte motiva. Ello no podía ser así, porque no se trataba de elementos que pudieran agravar o atenuar el delito imputado, sino de un factor **constitutivo del homicidio aberrante**, y no propiamente del homicidio como entidad absoluta, pues en relación con éste el cuestionario registra todos y cada uno de los elementos que lo integran: supresión de una vida humana: propósito de hacerlo; y relación de causa a efecto, además de la enunciación de la especie de homicidio concretada en esta frase: '...ocasionando la muerte de la señora Inés Restrepo Restrepo de Uribe, habiendo sido su propósito dar muerte a Lorenzo Uribe Pérez', que es, en síntesis, la forma de ocurrencia del hecho que da nacimiento al aberratio ictus, sin que sea menester acudir a los

términos error o accidente o, también, circunstancias imprevistas". (Las subrayas son del señor Juez).

"La H. Corte Suprema de Justicia ha repetido en diversas ocasiones que la aberratio ictus debe incluírse en el cuestionario que se presente al jurado porque de lo contrario se violarían claras normas legales sobre el particular. En casación de febrero 28/50 (G. J. número 2192-2193, pág. 291), tratándose de un caso de aberratio como en el que se contempla en este proceso, le fue formulado al Jurado el cuestionario sin que se mencionara lo relativo a la modalidad indicada, se expresó en la siguiente forma: 'El artículo 28 de la Ley 4ª de 1943 sustitutivo del 498 del C. de P. P., contiene una norma includible en los juicios en que interviene el jurado.

"'Dicha norma da reglas precisas para la redacción de los cuestionarios cuando dice que en estos 'se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica'.

"'En los juicios con intervención del jurado, el desfigurar u omitir en el cuestionario los hechos y las circunstancias constitutivas de que trata el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, daña gravemente la estructura procesal y le presta, por ende, asidero clarísimo a la causal cuarta del artículo 567.

"'Si en la pregunta se prescindió del hecho criminoso previsto en el tantas veces mencionado artículo 14 del Código Penal, se coloca al Tribunal popular en imposibilidad de pronunciarse sobre un hecho cardinal de la causa'.

"Ya se ha dicho que tanto en el auto de proceder (fls. 129) como en la cuestión sometida al jurado (fls. 168 y 316) se hizo especial mención a la figura del aberratio habiendo quedado 'claramente establecido que el señor Moreno Pérez dio muerte a la señora Restrepo de Uribe 'habiendo sido su propósito dar muerte a Lorenzo Uribe Pérez'. Por lo tanto no existe confusión ni fue formulado el cuestionario con violación de las normas penales".

La Sala acoge los razonamientos anteriores por encontrarlos ceñidos a la realidad y a la técnica procesal.

No aparece que con ocasión de la redacción del cuestionario propuesto al segundo jurado se hubieran quebrantado los mandatos consagrados en el artículo 27 de la Ley 4ª de 1943, pues en dicho cuestionario, como lo observa con todo acierto el Juez a quo, se incluyeron todos los elementos que integran la figura de un homicidio aberrante, en perfecta relación con la situación reconocida en el auto de proceder, sin que la pregunta diera lugar a que el jurado incurriera en confusión, pues como bien lo expresa el señor Procurador Delegado Penal: "Inquirir si un acusado es o no responsable de haber dado muerte a equis, habiendo sido su propósito matar a zeta, es plantear al jurado de la mejor y más comprensible forma, un caso de 'aberratic ictus'".

Por las razones expuestas no pueden prosperar las causales invocadas.

CAUSAL SEGUNDA

En relación con esta causal, con todo acierto replica al señor Procurador Delegado que:

"Ha sido doctrina sentada en multitud de fallos por la H. Corte y desde antigua data, aquella que preceptúa que la causal 2ª de casación no es posible alegarla si pretende impugnar una sentencia de segunda instancia que corresponda a un juicio en que ha intervenido el jurado. La razón del rechazo ante todo estriba en el hecho de que a la H. Corte de casación no le es dable convertirse en tribunal de tercera instancia, en lo que ciertamente se transformaría si se diera a la tarea de justipreciar los hechos de un proceso criminal, dejando de lado su auténtica misión, la cual no es otra que la de verificar 'un estudio de derecho sobre el fallo de segundo grado' y deducir si ha sido respetado con dicho fallo el imperio de la ley penal".

Con el objeto de destacar las razones que la Corte ha tenido para mantener la jurisprudencia de que en casación —en los juicios por Jurado— no puede alegarse la causal segunda, el señor Agente del Ministerio Público reproduce parte pertinente de los conceptos expuestos por la Procuraduría General de la Nación y por esta Sala, con ocasión del recurso de casación propuesto por Juan Troyano contra la sentencia pronunciada por el Tribunal de Popayán el 17 de julio de 1942. En dicho fallo se insertan los motivos que la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal tuvo en cuenta para estimar que la causal segunda de casación sólo comprende los juicios penales en que el Jurado no ha intervenido.

En efecto, la Corte en numerosos fallos ha reiterado y sostenido la doctrina de que la causal

segunda "es inconducente en los juicios con intervención del jurado, máxime tratándose precisamente de los elementos constitutivos del delito, y determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad".

Así, por ejemplo, en uno de dichos fallos, últimamente proferidos, se dijo al respecto lo siguiente:

"Proferido el veredicto absolutorio o condenatorio del jurado en un juicio celebrado con intervención de éste, a los juzgadores de instancia sólo les queda la alternativa de declararlo claramente contrario a la evidencia de los hechos y convocar un nuevo jurado (artículo 537 del C. de P. P.), o proferir la sentencia "de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate", como lo dispone el artículo 480 de la misma obra. Y en este último evento, el fundamento probatorio de la sentencia no lo constituyen los medios de prueba aportados a los autos, sino la decisión del jurí, la cual debe ser pronunciada por éste sin atender voz distinta a la de su personal conciencia y conforme "a la convicción íntima sobre los hechos respecto a los cuales se interroga" (artículo 27 de la Ley 4ª de 1943).

En consecuencia, la crítica de las pruebas en los juicios de esta naturaleza sólo es procedente en los alegatos de instancia, y no para impugnar la sentencia con base en la causal segunda, pues de prosperar el cargo, habría que sentenciar en desacuerdo con el fallo de los jueces de hecho, lo cual sería abiertamente ilegal (artículos 480 y 567, 3º del C. de P. P.), o declarar en casación que el fallo de estos es contrario a la evidencia procesal, con violación del artículo 537 ibídem que reserva esa facultad a los jueces y Tribunales Superiores".

"La tesis anterior es, en sustancia, la misma que sin una sola rectificación ha venido sosteniendo la Corte desde el 3 de noviembre de 1944 (G. J. Tº LVII, pág. 746). (Casación penal de enero 29 de 1950, números 2192-2193)".

De lo anterior se concluye que la causal 2ª invocada, tampoco puede prosperar.

CAUSAL PRIMERA

El recurrente destina el último capítulo de su demanda a sustentar la causal 1ª de casación, prevista en el artículo 567 del C. de P. P., o sea, "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma", procediendo en orden inverso al establecido por dicha norma legal, pero en forma lógica.

Después de aclarar el demandante que en el presente caso no se trata de errónea aplicación "sino de indebida aplicación de la ley", intenta sustentar esta causal invocada, en los términos siguientes:

"La sentencia recurrida no viola por sí misma y directamente la ley, pero hace una indebida aplicación de ella, por cuanto tal aplicación se ha hecho a una situación no regulada por la disposición o el principio legal que debería regir en el caso de que se trata.

"En el capítulo primero del presente estudio, relativo a las causales 4ª y 3ª de casación, nulidad del procedimiento y desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado, quedó plenamente demostrado cómo no tuvo fundamento el Tribunal para declarar que el veredicto del primer Jurado fuese 'contrario a la evidencia de los hechos'; y cómo no es posible hacer tal declaratoria basándola en que el Jurado decidió que el procesado obró sin intención de matar.

"Teniendo en cuenta los razonamientos expuestos en ese Capítulo del presente escrito, habrá de prosperar el recurso bien sea por la causal 4ª o por la causal 1ª si la H. Sala encontrare más adecuada a la tesis propuesta esta última causal.

"Con efecto: aceptada la premisa, que no podrá menos de ser aceptada, de que fue indebida e infundada la declaración de ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos (y, simultáneamente, contradictorio), tendrá que concluírse que la sentencia no está acorde con el veredicto indebidamente desechado o anulado; y puesto que ella no se funda en tal veredicto, resulta que la sentencia adolece de indebida aplicación de la ley penal.

"Es claro que desde el punto de vista formal y subjetivo, es decir, dado el hecho procesal erróneamente creado por el Tribunal, éste en conciencia y al dictar su último fallo no violó peculiarmente la ley; pero desde el punto de vista objetivo de haber sido ilegal e indebida la declaración de ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, resulta de ahí en adelante una violación de ley: la procedimental primero, y luego la ley penal misma al dictarse la sentencia".

Como fácilmente se ve, por lo transcrito, el demandante para fundamentar esta causal vuelve a referirse a los razonamientos por él expuestos en el capítulo primero de su libelo, relativo a las causales 4ª y 3ª de casación, para establecer el desacuerdo de la sentencia con el primer veredicto, que fue desechado por contraevidente, en providencia que la Corte no tiene facultad de modificar, como ya se dejó estudiado.

Como para sustentar esta causal se acude a los mismos argumentos presentados en el primer capítulo de la demanda, que ya fueron estudiados y desechados por la Sala, al principio de esta providencia, lógico es que en esta segunda ocasión es innecesario repetir lo anteriormente expuesto para demostrar que la Corte carece enteramente de facultad para revivir un veredicto que quedó sin eficacia alguna, porque así lo declaró oportunamente el Tribunal de Medellín, con perfecta atribución legal para ello, en providencia ejecutoriada, que la Sala no podría ahora revocar ni invalidar sin extralimitarse en sus funciones desvirtuando así la naturaleza del recurso extraordinario de casación.

Por estos motivos, esta causal tampoco prospera.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, NO CASA el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha veintiuno de enero de mil novecientos cincuenta y nueve.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres.—Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Pedro Ignacio Camacho, Conjuez. **Pioquinto León L.**, Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

SE DECLARA INEXEQUIBLE, POR HABERSE PROFERIDO FUERA DE TERMINO, EL LAUDO ARBITRAL LLAMADO A DECIDIR EL CONFLICTO ENTRE LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE BUGA Y EL SINDICATO DE SUS TRABAJADORES

1.—Una vez que los árbitros aceptan y toman posesión de sus cargos, deben entrar en ejercicio de las funciones que les competen. Pero como para este último acto, que implica deliberación sobre las cuestiones materia del conflicto, se requiere la asistencia plena de los árbitros por mandato del artículo 456 del Código Sustantivo del Trabajo, sólo desde cuando éste se realiza cabe contar el término que fija el artículo 459 del mismo Código para proferir el fallo. Dicho en otras palabras, no basta que los árbitros acepten y tomen posesión de sus cargos para que se entienda integrado el Tribunal de Arbitramento, sino que es preciso que éste se instale, con el fin de iniciar y adelantar el estudio de los puntos que deben decidir.

2.—Si los árbitros no observan el plazo de dos días que señala el numeral 4º del artículo 1º del Decreto Extraordinario 525 de 1956, para "aceptar, tomar posesión y entrar en funciones", el Ministerio de Trabajo puede considerarlos renuentes y proceder a reemplazarlos. Pero si esa entidad no lo hace, porque halla justificada la demora o por cualquier otro motivo, será forzoso tomar la fecha de instalación como punto de partida del término para fallar que fija el artículo 459 del Código Sustantivo del Trabajo.

3.—En el caso de autos obra la comprobación de que el Tribunal de Arbitramento se instaló el 27 de enero de 1961, y que en ese acto, además de elegir Presidente y Secretario, "se dio principio a las labores de estudio y análisis correspondientes". Se tiene así que, contados los diez días desde el en que fueron iniciadas las labores, el plazo para fallar, que no aparece prorrogado, se venció exactamente el 7 de febrero, o sea el día anterior a la fecha que ostenta el laudo recurrido, teniendo en cuenta que el 29 de enero y el 5 de febrero cayeron en domingo, así como también que a este respecto son aplicables las normas que sobre computo de plazos contienen los artículos 60 y 61 del C. P. y M. Así, pues, deberá declararse inexequible el laudo acusado, por irregularidad consistente en haberse proferido después de vencido el término señalado al efecto por el Ministerio de Trabajo, en concordancia con el artículo 459 del C. S. del T.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., catorce de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo)

El Sindicato de Trabajadores de las Empresas Municipales de Buga, diciendo tener personería

jurídica conforme a la Resolución número 1.598 del 15 de octubre de 1960, presentó al Gerente de dicha Empresa, el 16 de noviembre del mismo año, un pliego de peticiones previamente aprobado por la Asamblea General del Sindicato.

Agotados los trámites legales del arreglo directo y de la conciliación, el Ministerio del Trabajo procedió a convocar, por medio de la Resolución número 027 del 12 de enero de 1961, un Tribunal Especial de Arbitramento para el estudio y fallo del conflicto.

El Sindicato, las Empresas y el Ministerio designaron como árbitros a los doctores Hermes García, Uriel Tabares A. y Cayetano Rengifo, respectivamente.

El Tribunal, así constituído, entró en funciones el 27 de enero del año en curso y profirió fallo por unanimidad el 8 de febrero siguiente.

Las Empresas Municipales de Buga, por conducto de su Gerente, interpusieron el recurso de homologación, oportunamente.

En el escrito destinado a sustentarlo, el apoderado de la parte recurrente formula varios cargos. Esta Sala estima fundado, en lo esencial, el segundo de ellos, siendo así innecesario el estudio de los restantes.

A continuación se transcribe dicho cargo:

"El laudo fue proferido extemporáneamente y por ello los árbitros no tenían facultad para pronunciar la decisión, ya que su competencia estaba circunscrita a la condición de fallar dentro del término señalado por el decreto de convocatoria, pues no hubo prórroga alguna. Perdida la competencia por los árbitros, las partes recuperan la facultad de designar árbitros. Por lo tanto el fallo debe ser anulado para que otro Tribunal resuelva el conflicto.

"La Resolución 027 de doce (12) de enero de mil novecientos sesenta y uno (1961), cuya copia aparece al folio 69 del expediente, concedió al Tribunal de arbitramento un plazo de diez (10) días a partir de la integración del mismo Tribunal, según se lee en el artículo 5º de la misma resolución. Pero el fallo se produjo con posterioridad a esos diez días y por lo tanto resulta extemporáneo y dictado por personas que habían perdido la facultad de decidir el conflicto.

"En efecto, Cayetano Rengifo Illera y Hermes García se posesionaron como árbitros el diez y nueve (19) de enero de mil novecientos sesenta y uno (1961), según aparece de las copias visibles a folios 71 y 72; y Uriel Tabares se posesionó el veintiuno (21) de enero de mil novecientos sesenta y uno (1961), según aparece de la copia del folio 73.

"Según el decreto de convocatoria y el artículo 459 del Código Sustantivo del Trabajo, los árbitros debían proferir fallo dentro de los diez (10) días siguientes al veintiuno (21) de enero de mil novecientos sesenta y uno (1961), fecha de integración del Tribunal. Es decir que el día dos (2) de febrero era el último día del plazo que la resolución y la ley señalaban a los árbitros, por lo que no habiendo concedido las partes prórroga alguna y habiéndose dictado el fallo el día ocho (8) de febrero de mil novecientos sesenta y uno (1961), según aparece al folio 80 del expediente, la decisión es extemporánea.

"Los árbitros, tomaron los diez días a partir de la fecha de instalación del Tribunal, pero tal procedimiento es contrario a la ley y a la resolución, y absolutamente inaceptable, porque no contar el término desde el momento de la integración, es violar el artículo 459 del Código Sustantivo del Trabajo y la resolución de convocatoria; y tomar como punto de partida la fecha de instalación del Tribunal, es desquiciar todo el sistema de la solución de los conflictos colectivos, que hace coincidir el vencimiento de un término con la iniciación de otro.

"Así, la resolución de convocatoria debe dictarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la terminación de la etapa conciliatoria, los árbitros sólo disponen de dos días para aceptar, tomar posesión y entrar en función, y el fallo debe pronunciarse diez días después. Pero en el caso presente los árbitros rompen el sistema legal porque crean un nuevo punto de partida, o sea, el momento de la instalación que es determinado por ellos mismos y no por la ley, lo que implica dejarles a su voluntad el plazo para fallar.

"Sobre el tema tratado son suficientemente claras las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de veintiuno (21) de febrero de mil novecientos cincuenta y siete (1957), de doce (12) de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957) y de treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959). Véanse las Gacetas Judiciales Tomo LXXXIV, números 2177-2178, página 167. Tomo LXXXVI, números 2188-2189-2190, página 787 y Tomo XCI, números 2217-2218 y 2219, página 992.

"Por las razones anteriores, solicito que se declare nulo el fallo arbitral por violación del ar-

tículo 459 del Código Sustantivo del Trabajo y que se ordene constituir nuevo Tribunal para la solución del conflicto".

SE CONSIDERA:

Conforme al artículo 1º del Decreto Extraordinario 525 de 1956, numeral 4, "los árbitros disponen de dos (2) días para aceptar, tomar posesión y entrar en funciones. La renuencia de cualquiera de las partes para designar árbitro dará derecho al Ministerio del Trabajo para hacerlo. En caso de falta, renuencia o impedimento de alguno de los árbitros, se procederá a reemplazarlo en la misma forma como se hizo la designación".

Según el artículo 459 del C. S. T. "los árbitros proferirán el fallo dentro del término de diez (10) días, contados desde la integración del Tribunal".

Y el artículo 456 ibidem, establece que los Tribunales de Arbitramento "no pueden deliberar sino con la asistencia plena de sus miembros".

De consiguiente, los árbitros, una vez que aceptan y toman posesión de sus cargos, deben entrar en ejercicio de las funciones que les competen. Pero como para este último acto, que implica deliberación sobre las cuestiones materia del conflicto, se requiere la asistencia plena de los árbitros, sólo desde cuando él se realiza cabe contar el término para fallar.

Dicho en otras palabras, no basta que los árbitros acepten y tomen posesión de sus cargos para que se entienda integrado el Tribunal de Arbitramento, sino que es preciso que éste se instale, mediante la reunión de la totalidad de sus miembros, con el fin de iniciar y adelantar el estudio de aquellos puntos del pliego de peticiones respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación.

Cosa distinta es que los árbitros no observen el plazo de dos (2) días que señala el numeral 4 del artículo 1º del Decreto Extraordinario 525 de 1956, para "aceptar, tomar posesión y entrar en funciones". Si ello ocurre, el Ministerio del Trabajo puede considerarlos renuentes y proceder a reemplazarlos. Pero si esa entidad no lo hace, porque halla justificada la demora o por cualquier otro motivo, será forzoso tomar la fecha de instalación como punto de partida del término para fallar.

Ahora bien, en el caso de autos obra la comprobación (Acta del folio 74) de que el Tribunal de Arbitramento se instaló el 27 de enero de 1961, y que en ese acto, además de elegir Presidente y Secretario, "se dio principio a las labores de estudio y análisis correspondientes". Se tiene así que, contados los diez días desde el en que fueron iniciadas las labores, el plazo para fallar, que no aparece prorrogado, se venció exactamente el 7 de febrero del año en curso, o sea el día anterior a la fecha que ostenta el laudo recurrido, teniendo en cuenta que el 29 de enero y el 5 de febrero cayeron en domingo.

A este respecto son aplicables los artículos 60 y 61 del C. P. y M., que preceptúan en su orden: "Cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último día del plazo".

"Cuando se dice que una cosa debe observarse desde tal día, se entiende que ha de observarse desde el momento siguiente a la media noche del día anterior".

En fallo del 31 de octubre de 1959, esta Sala expresó lo siguiente:

"El carácter eminentemente transitorio de los Tribunales Especiales de Arbitramento, destinados a decidir los conflictos económicos o de intereses que se presenten en los servicios públicos y que no hubieren podido resolverse mediante conciliación o por arreglo directo, impone a su jurisdicción límites precisos en el tiempo, fuera de los cuales los actos de aquéllos carecen de validez". (Homologación. Sindicato de Choferes de Santander contra Sociedad de Buses Urbanos Limitada, G. J. Tomo XCI, página 988).

Y en sentencia anterior, recaída en asunto similar, se dijo:

"Ciertamente la observancia del plazo dentro del cual deben proferir los árbitros su decisión, es requisito del arbitraje. Obedece lo anterior a que, constituyendo esta institución un fenómeno de derogatoria de jurisdicción (de la ordinaria en las cuestiones comunes y de la ordinaria laboral en los conflictos colectivos o económicos), el acto que lo genera, sea contractual o de ordenamiento directo por la ley, atribuye la competencia a los árbitros y determina los límites de la misma, tanto en la materia como en el tiempo de la misión. Responden a estos conceptos las normas pertinentes de la legislación nacional. Así el ordinal 3º del artículo 1.217 del Código Judicial impone la

cesación de los efectos del compromiso por transcurrir el término que tienen los arbitradores para dictar la decisión"; y los artículos 135 del C.P.T., y 459 del Código Sustantivo del Trabajo fijan en diez días —salvo el caso de prórroga— el término de que disponen los árbitros para proferir sentencia. Y la Comisión Redactora del Proyecto de Procedimiento Civil, al ocuparse de la materia del arbitramento, propone plazo también para la duración del juicio arbitral, erigiendo, además, en motivo de nulidad del laudo, el hecho de su expedición después del vencimiento del mismo. La Sala alude a estas circunstancias no sólo por habérselas invocado en la sustentación del presente recurso, sino para denotar, igualmente por este aspecto, la unidad del pensamiento jurídico colombiano sobre el tema en estudio. Todavía más: el tema del plazo ha sido objeto de una constante contemplación legislativa que a él se atiende también mediante la figura de la prórroga, a fin de que el laudo se profiera siempre, o pueda proferirse, dentro del término debido y aún para el caso de que el Tribunal de Arbitramento obligatorio deje sin resolver cuestiones indicadas en el decreto de convocatoria, se prevé su señalamiento por parte del superior para que los árbitros se pronuncien sobre ellas, devolviéndoles al efecto el expediente respectivo (Inciso 2º del artículo 143 del C.P.T.)". (Gaceta Judicial Tomo LXXXIV, páginas 175 y ss.).

Así, pues, deberá declararse inexequible el laudo acusado, por irregularidad consistente en haberse proferido después de vencido el término señalado al efecto por el Ministerio del Trabajo, en consonancia con el artículo 459 del C.S.T.

En mérito a lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara INEXEQUIBLE el laudo dictado el ocho (8) de febrero de mil novecientos sesenta y uno (1961) por el Tribunal Especial de Arbitramento, constituído mediante Resolución número 027 de 12 de enero de este año, expedida por el Ministerio del Trabajo, para el estudio y fallo del conflicto colectivo surgido entre el Sindicato de Trabajadores de las Empresas Municipales de Buga y las mismas Empresas.

En el Ministerio del Trabajo se depositará, con el correspondiente ejemplar del fallo arbitral, una copia de la presente providencia.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y remítase el expediente al Ministerio del Trabajo.

Luis Alberto Bravo. — Roberto De Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

NO PROSPERAN LOS CARGOS QUE EL IMPUGNADOR LE HACE A LA SENTENCIA QUE CONDENO A UNA COOPERATIVA DE TRANSPORTES A PAGARLE A UN TRABAJADOR SUYO DETERMINADAS PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES

1.—La ley del trabajo exige la continuada dependencia en los contratos con agentes colocadores de pólizas de seguros y de títulos de ahorros o cédulas de capitalización, en el artículo 91 del estatuto laboral sustantivo, modificado por el 1º del Decreto 3129 de 1956; y en los contratos con representantes, agentes vendedores y agentes viajeros, en el artículo 98 del Código del Trabajo, modificado por el 3º del citado decreto. Debe, pues, rectificarse el concepto según el cual, en tratándose de este género de actividades, ha desaparecido la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo.

2.—No se refiere el Código Sustantivo del Trabajo, de manera expresa, a la dependencia o subordinación al definir el contrato de trabajo a domicilio (art. 89) pero el hecho de decir el ordenamiento que "hay contrato de trabajo con la persona que presta habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, sola o con la ayuda de miembros de su familia, por cuenta de un patrono", es suficiente para estimar incluído el citado elemento entre los integrantes de la relación de trabajo dependiente, ya que la expresión "contrato de trabajo", en la modalidad que regula el precepto, comprende la totalidad de las notas que estructuran la referida convención. Así que en el contrato de trabajo a domicilio, no obstante la aparente autonomía de tales trabajadores, existe el elemento subordinación que tipifica todo contrato de trabajo.

3.—Si es obligación del patrono, al tenor de los artículos 22 y 23 del Código del Trabajo, pagar el salario al empleado, nada impide que el acto lo cumpla un tercero por encargo de aquél. A diferencia de lo que ocurre con el recibo del salario que, por mandato legal debe entregarse al trabajador o a quien éste autorice por escrito (artículo 139 de la obra citada), el pago de la asignación al empleado puede hacerlo el patrono o un tercero, por encargo suyo o sin él, pues es válido aunque se efectúe sin conocimiento y aun contra la voluntad del deudor (artículo 1630 del C.C.).

4.—La violación directa de la ley y la interpretación errónea son motivos distintos de casación. Son diversos los principios que informan uno y otro concepto, que la ley orgánica del recurso extraordinario independiza. La infracción es directa cuando el texto de la norma es claro y la decisión impugnada contiene ordenaciones que lo contrarían. Se presenta la errónea interpretación de la norma cuando proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido. En ambas se excluye toda consideración sobre la prueba. Otro motivo distinto es el de la aplicación indebida del precepto, que ocurre, entre otros casos, según doctrinas de la casación, cuando entendida rectamente la norma, sin mediar errores de hecho o de derecho, se la aplica a hecho probado pero que ella no regula, o cuando se aplica la regla al hecho probado pero deduciendo consecuencias jurídicas contrarias a las admitidas por la ley.

5.—El artículo 65 del Código del Trabajo no condiciona la sanción moratoria allí establecida, cuando el contrato termina por retiro voluntario del trabajador, al reclamo por éste al patrono de las deudas a su car-

go. El precepto es claro al estatuir (inciso 1º) que si a la terminación del contrato el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención a que alude, debe cubrir al asalariado, como indemnización, la suma de dinero de que habla el ordenamiento; y que si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda (inciso 2º) o si el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple con sus obligaciones consignando la suma que confiese deber ante la autoridad que señala la disposición, mientras la justicia del trabajo decide la controversia. Por tanto, condicionar la aplicación del precepto a la formulación de reclamos, verbales o escritos y a que tal reclamación la acredite el empleado, es interpretación que no se ajusta al recto entendimiento de la norma.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., catorce de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Julio Pérez Monsalve, por medio de apoderado, demandó a la Cooperativa de Transportes de Antioquia, sociedad de responsabilidad limitada, en liquidación, representada por sus liquidadores, por la vía ordinaria laboral, para que por sentencia se la condene a reconocer y pagar al actor las sumas de dinero que se acrediten en el juicio, por estos conceptos: cesantía, vacaciones, primas de servicio, indemnización de perjuicios por ruptura del contrato, salarios causados por trabajo en domingos y festivos, reajuste o aumento de la asignación, indemnización moratoria y costas del juicio. En subsidio de la súplica al pago de perjuicios por ruptura del contrato, pide la condena al pago del preaviso.

Los hechos de la demanda, en resumen, son éstos: Julio Pérez Monsalve prestó servicios personales a la "Cooperativa de Transportes de Antioquia Ltda.", como Despachador de buses de dicha entidad y de los choferes afiliados a ella, según contrato de trabajo verbal y por tiempo indefinido celebrado con el Gerente de la sociedad, habiendo ejercido sus funciones bajo la dependencia de aquél: el salario convenido fue el de $ 10.00 diarios en promedio ($ 0.50 por el despacho de cada vehículo); estuvo sujeto a una jornada de trabajo de 6 a. m. a 7 p. m., incluyendo domingos y festivos nacionales, sin recibir salario doble ni descanso compensatorio: y no le fueron cubiertos los aumentos de la asignación ordenados por el decreto 118 de 1957. El tiempo laborado comprende el período transcurrido entre el 14 de junio de 1952 y el 3 de septiembre de 1957, fecha esta última en que fue despedido ilegalmente y sin habérsele pagado los salarios y prestaciones sociales causadas.

En derecho la demanda se funda en las normas pertinentes del Código del Trabajo.

En la respuesta a dicha pieza la Cooperativa manifiesta que no hubo contrato de trabajo entre las partes, que no despidió ella al actor y que éste cobró a la nueva empresa Aranjuez Lidice las obligaciones que reclama. Propuso las siguientes excepciones: petición antes de tiempo o de modo indebido, falta de causa para pedir, prescripción, pago, cosa juzgada, dolo e ilegitimidad sustantiva y adjetiva de la personería de ambas partes.

Tramitado el juicio, lo decidió en primera instancia el Juzgado Cuarto del Trabajo de Medellín por sentencia de fecha 24 de mayo de 1958, cuya parte resolutiva absuelve a la Cooperativa de todos los cargos, declara no probadas las excepciones propuestas por ella y ordena la consulta de su providencia ante el superior, sin costas.

Apeló la parte vencida y resolvió el recurso la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín por sentencia de fecha 17 de julio de 1958. Revoca ella la de primer grado y en su lugar, dispone: condenar a la Cooperativa a pagar a Julio Pérez Monsalve, la suma de $ 1.912.50, valor de la cesantía, de las vacaciones y primas de servicio, y, además, al pago de la suma de $ 7.50 diarios, como indemnización por mora desde el 25 de febrero de 1958 hasta la cancelación del importe de la condena o su consignación, conforme al artículo 65 del CST. (numeral primero); declara probada la excepción de prescripción, "para las prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones que se hayan causado con anterioridad al 25 de febrero de 1955, por haber transcurrido tres años para su reclamación" (numeral segundo); y absuelve a la Cooperativa de los demás cargos que la demanda le formula (numeral tercero). Se abstuvo de condenar en costas.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso la parte demandada el recurso de casación, el cual le fue concedido. Elevados los autos a esta Su-

perioridad y debidamente preparado el recurso, la Corte pasa a decidirlo.

La demanda de casación

Solicita que la Corte infirme el fallo del Tribunal y acoja en su lugar el absolutorio de primer grado. Pide, en subsidio, la casación parcial de la sentencia recurrida en cuanto condena a la Cooperativa al pago de la indemnización moratoria. Fija así el alcance de la impugnación.

Aunque no lo expresa la demanda, se deduce de su desarrollo que invoca la causal primera del recurso extraordinario. Formula cuatro cargos, que la Sala examina a continuación.

Primer cargo. "Petición principal"

Violación de los artículos 22, 23, 24, 186, 189, 249, 306 y 65 del CST., por dos conceptos, que según el impugnador deben tomarse como motivos distintos, así:

a) De manera directa, los artículos 22, 23 y 24, y por no ser aplicables al caso debatido los demás que se dejan relacionados.

b) Por errónea interpretación de los mismos textos legales, a excepción del 186, porque se les dio un alcance jurídico ajeno al que las normas admiten.

En relación con el primer aspecto —violación directa— arguye el recurrente:

En el caso de autos el demandante no le prestó servicio personal a la Cooperativa, ni ésta lo remuneró: el servicio fue prestado "a carros que se decían afiliados a la entidad y fue remunerado por sus "dueños" con fondos que no pertenecían a la Cooperativa. Y son normas de hermenéutica desconocidas por la sentencia, las de los artículos 27 y 28 del C. C. Como lo dice el demandante "a él le cubría el valor de los cincuenta centavos cada chofer o cada dueño de carro". Los vehículos no los administraba la Cooperativa, no designaba ella a los choferes y ayudantes ni les suministraba combustibles. Tampoco controlaba los automotores ni liquidaba su producido, por lo cual no puede hablarse de servicio personal prestado a la sociedad demandada. En consecuencia, viola el fallo el artículo 22 de la obra citada.

Es más evidente aún la infracción del artículo 23 del estatuto laboral sustantivo, pues el Tribunal para aceptar el contrato laboral entre las partes, se vale de razones válidas para casos de excepción, únicamente. Para extremos que no se refieran al trabajo a domicilio y a colocadores de pólizas de seguros, siguen siendo elementos esenciales de la convención, los que enumera el citado artículo 23. Aplicar la ley de excepción a casos generales implica usurpación de una facultad privativa del legislador, según el artículo 25 del C. C.; tal proceder entraña violación del artículo 26 ibídem y siguientes de la misma obra. Con ese criterio infringe la sentencia, indirectamente, los artículos 22 y 23 del CST., "porque se les hace decir cosa distinta de lo que ellos expresan" y se les aplica a materias que ellas no comprenden.

Es más clara la violación de dichas normas cuando se advierte "que los llamados afiliados son extraños al contrato de sociedad cooperativa, no socios de ella, pues su vinculación es distinta, desconocida en el juicio, y de lo ignorado no se pueden deducir conclusiones jurídicas. El demandante es un tercero no sólo con respecto al contrato social sino también en relación con el contrato de afiliación.

En cuanto a la errónea interpretación de los preceptos a que se refiere el literal b), expone el recurrente:

Proviene el error de que la sentencia estimó que no era indispensable la concurrencia de prestación de servicio personal y de salario, o que para configurar el contrato de trabajo podía prescindirse de ambos elementos. La ley establece la presunción de que cuando concurren prestación de servicios y salario, existe dicho contrato. Pero la contraprueba va hácia la demostración de que el servicio prestado por el actor no fue en favor de la Cooperativa sino de terceros, y que el pago que se le hacía no era salario, porque no era aquélla quien lo cancelaba, sino el afiliado o el dueño del vehículo. Si la ley civil y comercial establecen que son distintos jurídicamente el socio y la sociedad, se llega a confundir el servicio prestado al dueño del carro, que no es socio de la Cooperativa, con el prestado a ésta. Y no puede presumirse delegación para el pago ni mandato para pagar, "porque estos contratos no se presumen", como tampoco se podría pensar en agencia oficiosa, para lo cual sería necesario que la Cooperativa hubiera ratificado la actuación del agente. Frente a la falta del salario, no podía darse aplicación a los artículos 22 y 23 del CST., "ni menos a las prestaciones que sólo surgen de la existencia clara y precisa del contrato de trabajo". Después de anotar que se puede pagar por el deudor aun contra su voluntad, dice el impugnador que no es ese el fenómeno que registran

los autos, porque la Cooperativa era un tercero, tanto en lo relacionado con la prestación del servicio como en lo atinente a su pago. Por esa inexistencia jurídica del salario, agrega, "es por lo que hay violación directa de la ley, en cuanto hace a las disposiciones ameritadas".

Se considera:

Toda la impugnación del primer cargo se reduce a sostener que entre las partes no existió contrato de trabajo, porque el demandante no le prestó servicios personales a la Cooperativa ni ella los retribuyó. De esas afirmaciones deduce la violación de los artículos 22 y 23 del CST. y de las demás normas que el cargo cita.

"Lo que en el caso debatido se presenta es, sencillamente, una coexistencia de contrato de trabajo, posible física y humanamente, en el tiempo y en el espacio, tal como se estatuye en el artículo 26 del C. S. del T. No otra cosa se desprende con claridad meridiana de los testimonios rendidos por los señores Luis Galeano Restrepo, Félix Arias Parra y Julio Díaz Mejía, quienes en extensas declaraciones dan completos informes de las labores desempeñadas por el demandante, el salario devengado, la remuneración pactada, el tiempo servido y las causas de ingreso y salida, todo lo cual les consta directa y personalmente, con mucha anterioridad y aún posterioridad al actor.....". "Así es como todos están acordes en afirmar que el demandante Julio Pérez Monsalve ingresó a prestar sus servicios como despachador en distintos puntos de la línea a la Cooperativa de Transportes de Antioquia Limitada, desde fines de 1951 o principios de 1952, hasta cuando se acabó el trabajo por liquidación de la empresa y que la remuneración consistía en $ 0.50 por cada carro diario que despachara, siendo el número de automotores afiliados a la Cooperativa entre 15 y 20".

Como se ve, para el Tribunal, Julio Pérez Monsalve prestó servicios personales dependientes, mediante contratos de trabajo, a varias empresas, entre otras, a la Cooperativa demandada, hechos que halla acreditados con las declaraciones de los testigos que analiza, y, en consecuencia, da aplicación al artículo 26 del C.S.T., que autoriza la pluralidad de dichos contratos entre un mismo trabajador y dos o más patronos. Acepta, pues, con base en la prueba mencionada, que en el juicio demostró el demandante su vinculación con la Cooperativa como trabajador bajo su dependencia y, por ende, la de cada uno de los demás elementos integrantes del contrato laboral.

Así las cosas, es cuestión de hecho la de saber si los servicios no los prestó el actor a la Cooperativa sino a los dueños de los vehículos, si fueron éstos y no aquéllos quienes cubrieron la remuneración correspondiente. Por ser de tal naturaleza la cuestión debatida, el Tribunal la estudia a través de la prueba de que se ha hecho mérito. Luego la tesis contraria, esto es, la de inexistencia del contrato de trabajo, no puede ser sostenida sino atacando la estimación probatoria del fallador, actividad que no es propia de acusación por quebranto directo de la ley o por errónea interpretación de la misma según principios conocidos en derecho de casación.

En parte alguna de su sentencia sostiene el Tribunal que para configurar el contrato de trabajo se puede prescindir de la prestación personal del servicio y el salario. La afirmación es del recurrente y no del fallador, por lo cual la Sala se abstiene de tomarla en consideración.

De lo expuesto se concluye que no ha violado el Tribunal los artículos 22 y 23 del C.S.T. No le dio el fallador aplicación al artículo 24 de la misma obra, por lo cual la infracción que de él predica el recurrente se halla fuera de lugar. El contrato de trabajo entre las partes no lo deduce el Tribunal de presunciones sino de la prueba testimonial que obra en autos. Que sean elementos de la presunción legal la prestación del servicio y el salario, como lo sostiene el impugnador, es un concepto que pugna con el tenor literal de la norma que la instituye, como resulta de la lectura de su texto.

Otras afirmaciones, en simple alegación de instancia, como la de que la sociedad es persona jurídica distinta de la de cada uno de sus socios, hace el recurrente, para decir que el servicio prestado a éstos no compromete la responsabilidad de la sociedad y que, por tanto, la sentencia incurre en errónea interpretación de la ley. Planteado el cargo por violación directa de ésta, la de errónea interpretación de la misma no es pertinente, pues se trata de motivos de casación distintos. A lo cual se agrega que, para el fallador, lo demostrado en el juicio es el servicio a la Cooperativa, no a sus asociados. Aquél no sostiene, pues, lo que afirma el recurrente, por lo cual carece de fundamento el reparo de que

el acto del socio lo considere como acto de la sociedad.

Arguye el recurrente que, en cuanto al elemento dependencia o subordinación, el Tribunal lo deduce de razones valederas para casos de excepción, que, por lo mismo, no modifican el principio general consignado en el artículo 23 del C.S.T., según el cual, la subordinación es elemento esencial de todo contrato de trabajo, salvo las excepciones que la ley establezca. Concluye, en consecuencia, que la sentencia quebranta los artículos 22 y 23 del código en cita, de manera directa, porque los aplica a caso distinto del que el proceso registra y porque los hace decir cosa distinta de la que ellos regulan.

El concepto del fallador a que el recurrente se refiere, es el siguiente:

"En reiterada jurisprudencia ha dicho la Sala que los elementos esenciales primitivos del contrato de trabajo verbal o escrito, señalados por los artículos 22 y 23 del C. S. de la materia, han sufrido modificaciones posteriores acordes con el ritmo de la mecánica moderna". Efectivamente, la continuada subordinación o dependencia ha desaparecido para ser reemplazada por el suministro de materia prima para la transformación y por la exclusividad del servicio, por lo menos en la mayor parte, como sucede con los trabajadores a domicilio, los agentes viajeros o colocadores de pólizas de seguros, en los cuales por la naturaleza misma de la labor, no existe una subordinación permanente para dar órdenes y fijar un horario o jornada diaria determinada...".

El soporte principal de la sentencia no es el contenido en el párrafo antes inserto sino en el transcrito anteriormente, de manera que, aun cuando sea equivocado, carece de influencia en la decisión.

Debe la Corte, por vía de doctrina, rectificar el concepto del Tribunal. No es cierto que en los contratos a que éste alude haya desaparecido la subordinación. La ley del trabajo exige la continuada dependencia en los contratos con agentes colocadores de pólizas de seguros y de títulos de ahorros o cédulas de capitalización, en el artículo 94 del estatuto laboral sustantivo, modificado por el 1º del Decreto 3129 de 1956, y en el contrato con representantes, agentes viajeros y agentes vendedores (artículo 99 del C.S.T., modificado por el 3º del citado decreto). No se refiere el citado Código, de manera expresa, a la dependencia o subordinación al definir el contrato de trabajo a domicilio (artículo 89), pero el hecho de decir en el ordenamiento que "hay contrato de trabajo con la persona que presta habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, sola o con la ayuda de miembros de su familia por cuenta de un patrono", es suficiente para estimar incluído el citado elemento entre los integrantes de la relación de trabajo dependiente, ya que la expresión "contrato de trabajo", en la modalidad que regula el precepto, comprende la totalidad de las notas que estructuran la referida convención. Tan cierta es la observación, que la jurisprudencia ha podido decir con propiedad lo que a continuación se transcribe: "En el contrato de trabajo a domicilio existe el elemento subordinación que tipifica todo contrato laboral. No obstante la aparente autonomía del trabajador a domicilio, los grandes factores que forman la relación subordinada se hallan presentes, aun cuando atenuados por la forma misma como se desarrolla tal actividad". (Sentencia diciembre 3 de 1955, G. del T. V. XXII).

En los contratos a que se refiere el sentenciador, la continuada dependencia o subordinación no ha sido reemplazada por el suministro de materia prima y por la exclusividad del servicio, como lo entiende el Tribunal. La primera exigencia limitaría el derecho del trabajo al campo industrial, que es donde cabe hablar de materia prima y su transformación, quedando por fuera de su órbita la actividad de distribución y venta encomendada a la rama comercial, el trabajo intelectual y una serie innumerable de servicios no susceptibles de alistamiento en categorías. Con ser importante la actividad de producción, a ella no está vinculada la mayor parte de la clase trabajadora, y aunque así ocurriera, la ocupada en oficios distintos no por eso quedaría excluída de la regulación general, normativa del trabajo dependiente. La exclusividad en la prestación del servicio es modalidad prevista para los trabajadores de que se ha hecho referencia, por la índole especial de la labor, y tiene por objeto marcar la línea divisoria entre ellos y los que se dedican a la misma actividad como organizadores de una empresa comercial, sin que tal circunstancia excluya a los trabajadores primeramente citados de la continuada dependencia respecto del patrono.

Por lo expuesto, no se recibe el primer cargo.

Segundo cargo.—"Petición principal"

Violación de las mismas disposiciones legales

que cita el primer cargo, a excepción del artículo 186, por aplicación indebida, a causa de errores de hecho.

Provienen los errores de que de ciertas pruebas deduce la sentencia efectos contrarios de los que de ellas resultan, y del hecho de terceros extrae conclusiones en contra de la Cooperativa.

Da a conocer el recurrente las declaraciones de los testigos Pompilio Montoya, Luis Galeano Restrepo, Félix Arias Parra y Julio Díaz Mejía, en algunos apartes, y la confesión provocada del demandante, en determinadas respuestas al respectivo interrogatorio, y afirma en seguida que esas pruebas no las tuvo en cuenta el fallador o, estimándolas, les dio un significado contrario al que ofrecen. En su concepto demuestran las declaraciones y la confesión.

a) Que Julio Pérez Monsalve le prestó servicios a las empresas denominadas Transportes Aranjuez - Lídice y Flota Santa Cruz - Bermejal pero no a la Cooperativa demandada; b) Que el salario del demandante ($ 0.50 por el despacho de cada carro) se lo pagaba el dueño del respectivo vehículo o sus choferes, no la Cooperativa; c) Que Pérez Monsalve recibía órdenes del Gerente de Transportes Aranjuez Lídice y no del representante de la Cooperativa; y d) Que los servicios del actor fueron contratados por el Gerente de Transportes Aranjuez-Lídice y fue éste quien lo despidió.

El Tribunal —dice el recurrente— acepta hechos contrarios a los que se dejan enumerados, admitiendo el contrato de trabajo entre las partes, por lo cual cometió los errores que le atribuye, violando, de modo indirecto, las normas legales que cita el cargo.

Se considera:

La demanda de casación estudia en forma fragmentaria la prueba testimonial y no en su conjunto, como lo hace el Tribunal. Utilizando el sistema que emplea el fallador, que es el aconsejado por la sana crítica, es como puede apreciarse rectamente el testimonio. Siguiendo este criterio, examina la Sala las declaraciones.

Luis Galeano Restrepo (fls. 20 a 22). Informa el declarante: Julio Pérez trabajó con la Cooperativa de Transportes de Antioquia como despachador, desde fines de 1951 o principios de 1952, hasta la liquidación de la empresa; en ella no tenía sueldo; ganaba $ 0.50 por cada carro que le pagaban los choferes, "en virtud de contrato celebrado con los gerentes de las empresas"; a Pérez lo "buscó para trabajar José Cardona", siendo Gerente de la Flota Aranjuez-Lídice, la cual estaba unida a la Cooperativa de Transportes de Antioquia, mediante convenio que realizaron en 1949; las dos estaban en "un guerreo"; y por eso se unieron; Pérez despachaba al mismo tiempo carros de las dos flotas; los dueños de carros nada tienen que ver con el nombramiento de despachadores, sino los gerentes de las empresas; la Cooperativa tenía carros propios, el resto, eran afiliados; de dicha entidad Pérez despachaba entre quince y veinte carros; para ser socios de la Cooperativa se necesita tener carro y pagarle una cuota de admisión y, asimismo la administración del carro, que al principio fue de $ 1.00 diario y desde 1954 $ 3.00, sumas que recauda un empleado de la sociedad y entrega a su Tesorero. Con esas cuotas atiende ella seguro del vehículo, "administración o pago de los empleados"; Pérez no podía negarse a despachar carros de la Cooperativa, porque podía sancionarlo el Gerente y ejercía la misma función en la Flota Santa Cruz; liquidada la Cooperativa continuó trabajando con Aranjuez-Lídice y Transportes Urbanos; los choferes no pueden negarse a pagar los $ 0.50 al despachador, y si se niegan hay orden de no despacharlos hasta que paguen. "Esa cuota la fija el Gerente". En 1947 la Cooperativa "estaba sola" en los tres ramales (Bermejal, Santa Cruz y Aranjuez); por desacuerdos con el Gerente de la Cooperativa, parte de los asociados retiraron sus carros de ella y formaron una empresa con el nombre de Aranjuez-Lídice y otra con el de Aranjuez-Berlín, que trabajaban separadamente. Después se unieron, de acuerdo con el Tránsito, actuando los mismos despachadores.

Félix Arias Parra (fl. 26 a 28). Expresa el testigo: Julio Pérez trabajó en la Cooperativa desde fines de 1951 hasta mediados de 1957, como despachador, cargo que ejerció también en la empresa Lídice, de la primera entidad despachaba entre quince y veinte carros; le pagaba $ 0.50 por el despacho de cada carro el respectivo chofer, "pues los choferes saben cuánto tienen que pagar"; lo colocó en el empleo Transportes Aranjuez-Lídice y fue ella la que lo despidió. En 1949 se unieron la Cooperativa, Aranjuez - Lídice y Bermejal, las cuales reunían cincuenta carros; Pérez demandó a Transportes Uribe y Aranjuez-Lídice para el pago de sus prestaciones y ambas

se las cubrieron: "no le falta por pagar sino a la Cooperativa"; todo chofer paga todos los días $ 0.50 del producido del vehículo, "pues esa es la orden de los gerentes"; cada dueño de vehículos liquida a sus choferes, no la Cooperativa.

Julio Díaz Mejía (fls. 29 a 31). Afirma el declarante haber tenido conocimiento, en términos generales, de los mismos hechos de que dan cuenta los testigos Restrepo y Arias Parra. Lo propio cabe decir del testimonio de Pompilio Montoya, que no figura entre los apreciados expresamente por el Tribunal.

El demandante, en las posiciones que absolvió en el juicio (fls. 25 y 28), confiesa que lo nombró para el cargo de despachador el Gerente de Transportes Aranjuez-Lídice y que el representante de la misma lo destituyó (respuestas a las preguntas primera y décima-cuarta del interrogatorio).

Los testimonios demuestran que el demandante prestó servicios personales dependientes a la Cooperativa demandada y a otras dos empresas de transporte; que la remuneración se la cubrían los choferes de los vehículos, cumpliendo órdenes de los gerentes respectivos. Por consiguiente, la prueba sí acredita lo que el Tribunal vio en ella: pluralidad de contratos de trabajo entre el mismo empleado y varios patronos. No fue, pues, desacertada la estimación que de los testimonios hace la sentencia, ni ésta incurre por tanto en errores de hecho.

Sostiene el recurrente que siendo el salario elemento del contrato de trabajo y probado en el juicio que el del actor lo cubrían los choferes de los carros y no la Cooperativa, viola el fallo los artículos 22 y 23 del C.S.T. Para la Sala no es aceptable el argumento, pues el encargo lo cumplían los choferes, como lo afirman los testigos, en ejecución de órdenes dadas por los Gerentes de las empresas. Si es obligación del patrono, al tenor de las normas legales citadas, pagar el salario al empleado, nada impide que el acto lo cumpla un tercero por encargo de aquél. A diferencia de lo que ocurre con el recibo del salario que, por mandato legal debe entregarse al trabajador o a quien éste autorice por escrito (artículo 139 de la obra citada), el pago de la asignación al empleado puede hacerlo el patrono o un tercero, por encargo suyo o sin él, pues el pago es válido aunque se efectúe sin conocimiento y aun contra la voluntad del deudor (artículo 1630 del C. C.).

El hecho de que los servicios hubieran sido contratados por el Gerente de la empresa Aranjuez-Lídice no desvirtúa el vínculo laboral con la Cooperativa. Importa la prestación real del servicio a esta última sociedad, no su contratación. A lo sumo podría verse en la modalidad la concurrencia de un intermediario y nada más. Hace mucho hincapié el recurrente en el detalle de que el nombramiento no lo recibió el actor de la Cooperativa, dando a entender que el contrato no podía perfeccionarse sin el lleno de tal requisito. En tal supuesto, el argumento es ineficaz, porque el contrato de trabajo es consensual, para cuya formación y validez basta el consentimiento de las partes sin necesidad de ninguna otra formalidad.

La extinción del vínculo laboral por obra de empresa distinta de la demandada, hecho que Gustavo Ríos admite en las posiciones que absolvió en el juicio, sí repercute en las relaciones jurídicas entre él y la Cooperativa, pues cuando el contrato termina, sin justa causa, tiene por consecuencia la obligación de indemnizar perjuicios, en la forma y términos previstos en el artículo 64 del Código del Trabajo. Al respecto la Sala observa que el contrato expiró por causa diferente de la que confiesa el demandante en su confesión provocada, a saber: la cesación definitiva de actividades por parte de la empresa, como resulta de la prueba testimonial obrante en el proceso, corroborada con la certificación expedida por el Ministerio del Trabajo, de la cual hace mérito la sentencia, de fecha 12 de enero de 1957 (fl. 19). Ese acto oficial declaró disuelta la Cooperativa, ordenó su liquidación y nombró los liquidadores para tal fin.

No sobra advertir que el Tribunal dio aplicación al artículo 26 del C.S.T., cuya violación no acusa el recurrente, sobre concurrencia de varios contratos de trabajo entre el actor y varios patronos figurando entre estos la Cooperativa. Por consiguiente, aun suponiendo que la sentencia haya incurrido en los errores de hecho que aquél le imputa, no ha sido desquiciado el concepto referido, suficiente para mantenerla.

Lo dicho basta para el rechazo del cargo.

Tercer cargo.—"Petición subsidiaria"

Violación del artículo 65 del C.S.T., de modo directo, y por errónea interpretación.

En el desarrollo de la acusación, después de transcribir el recurrente la norma legal, dice que si el demandado no paga ni en su defecto

consigna, porque no se considera deudor, no se le puede condenar, pues su renuencia al pago y a la consignación la funda en la inexistencia del contrato. Es la razón que dá para sostener el quebranto directo de la disposición.

En cuanto hace a la errónea interpretación de la norma afirma el impugnador que en ella incurrió el Tribunal, porque para que exista acuerdo entre acreedor y deudor, es necesario que estén definidas esas calidades. Era imposible el acuerdo porque la Cooperativa tenía la certeza subjetiva de que nada debía, y cuando con razones se niega deber salario y prestaciones, la norma es inaplicable, por sustracción de materia". "Con base en lo dicho, sea por la aplicación indebida del artículo 65 del CST. o por haberlo interpretado erróneamente, considero que, si no se aceptan los cargos que aluden a la casación total de la sentencia, se admita este otro, de casación parcial de ella".

Cuarto cargo.—"Petición subsidiaria"

Violación del artículo 65 del C.S.T., por aplicación indebida, a causa de error de hecho, por falta de apreciación de las pruebas o por no haberlas considerado.

Las pruebas —dice el recurrente— son las mismas a que se refirió en el segundo cargo; ellas acreditan la buena fe con que procedió la parte demandada al negarle la existencia del contrato: crean las pruebas justa duda sobre su existencia. La falsa interpretación de las pruebas o su desconocimiento, para "decir que no existía buena fe, para negar como se ha negado la existencia del contrato, condujo a la indebida aplicación, por error de hecho, que resalta, del artículo 65" citado.

Se considera:

Acerca de la aplicación al caso de autos del artículo 65, dice la sentencia:

"La Sala, por estimarlo equitativo, reitera su jurisprudencia de que la sanción moratoria cuando no hay despido sino retiro voluntario o su equivalente, del abandono del trabajo, sólo opera desde que se presente reclamo formal, escrito, verbal, etc., debidamente probado, de parte del trabajador al patrono para el cobro de sus prestaciones, salarios e indemnizaciones, a que tenga derecho".

No es estimable el tercer cargo, porque la violación directa de la ley y la interpretación errónea son motivos distintos de casación. Son diversos los principios que informan uno y otro concepto, que la ley orgánica del recurso extraordinario independiza. La infracción es directa cuando el texto de la norma es claro y la decisión impugnada contiene ordenaciones que lo contrarían. Se presenta la errónea interpretación de la norma cuando proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido. En ambas se excluye toda consideración sobre la prueba.

Involucra además el recurrente otro motivo de casación distinto, el de aplicación indebida del precepto. Ocurre ésta entre otros casos, según doctrinas de la casación, cuando entendida rectamente la norma, sin mediar errores de hecho o de derecho, se la aplica a hecho probado pero que ella no regula, o cuando se aplica la regla al hecho probado pero deduciendo consecuencias jurídicas contrarias a las admitidas por la ley.

Sobre la base de que el contrato de trabajo entre las partes terminó por retiro voluntario del trabajador, más exactamente por liquidación de la empresa, sin que en tal momento se hubieran cancelado al trabajador las obligaciones resultantes del vínculo, la sentencia estimó que era del caso dar aplicación a la regla del artículo 65 del C.S.T. Por consiguiente, en el supuesto de que la acusación no adoleciera de los reparos anotados, resultaría infundada, pues al hecho que el Tribunal halla probado aplica el precepto que lo regula, lo cual descarta a la vez el error de juicio consistente en su errada interpretación como el referente a su aplicación indebida.

Con relación al cuarto cargo, la Sala observa que el Tribunal no habla de buena ni de mala fe patronal, de manera que el razonamiento que toma en cuenta tal concepto está fuera de lugar. Tampoco plantea el recurrente la acusación correctamente, pues no es la "falsa interpretación de las pruebas o su desconocimiento" lo que conduce al error de hecho, sino la circunstancia de que probado un hecho, la sentencia afirme lo contrario, o de que no existiendo el hecho, la sentencia lo da por establecido. Si lo que se quiso decir con la frase "falsa interpretación de las pruebas" fue que el Tribunal erró de hecho al estimarlas, no desaparece el defecto anotado, pues al lado de la falsa interpretación coloca el recurrente el desconocimiento de las pruebas, esto es, al parecer, su desestimación. Una y otra actividad —mala estimación de la prueba, o su

falta de estimación— son cuestiones distintas. En el primer caso el error de juicio se produce por comisión, y en el segundo, por omisión. Ambos no pueden coincidir simultáneamente y por tal motivo deben aducirse separadamente, como lo previene la ley al regular las condiciones de forma de la demanda de casación.

Por lo expuesto, no prosperan los dos cargos examinados.

Otro error del fallador debe corregir la Sala:

El art. 65 del C.S.T. no condiciona la sanción moratoria allí establecida, cuando el contrato termina por retiro voluntario del trabajador, al reclamo por éste al patrono de las deudas a su cargo. El precepto es claro al estatuír (inc. 1º) que si a la terminación del contrato el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención a que alude, debe cubrir al asalariado, como indemnización, la suma de dinero de que habla el ordenamiento; y que si no hay acuerdo respecto al monto de la deuda (inciso 2º) o si el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple con sus obligaciones consignando la suma que confiese deber ante la autoridad que señala la disposición, mientras la justicia del trabajo decide la controversia.

No manda, pues, la previsión legal, que para el acuerdo, el trabajador le formule reclamos al patrono, verbal o escrito, y que ese reclamo lo acredite el empleado, ni hace depender de tal exigencia la aplicación del precepto. La tesis del fallador no se ajusta al recto entendimiento de la norma. La estimación del Tribunal adiciona el mandato, fuera de los límites en que le es permitido actuar a la jurisprudencia, que no tiene la misión de modificar la ley ni variar su contenido.

Como la demanda de casación le ha permitido a la Sala rectificar apreciaciones equivocadas del sentenciador, no es el caso de condenar en costas, según el criterio de la Sala sobre el particular.

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín. Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo.—Roberto De Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA

INUTIL IMPUGNACION CONTRA LA SENTENCIA QUE CONDENO A UNA COOPERATIVA DE TRANSPORTES A PAGAR CIERTAS PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES A UN TRABAJADOR SUYO, DESPACHADOR DE BUSES

1.—Hasta el cansancio ha venido diciendo la casación del trabajo que la violación de la ley sustancial por infracción directa, por errónea interpretación y por aplicación indebida, configuran causales distintas, con fundamentos diversos, los cuales no pueden alegarse en forma simultánea sino independiente, y que, por tanto, la Sala no puede estudiar los cargos sino cuando éstos se presentan con la separación que la ley ordena.

2.—El artículo 22 del Código del Trabajo define en su numeral 2º el vocablo patrono, cuando dice: "Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono"; pero ni tal definición ni la que se da allí mismo del término trabajador, pueden tomarse aisladamente sino en armonía con la que del contrato de trabajo se contiene en el numeral 1º de la misma norma. De ella resulta que no basta que una persona reciba de otra un servicio para que por ese solo hecho se convierta en patrona, como se sostiene en la sentencia acusada. Requiérese, además, la concurrencia de estos dos requisitos: que el servicio sea prestado bajo la continuada dependencia o subordinación de quien lo recibe y que el beneficiario del mismo lo remunere. Si fuera suficiente la recepción del servicio, el prestado gratuitamente como el rendido por trabajadores independientes, le darían a su receptor el carácter de patrono, con las obligaciones que a esta calidad jurídica impone la ley del trabajo.

3.—Es equivocada la interpretación que se hace del artículo 65 del estatuto del trabajo, cuando se pretende que la sanción que allí se establece debe empezar a contarse solamente a partir de la fecha en que el trabajador presente su demanda. Lo que la citada norma previene, de modo claro y expreso, es que tal sanción rige desde la terminación del contrato, si para entonces el patrono no le paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo en los casos de retención de que habla el precepto; o si no consigna en favor del empleado la suma que confiese deberle, en los eventos de que no haya acuerdo sobre el monto de la deuda o de que el trabajador se niegue a recibir.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL—Bogotá, D. E., quince de abril de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

Pompilio Montoya Pérez promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra la Cooperativa de Transportes de Antioquia Limitada, en liquidación, para que con citación y audiencia de sus liquidadores, se la condene por sentencia a pagarle: cesantía, vacaciones, primas de servicio, remuneración por trabajo en domingos y feriados y por el prestado en horas extras, indemnización de perjuicios por lucro cesante y los correspondientes a la indemnización moratoria.

La demanda, en su relación de hechos, hace estas afirmaciones: Pompilio Montoya Pérez

prestó sus servicios personales a la Cooperativa como despachador de vehículos de tráfico urbano entre Medellín y el barrio de Aranjuez de la misma ciudad; el salario pactado fue el de $ 0.30 diarios por el despacho de cada automotor, cuyo número era de cuarenta, por lo cual el salario era de $ 12.00 al día; al demandante le pagaba la asignación el conductor de cada vehículo, por orden expresa del Gerente de la Cooperativa; trabajó al servicio de ésta desde principios del año de 1949 hasta el 12 de julio de 1957, fecha en que se ordenó la liquidación de la sociedad, tanto en domingos como en los demás días de descanso, sin recibir la correspondiente remuneración; laboró también durante todos los días de la semana en jornadas de más de ocho horas sin que se le hubiera cubierto el valor del trabajo suplementario; y al terminar el contrato la Cooperativa no le pagó las prestaciones sociales causadas.

Se funda en derecho la demanda en las normas pertinentes del Código del Trabajo.

En la respuesta a dicha pieza niega la Cooperativa el contrato de trabajo, pues el actor no le prestó servicios a ella sino a empresas distintas.

El juicio terminó en primera instancia por sentencia de fecha 27 de junio de 1958, proferida por el Juzgado 2º del Trabajo de Medellín. La providencia condena a la Cooperativa a pagarle a Pompilio Montoya Pérez lo siguiente: a) $ 2.862.00 por auxilio de cesantía; b) $ 1.260.00, valor de la compensación en dinero por vacaciones no disfrutadas; c) $ 2.700.00 por primas de servicio; y d) La suma de $ 12.00 diarios desde el 30 de enero de 1958 hasta que verifique el pago de las condenas anteriores, a título de indemnización por mora; y la absuelve de los demás cargos. No condena en costas.

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, decidió el recurso de alzada por sentencia de 18 de julio de 1958, la cual confirma en todas sus partes la de primer grado, sin costas.

Recurrió en casación la parte demandada. Concedido el recurso se dispuso el envío de los autos a esta Superioridad; preparado aquí debidamente, la Sala lo decide a continuación.

LA DEMANDA DE CASACION

Suplica el **petitum** que la Corte revoque la sentencia del Tribunal y, en su lugar, absuelva a la Cooperativa de todos los cargos de la demanda. Pide, en subsidio, la casación parcial de la sentencia recurrida en cuanto a la condena por salarios caídos.

Con base en la causal primera del recurso, la demanda formula siete cargos, que la Sala pasa a examinar.

Primer cargo.—"Petición principal"

Acusa infracción directa de los artículos 22, 23, 24 y 127 del C.S.T., "por errada interpretación de esas normas en sí mismas consideradas" o, en subsidio, "por aplicación indebida de ellas". Y, como consecuencia de la violación, "se aplicaron indebidamente los artículos 186 a 192, 249, 253 y 306 del C. S. del Trabajo", porque destruída la relación laboral, "se aplicaron indebidamente las aludidas disposiciones".

Segundo cargo.—"Petición principal"

Acusa la sentencia no sólo "por la violación directa de los artículos 22, 23, 24 y 127 del C.S.T., sino también por aplicación indebida de dichas normas, "ya que se ha alegado como básica la existencia del contrato de trabajo cuando no ha ocurrido tal cosa". Y "por ende, han sido mal aplicadas las normas que dan derecho a cesantía, vacaciones, prima semestral e indemnización por mora", pues éstos derechos sólo se causan cuando existe contrato de trabajo, y éste no ha tenido vida por falta de salario. "Esta violación directa se origina, de otra parte, como consecuencia de haber sido violados los artículos 2079 del C. C. y 493 del C. de Co."; pues han resultado infringidas al considerar el Tribunal que los afiliados se identifican con la sociedad, confundiendo el patrimonio de éstos con el social. "Y digo que se ha operado la violación manifiesta y directa, por aplicación indebida e interpretación errónea" de las citadas disposiciones de los códigos civil, de comercio y de trabajo, porque "la sentencia confunde los servicios prestados a particulares con los que beneficiaban a la Cooperativa".

Se considera:

La Sala se ha abstenido de dar a conocer en toda su extensión los argumentos en que se funda el primer cargo como los que sustentan el segundo, porque basta su sola presentación para esti-

mar que no han sido formulados con sujeción a la ley.

En efecto: el primer cargo aduce tres motivos distintos de casación: violación directa, interpretación errónea y aplicación indebida de unas mismas disposiciones legales. Iguales son los motivos de ataque que informan el segundo cargo.

Hasta el cansancio la casación del trabajo ha venido diciendo que la violación de la ley sustancial por violación directa, por errónea interpretación y por aplicación indebida, configuran causales distintas, con fundamentos diversos, las cuales no pueden aducirse en forma simultánea sino independiente, y, que, por tanto, la Sala no puede estudiar los cargos sino cuando éstos se presentan con la separación que la ley ordena. En atención a que las doctrinas sobre el particular han sido numerosas, reiteradas y constantes, la Corporación no considera del caso dar a conocer los fundamentos de los tres motivos de casación aludidos, por lo cual, para el rechazo de los dos primeros cargos, se remite a lo que en ellas ha expresado.

Tercer cargo.—"Petición principal"

Violación de los artículos 22, 23, 24, 127, 186 a 192, 249, 306 y 65 del C.S.T., por aplicación indebida "ocasionada por error de hecho", al apreciar erradamente unas pruebas.

Como pruebas mal estimadas señala las declaraciones de Luis Galeano Restrepo, José María Zapata, Félix Arias Parra y Julio Pérez Monsalve, corrientes a folios 11 a 20 del expediente.

Las declaraciones demuestran, dice el recurrente:

Que Montoya no recibió el nombramiento para el cargo de Despachador de la Cooperativa; que no figura como trabajador en sus nóminas ni recibía órdenes de su Gerente sino del representante de la empresa Aranjuez-Lídice; que el Gerente de la sociedad demandada no podía suspenderlo ni despedirlo, aparte de que Montoya abandonaba el trabajo y colocaba a otras personas en su reemplazo; que los carros que despachaba no eran de propiedad de la Cooperativa sino de terceros; que éstos o los choferes respectivos le pagaban el salario; y que eran los dueños de los vehículos los que recibían el servicio del demandante, no la Cooperativa.

Contra lo que evidencian los testimonios —expresa el recurrente— la sentencia sostiene que Montoya prestaba servicios personales a la Cooperativa. Es errónea la afirmación, como también lo es la de que si persona distinta a la Cooperativa nombró a Montoya en el cargo, tal circunstancia es intrascendente, porque el contrato laboral surge de la relación de trabajo. El error es manifiesto porque se responsabiliza a la Cooperativa por hechos de terceros; que al trabajador lo nombre persona distinta del patrono, reciba de aquélla la remuneración y actúe bajo sus órdenes y se la tenga sin embargo como empleado de ese supuesto patrono, entraña errores e implica violación de la ley, porque se la aplica a hechos inexistentes.

SE CONSIDERA:

Toda la argumentación del recurrente tiende a demostrar que entre las partes no existió contrato de trabajo, por lo que, al admitirlo el Tribunal incurre en errores de hecho y quebranto consiguiente de las normas legales que el cargo cita.

Sobre el particular la sentencia hace estas consideraciones:

"El demandante Montoya, como despachador que era, prestaba un servicio personal, y ese servicio era en beneficio directo de la Cooperativa, entidad social que agrupaba diversos intereses particulares...".

"Dado el servicio personal en beneficio de la Cooperativa, se presume la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, según el artículo 24 del Código del Trabajo.

"No se destruye esa presunción por el hecho de que el salario de Montoya fuese pagado por los particulares afiliados. Es esencialmente errónea la tesis de que es patrono quien paga la remuneración. No. Es patrono quien se beneficia de un servicio personal prestado por otro", siendo accidental la forma o denominación que se adopte para el salario según el artículo 127 del C.S.T. "Así, ha de entenderse que cuando los afiliados pagaban un tanto a Montoya, diariamente, cumplían con un deber social fundamental: hacer un aporte al gremio... 'Hasta ese momento, se cumplía con el deber social y se pagaba el salario del trabajador común. Lo que se diese por encima de ese límite era voluntario, al margen de las obligaciones contractuales y ajeno a la relación laboral entre Montoya y la Cooperativa...".

"De otra parte, establecida la presunción, no hace falta demostrar la efectiva subordinación

de Montoya hacia la Cooperativa", pues aquella es ante todo una facultad, "o sea que su existencia radica en un terreno subjetivo"... "De otra parte, los testigos Félix Arias (fl. 17) y Manuel Antonio Angel C. (fl. 18 v.) afirman que Montoya recibía órdenes del Gerente de la Cooperativa en cuanto al modo de su trabajo como despachador.

"Que el nombramiento de Montoya fue hecho por persona distinta al Gerente de la Cooperativa", es cuestión intrascendente, pues no importa el origen del nombramiento para que surja el contrato laboral, pues para ello basta la relación de trabajo.

"Se ha creído encontrar un elemento de confusión en el hecho de que el demandante trabajara para una línea, Aranjuez-Lídice, donde en otro tiempo existió una empresa independiente", en la cual parece que empezó su servicio Montoya, pero en 1949 se unió esa empresa a la Cooperativa para explotar la misma línea y evitar el guerreo de los diversos carros. Producida la unión, los empleados fueron comunes y prestaron sus servicios en beneficio de la nueva entidad unida. Cuando se unieron las dos empresas acordaron un solo cuadradero y el mismo personal, dice el testigo Félix Arias Parra (fl. 18). Y el testigo Manuel Antonio Angel declara que después de la unión siguieron despachando carros de las dos empresas (fl. 19). "De ahí que todos los testigos afirmen, sin vacilación ni contradicciones, que Montoya trabajó al servicio de la Cooperativa como despachador, desde 1949 hasta su liquidación en 1957".

En otro de sus pasos dice la sentencia:

"Galeano, Arias y Angel, testigos que fueron compañeros de trabajo del demandante, afirman que éste trabajó al servicio de la entidad demandada desde julio de 1957, o sea la fecha en que se produjo la orden oficial de liquidación de la Cooperativa, hecho que ellos señalan como el determinante de la cesación del contrato. En cuanto al salario, todos dicen que era de $ 0.20 diarios por carro despachado, y que los carros en servicio variaban entre 30 y 40 (Arias), 35 y 40 (Angel) y 40 y 45 (Pérez). Es justo, entonces, deducir un jornal promedio de $ 12.00 diarios"...

Para el Tribunal, las declaraciones de Luis Galeano Restrepo, Félix Arias Parra y Manuel Antonio Angel C., prueban estos hechos: el servicio personal de Montoya a la Cooperativa y el salario y, además, las de los dos últimos, la subordinación del trabajador a la empresa.

Si bien la sentencia dá aplicación al artículo 24 del C.S.T., el cual establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, lo cierto es que, con base en la prueba testimonial citada, halla probados todos los elementos de esa figura jurídica.

Sostiene el impugnador que los testimonios de Galeano Restrepo, Arias, Zapata y Pérez, demuestran extremos contrarios a los que el fallador admite, por lo cual incurre en error de hecho en su estimación.

La Sala observa que el Tribunal no hace mérito del testimonio de Zapata, de manera que el reparo de que erró de hecho al estimarlo, es inatendible; anota asimismo que el recurrente no ataca la sentencia en cuanto toma en cuenta el testimonio de Manuel Antonio Angel, del cual se vale para sostener que en el proceso acreditó el actor los tres elementos integrantes de la relación laboral dependiente. Y sabido es que para desquiciar el fallo deben destruírse la totalidad de sus fundamentos, por lo cual, todo el que quede en pie, si es razonable, le sirve de soporte suficiente. Ello no obstante, la Sala examina, de las declaraciones que el Tribunal analiza, las rendidas por los testigos Galeano, Restrepo y Arias, Parra, a las cuales se refiere el recurrente.

Luis Galeano Restrepo (fls. 11 y 12). El testigo dice que es compañero de trabajo de Pompilio Montoya; que éste "trabajó al servicio de la Cooperativa de Transportes de Antioquia desde el año de cuarenta y nueve hasta ahora en junio o julio que liquidaron la empresa", como despachador de sus carros; que "ganaba treinta centavos por la despachada de cada carro y le pagaban los choferes"... "El señor Montoya despachaba en dos empresas, porque él fue colocado por la Flota Aranjuez-Lídice", la cual se unió a la Cooperativa desde el año de 1949. "Era orden del Gerente de las empresas que los choferes tenían que pagar treinta centavos".

Félix Arias Parra (fl. 17 y 18). Manifiesta el declarante que es compañero de trabajo de Montoya; que éste "fue despachador de los carros de la Cooperativa de transportadores de Antioquia y empezó a despachar allí desde junio o julio del cuarenta y nueve", época en que tal empresa se unió a Transportes Aranjuez-Lídice. "Los chofe-

res de ambas le pagaban al despachador Montoya treinta centavos por la despachada de cada carro diario", habiendo trabajado en la Cooperativa hasta su liquidación. "El Gerente o los Gerentes de ambas empresas le daban órdenes a Montoya, pero el Gerente de Transportes Antioquia no podía despedir a Montoya, pero sí podía dar la orden de que no le pagaran". Lo nombró para el cargo el gerente de Aranjuez de Lídice; en caso de que Montoya incurriera en faltas la Cooperativa no lo podía suspender sino poniéndose de acuerdo con el Gerente de la otra empresa. Aranjuez-Lídice se separó de la Cooperativa en 1947 hasta 1949 en que se volvieron a unir. Producida la unión los despachadores de las dos empresas eran los mismos. "Tanto el Gerente de la Cooperativa como el de Lídice impartían órdenes a los despachadores".

Lo que se deja transcrito de los dos testimonios sí demuestra lo que el fallador vio en ellos, esto es, el contrato de trabajo entre las partes. Carece, pues, de fundamento el error de hecho que el recurrente le atribuye.

Alega el impugnador que, como el salario no se lo pagaba al demandante la Cooperativa sino los choferes de los vehículos, tal circunstancia excluye la convención laboral entre las partes, pues si aquélla no realizaba la prestación, no asumió la calidad de patrono.

Sobre el punto la tesis del Tribunal es la de que, patrono no es quien paga el servicio sino quien lo recibe y que como de éste se benefició la Cooperativa, ostenta ella la referida condición. Sustenta el concepto en el artículo 127 del C.S.T. Se trata, como se ve, de interpretación del citado ordenamiento legal, de manera que si aquélla es desacertada, el cargo no resulta procedente por aplicación indebida del precepto a causa de error de hecho en la valoración de las pruebas, sino por motivo de casación distinto.

Si la acusación, en cuanto a la forma de pago del salario, es inestimable, por la razón anotada, la Sala debe rectificar el criterio del fallador. Es el artículo 22 del C.S.T. y no el 127 ibidem, el que define el vocablo "patrono" y lo hace (numeral 2º), en estos términos: "Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono...".

La definición de los dos vocablos no puede tomarse aisladamente sino en armonía con la que del contrato de trabajo contiene el numeral 1º de la norma citada. De ella resulta que trabajador es la persona natural que se obliga a prestar a otra, natural o jurídica, un servicio personal, bajo la continuada dependencia o remuneración de quien lo recibe, y patrono, el beneficiario del servicio dependiente, el cual asume la obligación de retribuirlo.

No basta, pues, a vista de la disposición legal, que una persona reciba de otra un servicio para que por ese solo hecho se convierta en patrono, como lo sostiene el ad-quem. Requiérese además, la concurrencia de estos dos requisitos: que el servicio sea prestado bajo la continuada dependencia o subordinación de quien lo recibe y que el beneficiario del mismo lo remunere. Si fuera suficiente la recepción del servicio, el prestado gratuitamente como el rendido por trabajadores independientes, le darían a su receptor el carácter de patrono, con las obligaciones que a esta calidad jurídica impone la ley del trabajo.

Aparte de que la tesis del Tribunal, juzgada a la luz de la previsión legal correspondiente, no es aceptable, resulta menos atendible analizada a través del precepto de que se vale (artículo 127 del C.S.T.), destinado a fijar, no el concepto de patrono, sino el de salario, de alcance y naturaleza bien distintos.

Fenómeno diferente es el de que pague el servicio un tercero y no su beneficiario. En tal caso, todo se reduce a investigar si el que ejecuta el acto lo hace por encargo del deudor, o sin su conocimiento o contra su voluntad, modalidades que contempla el Código Civil al regular el pago como medio de extinción de las obligaciones.

No resulta superfluo anotar que, en el caso de autos, el salario a los despachadores lo cubrían los choferes por disposición del Gerente de la empresa. Así lo afirma el testigo Galeano Restrepo. En igual sentido depone el testigo Manuel Antonio Angel. Dice éste en su declaración (fls. 19 y 20): "Los treinta centavos por despachada los pagan los choferes por orden de la Gerencia".

En el juicio de Julio Pérez Monsalve contra la Cooperativa de Transportes de Antioquia, dijo esta Sala, en la sentencia decisoria del recurso de casación, de fecha 14 de abril en curso, al examinar el mismo punto que en este proceso se contempla, lo siguiente:

"Sostiene el recurrente que siendo el salario elemento del contrato de trabajo y probado en el juicio que el del actor lo cubrían los choferes de los carros y no la Cooperativa, viola el fallo los artículos 22 y 23 del C.S.T. Para la Sala no es

aceptable el argumento, pues el encargo lo cumplían los choferes, como lo afirman los testigos, en ejecución de órdenes dadas por los Gerentes de las empresas. Si es obligación del patrono, al tenor de las normas legales citadas, pagar el salario al empleado, nada impide que el acto lo cumpla un tercero por encargo de aquél. A diferencia de lo que ocurre con el recibo del salario que, por mandato legal, debe entregarse al trabajador o a quien éste autorice por escrito (artículo 139 de la obra citada), el pago de la asignación al empleado puede hacerlo el patrono o un tercero, por encargo suyo o sin él, pues el pago es válido aunque se efectúe sin conocimiento y aun contra la voluntad del deudor (artículo 1.630 del C. C.)".

Alega el recurrente que, según los testigos, Montoya no recibió el nombramiento para el cargo de la Cooperativa sino de empresa distinta, y que, además no figuraba en la nómina de aquélla como su trabajador. Le sirve el argumento para sostener la inexistencia de la convención laboral entre las partes como resultado de error de hecho en la estimación de la prueba testifical.

En cuanto al primer punto para su rechazo basta transcribir de la sentencia antes citada, el siguiente aparte:

"El hecho de que los servicios hubieran sido contratados por el Gerente de la empresa Aranjuez-Lídice no desvirtúa el vínculo laboral con la Cooperativa. Importa la prestación real del servicio a esta última sociedad, no su contratación. A lo sumo podría verse en la modalidad la concurrencia de un intermediario y nada más. Hace mucho hincapié el recurrente en el detalle de que el nombramiento no lo recibió el actor de la Cooperativa, dando a entender que el contrato no podía perfeccionarse sin el lleno de tal requisito. En tal supuesto, el argumento es ineficaz, porque el contrato es consensual, para cuya formación y validez basta el consentimiento de las partes sin necesidad de ninguna otra formalidad".

El otro aspecto, esto es, el de que Montoya no figura como trabajador en las nóminas de la Cooperativa carece de significación. Se trata de cuestiones relacionadas con la contabilidad de la empresa, de interés para ella únicamente, que, por ser extrañas a la voluntad del trabajador, ni lo afectan ni lo benefician.

La otra prueba mal estimada por el Tribunal es la confesión del actor, tanto espontánea como provocada, pues en ambas admite el demandante hechos que desvirtúan el contrato de trabajo. Por tal motivo, afirma el recurrente, la sentencia interpreta erróneamente la ley. Observa la Sala que, formulado el cargo por aplicación indebida, a causa de error de hecho, esto es, por vía indirecta, la infracción de la ley no se produce por el concepto que al sustentarlo señala el impugnador. Se trata de motivos de casación distintos que, como ya se advirtió, deben presentarse separadamente.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

Cuarto cargo.—"Petición principal"

Violación directa de los artículos 67, 68 y 249 del C.S.T.

Se produjo el quebranto de las normas —dice el recurrente— porque habiéndose demostrado en el juicio la sustitución patronal, y no habiendo habido arreglo entre el sustituído y el sustituto, el contrato de trabajo no se ha suspendido ni se ha cancelado, por lo cual no puede darse aplicación al artículo 249.

Quinto cargo.—"Petición subsidiaria"

Violación de las normas legales que cita el cargo anterior por aplicación indebida, de manera indirecta.

En sustentación del cargo alega el impugnador que el Tribunal interpreta erróneamente la declaración del testigo Félix Arias (fls. 18) y la confesión del actor, contenida en la respuesta a la pregunta sexta del cuadro de posiciones. Agrega que el testimonio y la confesión prueban que el actor, al liquidarse la Cooperativa, continuó al servicio de Transportes Aranjuez-Lídice y Transportes Urbanos, quienes constituyeron una nueva empresa al desaparecer la entidad demandada; y que, subsistiendo el contrato de trabajo, no era procedente la condena que la sentencia impone a la Cooperativa.

Se considera:

La cuestión relativa a la sustitución patronal, la trata la sentencia en estos términos:

"También se pretende que no ha terminado el contrato de trabajo y que, simplemente, ocurrió una sustitución patronal. Basta pensar en esto: una persona moral que entra, por disposición oficial en liquidación, no puede ser sustituída por otra. La Cooperativa de Transportes de Antioquia fue liquidada y no es posible entonces que sea sustituída por otra. Lo que ocurre simplemente es que los carros afiliados a la Cooperativa, en parte, formaron otra empresa para seguir

trabajando en la misma línea. Pero obsérvese que ni los carros eran de la Cooperativa (cada afiliado conserva la propiedad de su vehículo), ni era de su pertenencia la ruta. Esta, la vía pública, no es susceptible de apropiación particular. Por consiguiente, el que otra persona explote la misma línea no indica que jurídicamente haya sustituído a la entidad liquidada. Esta nueva empresa, que afilia carros que no eran de propiedad de la antigua Cooperativa y que explota una línea que no era suya, no podría ser llamada a responder por las prestaciones de Montoya correspondientes a la época anterior".

La Sala observa:

Niega el Tribunal que en el juicio se haya operado la sustitución patronal. Por consiguiente si el fenómeno tuvo ocurrencia, la cuestión es de hecho, para cuya investigación se requiere el examen de las pruebas que la demuestren. Por tal motivo no es atendible el cuarto cargo por violación directa de las normas que relaciona.

En cuanto al ataque por violación indirecta, de que trata el quinto cargo, anota la Sala que el Tribunal, para negar la sustitución patronal, se basa en la consideración de que la Cooperativa, por disposición oficial, fue liquidada, y por tal motivo no ha podido ser sustituída por nuevo patrono.

Ahora bien: para hacer la anterior afirmación la sentencia toma en cuenta el certificado expedido por el Ministerio del Trabajo (f. 15 v.), según el cual, por resolución de 12 de julio de 1957 decretó la disolución y liquidación de la Cooperativa, nombrando como liquidador al doctor Tobías Alvarez C.

No ataca el recurrente, la decisión en su verdadero fundamento ni la estimación de la prueba de que hace mérito, razón suficiente para mantenerla. Por lo demás, no es desacertado el concepto del Tribunal, pues la sustitución patronal requiere, entre otros requisitos, el cambio de un patrono por otro (artículo 67 del CST.), y si la Cooperativa realmente desapareció, no por haberse ordenado su liquidación, pues tal medida apenas tiene el mérito de iniciarla, sino porque en el hecho suspendió sus actividades, como resulta de las dos pruebas a que el impugnador se refiere, no se configura la sustitución patronal por falta de uno de los términos de la relación. De otro lado, aun aceptando que la sustitución tuvo lugar, sin demostrar que el sustituto cubrió las obligaciones que el acto reclama en el juicio a la Cooperativa, el ataque resulta ineficaz, ya que a la vista de lo que dispone el artículo 69 ibidem, el antiguo y el nuevo patrono responden solidariamente de las deudas en favor del empleado que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél.

Por lo expuesto, no se reciben los cargos cuarto y quinto.

Sexto cargo. "Petición subsidiaria".

Violación indirecta del artículo 65 del CST. por apreciación errónea de las pruebas analizadas en los cargos anteriores.

Dice el recurrente, al sustentar la acusación, que tales pruebas siembran justa duda en cuanto a la existencia del contrato, por lo cual la oposición de la parte demandada estuvo dirigida por la buena fe. "Y por ende, no se justifica la condena a la indemnización por la mora".

Séptimo cargo. "Petición subsidiaria".

Violación directa del artículo 65 del CST. porque la norma ordena al patrono, cuando no hay acuerdo entre las partes, que consigne lo que considere deber, y si con razones válidas estima que no debe, no lo obliga la disposición. La Cooperativa, ha negado el contrato de buena fe y en el supuesto de que aquél haya tenido existencia, también podía negarse a consignar, pues ha entendido que el contrato no se ha suspendido ni ha terminado, por virtud de la sustitución patronal.

Acerca de la aplicación del artículo 65, dice la sentencia:

"No se advierte que la Cooperativa hubiese tenido oportunidad de pagar las prestaciones del demandante al momento de la desvinculación. Esa oportunidad sólo vino a crearse con la demanda, el 30 de enero de 1958, de manera que la indemnización por mora (artículo 65) sólo debe contarse desde esa fecha, a razón del salario de un día y hasta que se verifique el pago".

Se considera:

No son atendibles las razones que sustentan el último cargo, por violación directa de la disposición legal citada. La sola creencia de que el patrono ha obrado de buena fe al negar el contrato de trabajo, no lo exime de la sanción del

precepto. Para tal fin la jurisprudencia exige que la buena fe aparezca de las pruebas del proceso. Por tanto, para saber si obró en tal forma, es necesario que así resulte de los medios probatorios aducidos al juicio, y dentro del concepto de infracción directa de la ley no es pertinente ninguna actividad al respecto.

Por lo que hace al sexto cargo, el cual acusa infracción indirecta de la misma norma legal, el impugnador se limita a decir que las pruebas del proceso siembran justa duda sobre la existencia del contrato de trabajo, de donde deduce que la Cooperativa al negarlo, obró de buena fe.

Observa la Sala: según los testimonios que analiza la sentencia, las partes estuvieron vinculadas por contrato de trabajo de julio de 1949 a julio de 1957. La Cooperativa, en la respuesta a la demanda inicial lo niega, diciendo que el actor fue trabajador de otras empresas, que no fue ella quien contrató sus servicios y que el salario se lo pagaban los choferes de los vehículos. Ninguna de esas razones son valederas, según el examen que de ellas se ha hecho en otros pasajes del presente fallo. Los testigos dicen, es cierto, que Montoya le prestó servicios a Transportes Aranjuez-Lídice pero también a la Cooperativa. El hecho no tiene el efecto de eliminar el contrato con la entidad demandada, pues como bien lo observa el fallo de primer grado, Montoya prestó sus servicios bajo la dependencia de los Gerentes de las dos empresas. "Ahora, agrega el Juzgado a-quo, la circunstancia de que también despachara el demandante vehículos de otra empresa no le resta a la relación del demandante con la Cooperativa el carácter contractual laboral, de conformidad con lo estatuido por el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo".

Por lo expuesto, no se recibe el cargo.

La Sala debe rectificar la interpretación que hace el Tribunal del artículo 65 del estatuto del trabajo. A juicio de aquél, la sanción allí establecida rige desde la presentación de la demanda, no desde que el contrato termina, como lo previene la citada disposición de modo expreso y claro, si al tiempo de la expiración existen obligaciones insolutas en favor del trabajador por salarios y prestaciones sociales, sin mediar los casos de retención de que habla el precepto, y sin que, por otra parte haga el patrono la consignación en favor del empleado de la suma que confiese deberle, en el evento de que no haya acuerdo sobre el monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, como lo prescribe el numeral 2º de la norma.

La fecha para el imperio de la norma la hace depender el fallador de un supuesto que ella no contempla, variable en cada caso, lo que trae por consecuencia, en la práctica, la desigualdad en su aplicación, contra el principio democrático de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, en el cual se inspira la Carta Política en su tratado sobre derechos civiles y garantías sociales, reiterado, por lo que hace a los trabajadores, en el artículo 14 del Código del ramo.

En vista de que la demanda de casación le ha permitido a la Sala rectificar conceptos equivocados del fallador, no es el caso de condenar en costas a la parte recurrente, según el criterio de la Sala sobre el particular.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín. Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto De Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INEFICAZ ACUSACION CONTRA LA SENTENCIA QUE CONDENO A UNA COOPERATIVA DE TRANSPORTES A PAGAR A UN TRABAJADOR SUYO VARIAS PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES QUE RECLAMABA

El artículo 65 del Código del Trabajo fija con precisión la fecha inicial de la mora: la de la terminación del contrato. No la subordina el precepto al acaecimiento de la presentación de la respectiva demanda del trabajador, supuesto este que, aparte de no estar previsto en la norma, es variable en cada caso, y trae como consecuencia, en la práctica, la desigualdad en su aplicación, contra el principio democrático de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, en la cual se inspira la Carta Política en su título sobre derechos civiles y garantías sociales, reiterado, por lo que hace a los trabajadores, en el artículo 14 del Código del ramo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E. diecisiete de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Gustavo Ríos, por medio de apoderado, demandó, por la vía ordinaria laboral, a la Cooperativa de Transportes de Antioquia, sociedad de responsabilidad limitada, en liquidación, para que, con audiencia de sus liquidadores, se la condene por sentencia a reconocerle y pagarle las sumas de dinero que en el juicio se acrediten, por estos conceptos: cesantía, vacaciones, primas de servicio, indemnización por lucro cesante, remuneración por trabajo en domingos y demás días feriados, aumento del salario, indemnización moratoria y costas del juicio. En subsidio de la condena por lucro cesante, solicita la de pago del preaviso.

La demanda enuncia, en síntesis, estos hechos: Gustavo Ríos prestó servicios personales a la empresa Transportes Aranjuez-Berlín, desde el 18 de enero de 1940 hasta febrero de 1947, y desde esta fecha hasta el 3 de septiembre de 1957, a la Cooperativa de Transportes de Antioquia Limitada, la cual sustituyó a la anterior, representadas ambas por Pedro Luis Villa como Gerente; el contrato fue acordado verbalmente y por tiempo indefinido, habiendo desempeñado el cargo de despachador de buses de las dos empresas bajo la dependencia de sus representantes; el salario convenido fue el de $ 0,50 diarios por el despacho de cada vehículo, habiendo devengado, en promedio, una asignación de $ 15,00 al día; la jornada de trabajo era de seis de la mañana a seis de la tarde, incluyendo domingos y demás días festivos, sin recibir salario doble ni descanso compensatorio, ni los aumentos ordenados por decretos del Gobierno. El actor fue despedido sin justa causa y previo aviso el 3 de septiembre de 1957: no disfrutó de vacaciones y no le fueron cubiertas sus prestaciones sociales al terminar el contrato.

En derecho la demanda se funda en las leyes 10ª de 1934, 6ª de 1945 y 65 de 1946; en las normas pertinentes del Código del Trabajo y en las de los decretos 1160 de 1947, 2127 de 1945, 3871 de 1949, 70 y 71 de 1950, 616 y 617 de 1954 y 118 de 1957.

La Cooperativa niega el contrato de trabajo en la respuesta a la demanda y propuso estas excepciones: pago, prescripción, petición antes de tiempo y de modo indebido, inepta demanda, ilegitimidad sustantiva y adjetiva de la parte demandada, y la que denomina genérica.

Surtido el trámite de rigor, decidió la litis, en primera instancia, el Juzgado 2º del Trabajo de Medellín, por sentencia de fecha 14 de agosto de 1958. Su parte resolutiva condenó a la Cooperativa a pagarle a Gustavo Ríos (numeral 1º), lo siguiente: a) $ 4.701.76 por cesantía; b) $ 600.oo como compensación en dinero por vacaciones no disfrutadas; c) $ 995,oo por primas de servicio; d) $ 2.430,oo como remuneración por descansos en domingos y festivos nacionales y religiosos; e) $ 10,oo diarios, desde el 10 de marzo de 1958 hasta el pago del valor de las condenas anteriores, a título de indemnización moratoria; y f) $ 1.000,oo en que fija el valor de las costas. Absuelve a la Cooperativa de los demás cargos (numeral 2º) y declara probada, parcialmente, la excepción respecto de vacaciones, primas de servicio, remuneración por descanso en domingos y demás días feriados, y no probadas las demás.

Apelaron ambas partes. Tramitada la relación de apelación, fue resuelta por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín por sentencia de 19 de septiembre de 1958. La resolución confirma la de primer grado, con la reforma de que las sumas a pagar son: a) $ 4.297,oo por cesantía; b) $ 270,oo por vacaciones; c) $ 675,oo por primas de servicio; d) $ 648,oo por descanso remunerado en domingos y festivos; y e) "$ 9,oo diarios por mora, desde el 6 de marzo de 1958 hasta que se verifique el pago de lo anterior".

Interpuso el recurso de casación la parte demandada, que le fue concedido, por lo cual se remitieron los autos a esta Superioridad. Preparado aquí el recurso debidamente, la Corte pasa a decidirlo.

La demanda de casación.

Solicita el **petitum** que la Corte revoque la sentencia del Tribunal y, en su lugar absuelva a la Cooperativa de todos los cargos y, en subsidio, que la sentencia se infirme parcialmente, librando a dicha entidad de la condena al pago de la indemnización por mora.

Formula cinco cargos, que la Sala examina a continuación.

Conviene advertir de una vez que, del extenso alegato que sustenta el recurso, la Sala sólo tomará en cuenta los pasajes que contengan acusaciones contra la sentencia recurrida, prescindiendo de las alegaciones de instancia.

Por el desarrollo de los cargos se advierte que el recurso invoca la causal primera de casación.

Primer cargo. "Petición principal".

Violación de los artículos 22, 23, 24, 186, 189, 249, 306, 65 y 127 del CST., los decretos 617 de 1954, 118 de 1957 y 243 de 1951, por dos motivos, que deben considerarse separadamente así:

a) Violación directa de dichas normas y la del artículo 2070, inciso 2º del C. C., por ser extrañas a los hechos demostrados por las partes, e igualmente, las de los artículos 25, 27, 28 y 29 ibidem.

En sustentación del cargo dice el impugnador:

Suponer —como lo hace la sentencia— sin base probatoria, que los servicios prestados a los carros de los afiliados fueron en beneficio de la Cooperativa, es fallar sobre algo inexistente, pues aquélla no los recibió ni los remuneró. Según el artículo 22 del CST. quien recibe el servicio y lo retribuye se llama patrono, pero según la sentencia, no es acertado el criterio de que patrono es quien paga salario, pues lo esencial es el servicio subordinado, siendo accesorio lo demás.

Reducir los elementos del contrato de trabajo, de tres, que son los señalados en el artículo 23 del CST. a uno solo —la subordinación— como lo hace la sentencia, implica violación de esa norma. La falta de cualquiera de ellos conduce a la inexistencia del contrato, e implica a la vez, "desvirtuación de la presunción establecida en el artículo 24 ibidem". Es ostensible el yerro del Tribunal cuando dice que una persona natural o jurídica puede recibir un servicio y otra remunerarlo, sin que desaparezca la relación laboral. Nadie puede decir que la Cooperativa remuneró a Ríos, pues todos los testigos afirman "que recibió de a $ 0,50 por cada carro", hecho que además reconoce la demanda y acepta la Cooperativa.

b) Violación de los artículos del Código del Trabajo, citados en el punto a), por errónea interpretación.

Dice el recurrente al sustentar el cargo que son valederos los argumentos ya expuestos, "porque el yerro se originó en considerar que no son tres los elementos esenciales del contrato de trabajo, sino uno solo de ellos". "El error se origina en considerar escuetamente el artículo 24 del CST., con prescindencia de las demás normas. En creer que no contraprobó contra tal presunción, al admitirse, como se ha admitido, que no se pagaba a Ríos con fondos de la Cooperativa". Si no recibió servicios, nada tenía que retribuir; si

otro pagó la retribución, no lo hizo por la Cooperativa ni a su nombre. "Y, por ello, no implica salario. De allí que se viole el contenido del artículo 127 del C.S. del T.".

Se considera

1.—Violación directa.

Es defectuosa la acusación por este motivo, pues si el actor le prestó servicios a los afiliados o dueños de los vehículos y no a la Cooperativa, la veracidad o inexactitud de la afirmación sitúa el ataque en plano distinto al de infracción directa de la ley.

Con todo, anota la Sala que, para el Tribunal, no fue a los afiliados a la Cooperativa a quienes prestó servicios el demandante, sino a dicha entidad, hecho que encuentra acreditado con los testimonios de Luis Galeano Restrepo (f. 13), Félix Arias Parra (f. 19), Pompilio Montoya (f. 20) y Manuel Antonio Angel C. (f. 21 v.).

El servicio a los dueños de los carros lo deduce el recurrente de la circunstancia de que eran los choferes quienes pagaban la remuneración al actor, como lo afirman los referidos testimonios. Sobre el punto dice la sentencia:

"Entiende la parte demandada que el contrato de trabajo existía con los choferes o dueños de los vehículos, por ser éstos quienes entregaban a Ríos su remuneración. Dígase de una vez que no es acertado el criterio que pretende encontrar el patrono en quien paga el salario. Lo esencial es el servicio subordinado de una persona a otra. Lo demás es accesorio. Inclusive la vía por la cual venga al trabajador la remuneración. De otra parte, los propietarios de vehículos, integrantes de la entidad gremial, social, llamada Cooperativa, estaban obligados a un aporte periódico para sostener al ser común o social. Desde este punto de vista el suministro que hacían al despachador era el modo simplemente mecánico de que se valía la propia Cooperativa para pagar el salario; en vez de recaudar esos dineros para luego trasladarlos al trabajador, permitía que sus socios o afiliados lo hicieran directamente. No sobra advertir que el servicio de Ríos era en beneficio de la Cooperativa, entidad social que al agrupar diversos intereses individuales, creaba un interés común, y no de los individuos integrantes de ella..." "En ese terreno común se daba el servicio de Ríos..." "No podía el despachador estar al servicio de uno o varios de los individuos afiliados... sino de todos", "es decir, de la comunidad o gremio por ellos formada".

Lo que en el párrafo inserto estudia el Tribunal no es propiamente la subordinación sino la forma de pago del salario, de manera que el concepto que emite sobre aquélla debe entenderse en relación con la cuestión que examina. Por lo demás, el concepto de que lo esencial en el contrato de trabajo es la subordinación, más exactamente "el servicio personal remunerado", que es a lo que la sentencia se refiere, no implica violación directa del artículo 23 del CST., como lo sostiene el recurrente. De ser equivocado podría conducir a errónea interpretación del ordenamiento. Para la Sala no resulta desacertado el juicio del sentenciador, pues no obstante que el precepto le da el calificativo de esenciales a los tres elementos que señala como integrantes de la relación de trabajo, la verdad es que de ellos sólo la subordinación admite, con propiedad, la calificación legislativa. Ello es así, porque no sólo en el contrato laboral hay servicio personal, pues éste se da también en el contrato de obra, en el mandato y otras figuras afines, y la subordinación sólo en el de trabajo. Por lo que hace al salario, la remuneración como contraprestación de una labor se presenta en la prestación de servicios de trabajadores independientes, aparte de que la propia ley del trabajo (artículo 144) acepta el contrato de trabajo sin estipulación sobre salario, lo cual lleva a la conclusión de que no tiene este elemento el carácter que le asigna el artículo 23 en cita. Si lo ostentara, la ausencia del salario conduciría a la consecuencia que señala el artículo 1501 del Código Civil.

De otro lado, según la sentencia, en el juicio el actor demostró los tres elementos constitutivos del contrato laboral con las cuatro declaraciones de testigos obrantes en autos. Todos ellos afirman que Ríos prestó servicios personales a la Cooperativa, bajo la dependencia de su representante. Con relación al salario, expone la sentencia:

"Están acordes los testigos en indicar que Ríos ganaba $ 0,50 por cada carro en línea y diariamente. Dice Galeano que la Cooperativa tenía afiliados, después de 1954, 17 o 18 carros; Arias, que 15 o 20; Montoya, que 15 o 20; y Angel Castaño señala un mínimo de 20. Parece justo tomar un promedio, del que resulta un jornal de $ 9,00.

"Definidos los factores de tiempo y salario, el auxilio de cesantía (artículo 249 del Código) asciende a $ 4.297.00".

Como se ve, para el Tribunal, en el proceso acreditó Gustavo Ríos la concurrencia de los tres requisitos que el estatuto del trabajo (artículo 23) exige para la existencia de la convención laboral.

II.—Errónea interpretación.

La deriva el recurrente de que para el Tribunal no son tres los elementos del contrato de trabajo, sino uno solo: la subordinación.

Que la errónea interpretación de dicha norma se debe a que el Tribunal considera escuetamente el artículo 24 ibidem, prescindiendo de lo que prescriben el 22 y el 23, y en el hecho de creer que en el juicio se adujeron pruebas contra la presunción establecida en el 24, son afirmaciones extrañas al contenido de la sentencia. El contrato de trabajo, en todos sus elementos, son hechos que para el fallador acreditan las cuatro declaraciones de que se ha hecho mérito. Por tal motivo no tuvo necesidad de acudir a la presunción del artículo 24, al cual no le da aplicación. Hace derivar el autor del recurso la errónea interpretación del artículo 127 del CST. del hecho de que en el juicio no se acreditó el salario. Se ha visto que la afirmación es inexacta, pero aún siéndolo, no se trataría de quebranto de la ley por el concepto expresado sino por motivo distinto.

Sostiene el recurrente que a causa de la infracción de los artículos 25, 27, 28 y 29 del C. C., viola la sentencia el 22, 23 y 24 del CST. La acusación no es atendible, porque ni el fallador desconoce las reglas de interpretación de la ley contenidas en las citadas normas del Código Civil ni tiener ellas incidencia en la decisión, ya que ninguno de los referidos preceptos ni los mencionados de la ley laboral consagran derechos que la sentencia reconozca, no siendo el caso.

No da razón alguna el recurrente para demostrar la violación de los decretos 617 de 1954, 118 de 1957 y 243 de 1951, aparte de que la acusación no es de recibo por quebranto de todas las normas de un estatuto, pues entre los requisitos de la demanda de casación figura el de que el cargo debe especificar o individualizar el precepto legal sustantivo, de orden nacional, que estime infringido (artículo 90 del C. P. L.). exigencia que no queda satisfecha citando en bloque todo un cuerpo de leyes.

De la violación por el Tribunal del artículo 2070, inciso 2º del C. C., de modo directo, deduce el recurrente la de los artículos 22 y 23 del CST., y la funda en que aquél supone que los dueños de vehículos, que no eran de propiedad de la Cooperativa, comprometían la responsabilidad de ésta. Sobre el punto la sentencia emite este concepto, que la Sala halla acertado:

"Que la Cooperativa no era propietaria de vehículos, es otro de los argumentos esbozados por la parte demandada. No importa, pues el gremio no se constituía por la aportación de los vehículos mismos, sino por la unidad de intereses para evitar conflictos internos y para asegurar, también frente a las autoridades, una prestación armónica y ordenada del servicio de pasajeros".

Del párrafo anterior no resulta que la sentencia haga la suposición de que habla el impugnador. Al contrario, acepta que la Cooperativa no era dueña de los carros a ella afiliados, de lo cual no se deduce que por tal causa ninguna obligación asumió al recibir servicios personales del actor.

Por todo lo expuesto, no prospera el primer cargo.

Segundo cargo. "Petición principal".

Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 22, 23, 24, 65, 127,186,249 y 306 del CST., a causa de error de hecho, porque dejaron de apreciarse o se estimaron equivocadamente algunas pruebas.

Las pruebas no apreciadas o estimadas "en sentido totalmente contrario al que tienen", son las siguientes: las declaraciones de los testigos Luis G. Restrepo, Félix Arias Parra, Pompilio Montoya y Manuel Antonio Angel y la confesión del actor en la demanda.

De las pruebas se deducen estos hechos —dice el recurrente—:

Que la Cooperativa no recibió el servicio prestado por los despachadores, sino los dueños de los vehículos; que a aquéllos le pagaban el salario los choferes y no la Cooperativa; que el propietario de cada vehículo, sin intervención de la nombrada entidad, liquidaba el producido del carro, pagaba al chofer y sufragaba los demás gastos; que además de la suma de $ 0,50 por carro y por día, al despachador le daban los choferes sumas mayores, sin que el Gerente de la empresa pudiera impedirlo; que el salario del actor oscilaba entre $ 5,50 y $ 9.00 al día. Luego las pruebas demuestran la inexistencia del contrato de trabajo por falta de dos de sus elementos: el servicio personal y el salario. Interpretar como salario lo

que pagaban otros, es violar el artículo 127 del CST., y darle aplicación a los artículos 22 y 23 ibidem, envuelve su quebranto "por error manifiesto en la apreciación de la prueba".

Se considera:

Ninguno de los testigos que cita el recurrente dice que el demandante Ríos no le prestó servicios a la Cooperativa sino a los dueños de los vehículos. Todos afirman que fue trabajador de la entidad demandada. Los apartes que de las declaraciones transcribe el cargo no expresan lo que el recurrente afirma, sino hechos distintos.

Expresan los declarantes:

Luis Galeano Restrepo (f. 18): Ríos trabajó al servicio de la Cooperativa, que en un principio se llamaba "Aranjuez-Berlín", como despachador, nombrado por su Gerente, Pedro Luis Villa.

Félix Arias Parra (f. 19): Trabajó en la Cooperativa desde el año de 1949; cuando el testigo empezó a trabajar a su servicio "Gustavo Ríos ya era despachador en la Cooperativa". Ríos "despachaba en la Cooperativa en Aranjuez y yo en Aranjuez-Lídice"; el demandante trabajó ocho o nueve años en Bermejal como despachador de la Cooperativa, hasta su liquidación.

Pompilio Montoya (f. 20): Trabajó al servicio de la Cooperativa desde el año de 1949 en que se unió con Transportes Aranjuez-Lídice. "Cuando yo entré a la Cooperativa ya estaba trabajando en ella Gustavo Ríos, pues él empezó en el año de 1940 al servicio de Transportes Aranjuez Berlín hasta el año de 1947 en que se fundó la Cooperativa con los mismos carros y los mismos socios de la anterior", hasta la liquidación de la entidad demandada.

Manuel Antonio Angel C. (fl. 21 v.). "Yo trabajé como despachador de carros de la Cooperativa desde 1948". Estaba de ayudante en esa época cuando el demandante "entró a despachar carros de la Cooperativa" y presenció órdenes de su Gerente, Pedro Luis Villa, para aquél.

Según el cargo, los testimonios demuestran también estos hechos, que la sentencia desconoce:

a) Que el salario al trabajador lo pagaban los choferes y no la Cooperativa.

La Sala observa que el hecho no tiene el alcance que le asigna el recurrente, según el análisis que de él hizo al estudiar el primer cargo. Además, es punto definido por la Sala en la sentencia de fecha 14 de abril en curso, proferida en el juicio que contra la misma entidad demandada en este pleito adelantó el señor Julio Pérez Monsalve, en estos términos:

"Sostiene el recurrente que siendo el salario elemento del contrato de trabajo y probado en el juicio que el del actor lo cubrían los choferes de los carros y no la Cooperativa, viola el fallo los artículos 22 y 23 del C.S.T. Para la Sala no es aceptable el argumento, pues el encargo lo cumplían los choferes, como lo afirman los testigos, en ejecución de órdenes dadas por los Gerentes de las empresas. Si es obligación del patrono, al tenor de las normas legales citadas, pagar el salario al empleado, nada impide que el acto lo cumpla un tercero por encargo de aquél. A diferencia de lo que ocurre con el recibo del salario que, por mandato legal, debe entregarse al trabajador o a quien éste autorice por escrito (artículo 139 de la obra citada), el pago de la asignación al empleado puede hacerlo el patrono o un tercero, por encargo suyo o sin él, pues el pago es válido aunque se efectúe sin conocimiento y aún contra la voluntad del deudor (artículo 1.630 del C. C.)".

b)—Que el propietario del vehículo, sin intervención de la Cooperativa, liquidaba su producido, pagaba el chofer y realizaba los demás gastos.

Si la misión de la Cooperativa era coordinar los intereses de los afiliados para una mejor prestación del servicio y llevar su representación ante las autoridades del tránsito, como lo expresa el fallador, ninguna influencia tiene el hecho de que se trata en las relaciones jurídicas entre el actor y la entidad demandada.

c)—Que los despachadores recibían de los choferes además de la suma de $ 0.50 por carro y por día, por concepto de salarios, sumas mayores, sin que la Cooperativa pudiera impedirlo.

Sobre el punto la Sala acoge este concepto del fallador, que estima acertado:

"¿Niega el hecho la existencia del contrato de trabajo? No, pues permanece el dato esencial: había un mínimo inmodificable que cada chofer debía entregar al despachador, y en ese mínimo estaba el salario. El sobreprecio —entrega voluntaria— en nada afectaba el vínculo laboral entre las partes. Era una especie de propina, que no constituye salario".

d)—Que si el salario del empleado era la suma de $ 0.50 diarios por el despacho de cada carro y los de la Cooperativa sólo eran 17 o 18, la re-

muneración en favor de Ríos era de $ 5.50 a $ 9.00.

Las operaciones aritméticas no abonan la tesis del recurrente, pues tomando como número de vehículos atendidos por el actor, el más bajo (17) su multiplicación por $ 0.50 no da $ 5.50 sino $ 8.50. Con base en las declaraciones de los cuatro testigos ya citados, la sentencia toma un promedio de 18 vehículos despachados diariamente por el actor, lo que dá un guarismo de $ 9.00 que es el que fija la sentencia.

Por lo expuesto, no se recibe el cargo.

Tercer cargo.—"Petición principal"

Violación indirecta de los artículos 67 y 68 del C.S.T., por falta de apreciación de pruebas, o "por haberlas aplicado en sentido contrario del que ellas expresan".

Sostiene el recurrente que, según la sentencia, la entidad demandada, de 1940 a 1947, se llamaba Aranjuez-Berlín, y de 1947 en adelante, Cooperativa de Transportes de Antioquia, habiéndose operado un simple cambio de nombre y no una sustitución patronal, por lo cual la segunda debe responder de las obligaciones del actor desde 1940, fecha en que se iniciaron sus servicios. Agrega que en el juicio tuvo lugar una sustitución patronal, pues la Cooperativa fue reemplazada por Transportes Urbanos, a la cual continuó prestando sus servicios Gustavo Ríos, hecho que resulta acreditado con el certificado de la Dirección de Tránsito (fl. 12) y con las declaraciones de Restrepo (fl. 13) y Montoya (fl. 20); que habiéndose operado tal sustitución, el contrato con Ríos está vigente, por lo cual no era procedente la condena contra la Cooperativa, pues las pruebas mencionadas acreditan la excepción de petición antes de tiempo o de modo indebido.

Se considera:

El artículo 67 del C.S.T. define la sustitución patronal y el 68 ibidem le señala estos efectos: la sustitución no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes.

La proposición jurídica resulta incompleta, pues si Transportes Urbanos sustituyó a la Cooperativa y el actor continuó al servicio de la primera, subsistiendo el contrato laboral con ella, no pudiendo por tanto la Cooperativa responder de obligaciones emanadas de un contrato todavía vigente, han debido acusarse las normas que el Tribunal aplica en la sentencia, reguladoras de los derechos que en ella reconoce al demandante.

El cargo no es, pues, de recibo.

Cuarto cargo.— "Petición subsidiaria"

Violación directa del artículo 65, en cuanto la sentencia, con base en él, condena a la Cooperativa a la indemnización por mora.

Son dos las razones —dice el recurrente— "que separadamente formulo, dentro de este mismo cargo, para que sean consideradas independientemente", a saber:

1.—Se produjo la infracción directa, por acción desacertada del Tribunal, pues aplicó la norma con error jurídico, dándole un alcance y significado que no puede tener. Cuando se niega la existencia del contrato no hay obligación de consignar, ni hay duda alguna de parte del patrono sobre existencia de deudas a su cargo, que sólo viene a despejar el fallo de última instancia. Por tanto, decir "que se condena desde el momento de la ruptura de las relaciones existentes, o desde el momento de la contestación de la demanda, entraña desconocimiento del sentido jurídico de la disposición, y la aplicación, un error manifiesto y definitivo, porque aplica una disposición a un caso en el cual no obliga". "La aplicación indebida de la disposición —prosigue el recurrente— opera, bien se considere que no existió, con razones válidas", el contrato de trabajo, o que con las mismas razones se considere que existió una sustitución patronal.

2.—Incurre la sentencia en interpretación errónea del precepto, por haberlo aplicado al caso con error jurídico "en el alcance y significado estricto de la disposición legal dicha".

Dice el recurrente que la obligación de depositar surge cuando el contrato de trabajo es claro, pero negándose éste, "con serias razones, mal puede confesar deber siquiera una ínfima cantidad". Y no confesándose la deuda, la obligación de consignar es imposible.

"En ambos casos de violación directa, se evidencia la buena fe de la Cooperativa" la cual se funda en el hecho de que "no ha erogado jamás suma alguna para pagar a Gustavo Ríos", y en el de no haber considerado que éste le haya prestado el más mínimo servicio.

Quinto cargo.—"Petición subsidiaria"

Violación indirecta, por aplicación indebida,

del artículo 65 del C.S.T., a causa de un error, "por falta de apreciación de pruebas, o por haberles dado un sentido diverso al que ellas tienen".

Las pruebas son las mismas que relacionan los cargos segundo y tercero, en cuanto acreditan estos hechos: que el actor no le prestó servicios a la Cooperativa, sino a los dueños de los carros, y que estos fueron quienes pagaron al demandante la correspondiente remuneración. El desconocimiento de esos hechos llevó al Tribunal al quebranto de la norma. Parece ser éste el pensamiento del impugnador.

Con referencia al cuarto cargo, considera la Corte:

El aparte destinado a demostrar la violación directa del artículo 65, incluye otro motivo de infracción directa por aplicación indebida. Como se trata de causales de casación distintas, cuyos fundamentos no son iguales, la acusación adolece de defectos de orden técnico en su presentación y, por tal motivo, se rechaza.

El ataque por interpretación errónea de la misma norma, carece de fundamento. Según el recurrente, la Cooperativa obró de buena fe, porque en el juicio ha sostenido que no recibió servicio alguno del demandante y, además, que no fue ella quien lo remuneró.

La Sala observa que la defensa, fundada en tales consideraciones, no tuvo demostración en el juicio, pues el hecho probado en éste fue el servicio personal subordinado del demandante Ríos a la Cooperativa e igualmente que el salario lo cubrían los choferes cumpliendo órdenes de su Gerente, como lo expresan los testigos Pompilio Montoya (f. 20 v.) y Manuel Antonio Angel (f. 21 v.). Por lo demás, la sentencia, en cuanto aplica al caso debatido el artículo 65 en cita con base en que la Cooperativa no le pagó al actor obligaciones insolutas a su cargo emanadas de un contrato de trabajo debidamente establecido en el juicio, no implica interpretación errónea del precepto.

En cuanto a la indemnización por mora, dice el fallador:

"Dada la situación de la entidad demandada al momento de terminar el contrato, por su disolución, se hace evidente que no tuvo oportunidad de pagar las prestaciones debidas. Ha dicho esta Sala que la indemnización por mora —basada en el no pago— requiere la demostración de que efectivamente existió la oportunidad de pagar en cierto momento, que puede coincidir con la desvinculación o ser posterior. Porque no es justo sancionar por el no pago a quien no ha podido pagar. Tal oportunidad no existe, por ejemplo, en el evento de abandono del puesto por el trabajador, o cuando se produce una situación anómala dentro de la empresa que impide el desarrollo normal de actividades o cuando el trabajador mismo retirado retiene los libros o documentos sobre que ha de basarse el pago. Para la Cooperativa esa oportunidad vino a existir con la notificación de la demanda y desde allí se contará la indemnización por mora".

Aunque por la razón que expone el recurrente, el cargo no es viable, es errónea la tesis del Tribunal, y la Sala, por vía de doctrina, debe rectificarla.

El artículo 65 del C. del T. fija con precisión la fecha inicial de la mora: la de terminación del contrato. No la subordina el precepto al acaecimiento de hechos como los que, por vía de ejemplo, enumera la sentencia. Con referencia al sentido que para el fallador tiene el indicado precepto, esta Sala reitera lo que sobre el particular expuso en la sentencia de fecha 15 de abril en curso, proferida en el juicio de Pompilio Montoya Pérez contra la entidad demandada en el presente juicio, en estos términos:

"La fecha para el imperio de la norma la hace depender el fallador de un supuesto que ella no contempla, variable en cada caso, lo que trae por consecuencia, en la práctica, la desigualdad en su aplicación contra el principio democrático de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, en el cual se inspira la Carta Política en su tratado sobre derechos civiles y garantías sociales reiterado, por lo que hace a los trabajadores, en el artículo 14 del Código del ramo".

No es atendible la acusación de que trata el quinto cargo. El error de hecho que se imputa a la sentencia con el fundamento de que al estimar la prueba testimonial no vió en ella que el servicio del demandante no fue prestado a la Cooperativa sino a los dueños de los vehículos y

que éstos y no aquélla pagaron el salario al demandante, son extremos analizados al examinar los cargos primero y segundo y a lo en ellos expuesto se remite la Sala.

En vista de que la demanda de casación le ha permitido a la Sala corregir apreciaciones equivocadas del fallador, no es del caso condenar en costas al recurrente, según el criterio de la Corporación sobre el particular.

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín. Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto De Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.



NO ACCEDE LA SALA A REPONER UNA PROVIDENCIA ANTERIOR POR MEDIO DE LA CUAL ADMITIO EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO CONTRA UNA SENTENCIA RECAIDA EN JUICIO ORDINARIO DE TRABAJO

Las peticiones de la demanda que dio origen al presente juicio laboral, fueron formuladas en suma concreta así: Por lucro cesante $ 1.044, cesantía $ 720, primas de servicio $ 630, domingos y feriados $ 1.524, vacaciones $ 360, total $ 4.279. Como se ve, las partidas anteriores —que no incluyen la petición indeterminada por salarios moratorios— exceden del límite legal que permite la concesión del recurso de casación, luego éste debe ser admitido porque las cantidades anotadas constituyen el valor exacto de las pretensiones incluidas en la demanda inicial. Y ello no obstante que en esa misma demanda el actor señala la cuantía del juicio en suma inferior a $ 3.000, pues, como lo tiene dicho esta Sala, "las reglas que rigen la procedencia del recurso de casación no pueden supeditarse al error de tal señalamiento o al cálculo o deseo de alguno de los litigantes o de ambos".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., abril veinte de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

El doctor Bernardo Gamboa, a quien se le reconoce personería en este auto, en su calidad de apoderado sustituto de la parte opositora EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS ("ECOPETROL"), en memorial que obra al folio 6 y vto. de este cuaderno, interpuso recurso de repusición contra la providencia dictada por esta Sala, de fecha diez y siete (17) de noviembre del año pasado de mil novecientos sesenta (1960) (fol. 4), por medio de la cual se admitió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el mandatario judicial de la parte recurrente JUAN DE DIOS DOMINGUEZ, contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de ese mismo año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga —Sala Laboral.—

Dice el memorialista que funda el recurso en el hecho de que, por razón de la cuantía del juicio a que se refiere, menor de $ 4.000.oo, la sentencia recurrida no es materia de casación. Invoca el artículo 9º del Decreto de carácter Extraordinario Nº 1772 (sic) de 1956.

Afirma que en el libelo de demanda el actor estima la cuantía "en una suma superior de $ 300.oo e inferior a $ 3.000.oo"; y que "habida consideración de que según reiterada doctrina jurisprudencial sobre el particular, la estimación concreta de la cuantía hecha en la demanda, cuando no ha sido objetada por el demandado es, por regla general la que viene a determinar la cuantía del juicio, cuando, como en el caso en estudio, no ha habido fallos ultra o extra petita en virtud de los cuales se hayan rebasado los límites de las peticiones de la demanda....."

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El Tribunal Superior de Bucaramanga para conceder el recurso de casación en el caso sublite, lo hizo teniendo en cuenta que la cuantía de las peticiones de la demanda pasa de cuatro mil pesos ($ 4.000.oo) y en que el escrito de interposición del recurso fue presentado en la oportunidad legal.

Y ciertamente las peticiones de la demanda

superan el mínimo necesario para la viabilidad del recurso, ya que están formuladas en suma concreta así:

Por lucro cesante	$	1.044.oo
Cesantía	$	720.oo
Primas de servicios	$	630.oo
Domingos y feriados	$	1.524.oo
Vacaciones	$	360.oo
TOTAL	$	4.278.oo

Como se ve, las partidas anteriores, que no incluyen la petición indeterminada por salarios moratorios, exceden del límite legal que permite la concesión del recurso de casación. De manera, pues, que frente a la falta de concordancia de las cantidades anotadas, que constituyen el valor exacto de las acciones incoadas en la demanda inicial, con la estimación hecha en ésta por el demandante en suma inferior a $ 3.000.oo, la Sala considera que es pertinente reiterar lo que ya dijo en caso anterior que guarda mucha semejanza con el de autos. En auto de marzo once (11) del año en curso, la Corte manifestó:

"En la demanda, la cuantía fue señalada en la cantidad fija de $ 3.800.oo que, como se ve, difiere notoriamente de la que resulta del valor total de las peticiones principales, según la anterior discriminación.

"Sobre este particular, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en auto del 5 de mayo de 1954, que en lo pertinente acoge esta Sala, se expresó así:

"En numerosas providencias ha dicho esta Superioridad que, para determinar la cuantía de un juicio, debe atenderse al valor de las acciones instauradas; y que si en el libelo se señala uno determinado y él no es objetado, ni se profiere un fallo **ultra o extra petita** que lo modifique, dicha estimación rige en principio para todos los efectos, inclusive el de la viabilidad del recurso de casación. Pero si del estudio de la acción o acciones aparece un valor superior al indicado, este recurso es procedente por cuanto las reglas legales que lo configuran no pueden supeditarse al error de tal señalamiento o al cálculo o deseo de alguno de los litigantes o de ambos" (Aída Silva contra Juan Manuel Dávila Barrenechea).

"En el asunto **sub-judice**, siendo la estimación que hizo la demandante en suma fija, inferior a lo que se deduce de los hechos y acciones que ella misma plantea, tiene cabida el recurso de casación, en virtud de lo cual deberá declararse mal denegado por el fallador de segunda instancia". (Juicio seguido por Sagrario Gaona de Merchán contra Antonio J. Sáenz).

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral—, NO ACCEDE a reponer su auto de fecha diez y siete (17) de noviembre del año de mil novecientos sesenta (1960) por el cual se admite el recurso extraordinario de casación en el asunto **sub-lite.**

Continúe la tramitación.

Notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Alberto Bravo. — Roberto De Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SE MANTIENE EN SU INTEGRIDAD LA SENTENCIA QUE CONDENO A UNA EMPRESA A PAGARLE A SU EX-TRABAJADOR EL VALOR DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RUPTURA UNILATERAL E ILEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

1.—Según lo ha expresado esta Sala de la Corte y el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en reiteradas decisiones en que ha habido oportunidad de fijar el contenido y alcance del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, los directores, gerentes, administradores y los demás que la misma norma indica, constituyen ejemplos puramente enumerativos, de empleados que ejercen funciones de dirección y administración. Los empleados de esta categoría se distinguen porque ocupan una especial posición jerárquica en la empresa, con facultades disciplinarias y de mando, están en función no simplemente ejecutiva, sino orgánica y coordinativa con miras al desarrollo y buen éxito de la empresa; están dotados de determinado poder discresional de autodecisión y ejercen funciones de enlace entre las secciones que dirigen y la organización central.

2.—El documento que obra en autos, donde consta el contrato de trabajo que vinculó a las partes en este juicio, está suscrito de una parte por el empleado y de la otra por persona que, conforme a lo que allí se declara, tiene la calidad de gerente de la empresa y actúa a nombre y representación de ella. De tal suerte que no resulta el error que se atribuye al Tribunal por el hecho de haber considerado como eficaz y admisible la representación de la empresa demandada mediante la intervención del gerente de la misma para la celebración del contrato, pues, cualquiera que él fuese, como tal, tenía capacidad para representar a la persona jurídica a cuyo nombre obraba, sin que deba probarse esa representación, porque es la propia ley la que así lo establece en el artículo 32 del C.S.T.

3.—Desde luego que el instrumento privado no hace fe en sí mismo y puede ser objeto de impugnación por la parte contra quien se invoca en un juicio. Pero ello requiere una actividad procesal de quien lo impugna u objeta, realizada en su oportunidad legal, para que la parte que lo presentó pruebe su legitimidad. De lo contrario, el silencio de la parte obligada a de su representante respecto del documento que ha obrado en autos con su conocimiento, produce el efecto jurídico de tenerse por reconocido, de acuerdo con el artículo 645 del Código Judicial.

4.—De conformidad con las normas legales contenidas en el Código Judicial, el reconocimiento de un documento privado puede hacerse de varios modos: de manera explícita ante funcionario competente (artículo 640), de modo ficto (artículo 643) en forma tácita (artículo 645), o por incorporación, cuando la parte obligada lo hace copiar en un registro público o lo ha hecho protocolizar ante Notario. Una vez reconocido o mandado tener por tal, en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, conforme al mandato del artículo 1762 del Código Civil.

5.—La copia, tomada esta expresión ten-

tro del concepto que le corresponde en el campo jurídico, es el "traslado de cualquier escrito o documento hecho por funcionario competente y con las formalidades que la ley determina", y constituye un recurso jurídico arbitrado por el legislador para prevenir pérdidas o extravíos de documentos, con la finalidad de mantener siempre incólumes la existencia y probanza de los derechos, en los momentos que fueren necesarios. Precisamente, para esos fines, la ley atribuye a determinados funcionarios la facultad de expedir trasuntos de documentos originales, que reciben el nombre de copias y que, sólo de esta manera, adquieren plena efectividad, como si fueran las escrituras preexistentes de donde se trasladan. De allí que, en cuanto a su eficacia jurídica, están sometidas, tanto en el derecho sustancial como en el procesal, al riguroso disciplinamiento establecido por el legislador, según los distintos planos en que pueda desarrollarse esa actividad. Así, tanto el Código Civil como el de Procedimiento contemplan supuestos diversos y precisan las formalidades para su expedición, como ocurre según se trate de documentos públicos o de privados o que exista o no matriz o protocolo. (C. C. 2599 a 2608; C. J. 630, 631, 632 y 648, entre otros).

6.—Previene el artículo 39 del Código de la materia que el contrato de trabajo escrito "se extiende en tantos ejemplares cuantos sean los interesados, destinándose uno para cada uno de ellos". Esos ejemplares pueden ser manuscritos o impresos, en todo o en parte, por cualquier medio mecánico y fuera del requisito esencial a la validez de todo documento privado que es la firma de las partes que intervienen en el contrato, no tienen más limitaciones que las que puedan imponer la facilidad de su lectura, su presentación y su buena conservación, puesto que, primordialmente, su finalidad es la de preconstituír una prueba del contrato en favor de ambas partes. Como consecuencia, los ejemplares en que se extienda el documento contentivo del contrato, llámense original o duplicado, tienen un mismo valor probatorio, y pueden ser aportados al juicio directamente por las partes en su oportunidad procesal. No se trata de copias, que es un concepto distinto, ni es pertinente tomar pie en ese equívoco para deducir pretendidas violaciones del artículo 648 del C. Judicial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., veintidos de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

El doctor Manuel A. Caicedo, por medio de apoderado demandó a la Empresa "Acerías Paz del Río S. A.", para que en sentencia definitiva fuese condenada a pagarle lo que corresponda por estos conceptos: "el valor de los salarios correspondientes al tiempo faltante para el cumplimiento del plazo pactado del contrato de trabajo celebrado entre las dos partes, o sea, el comprendido entre la fecha del despido —trece (13) de febrero de 1956— y la fecha del vencimiento del contrato —8 de agosto de 1957— como indemnización del LUCRO CESANTE por ruptura unilateral e ilegal del contrato"; la cantidad a que hubiere lugar, como indemnización del daño emergente; horas extras; la parte de salarios no pagados; reajuste de cesantía y vacaciones; indemnización por mora en el pago de lo que demanda y las costas y agencias que se causen.

Como fundamento de las peticiones, el libelo afirma que el doctor Manuel A. Caicedo fue contratado por la Empresa Acerías Paz del Río S. A. par ocupar el cargo de Ingeniero Ayudante de la Superintendencia de la Empresa, con residencia en Belencito, con una asignación mensual de mil pesos ($ 1.000.oo), cargo del cual tomó posesión y entró a desempeñarlo el 20 de enero de 1951; que, posteriormente, el actor fue trasladado al cargo de Ingeniero en la Planta de Hornos de "Coque", el 9 de febrero de 1953; que el día 15 de agosto de 1954 el doctor Caicedo fue nombrado interinamente Jefe del Departamento de Ingeniería y Construcciones con una asignación de $ 2.500.oo mensuales, nombramiento que le fue confirmado en septiembre 9 del mismo año pero con un sueldo menor, o sea, el que inmediatamente antes estaba devengando; que el 2 de diciembre de 1954, el doctor Caicedo fue encargado de la Jefatura del Departamento de Fe-

rrocarril; que el 17 de enero de 1955 se celebró entre las partes un nuevo contrato cuya duración se fijó en 6 meses, por medio del cual el demandante se comprometió a trasladarse a Francia, en uso de una Beca otorgada por el Gobierno Francés, para adelantar estudios de laminación a efecto de que una vez realizados, pusiera sus conocimientos al servicio de la Empresa, la cual se obligó a pagar al doctor Caicedo los gastos de pasaje de ida y regreso lo mismo que un subsidio mensual durante su permanencia en el exterior, así: U.S.$ 200.oo en Francia y $ 1.000.oo en Belencito a la familia del doctor Caicedo; por el mismo contrato las partes estipularon que una vez que el doctor Caicedo realizara sus estudios de especialización en Francia, le prestaría sus servicios a la Empresa por un término no menor de dos años en la posición que ésta le asignara de acuerdo con los conocimientos adquiridos por Caicedo y con un sueldo correspondiente al señalado en el escalafón de la Empresa, el cual no sería inferior al devengado hasta entonces; que el actor cumplió a cabalidad todas las cláusulas estipuladas en el contrato anteriormente citado y que al regresar al país la Empresa le asignó el cargo de Ayudante del Jefe de Construcción con una remuneración de $ 1.500.oo mensuales desde el 8 de agosto de 1955; que por no estar de acuerdo la anterior posición con el cargo y sueldo estipulados, el demandante se dirigió a la Empresa con el fin de solicitarle se ajustara a lo convenido, pero ésta aunque aceptó en forma implícita la vigencia del contrato aplazó indefinidamente el ajuste de la asignación y el cambio de la posición; que el 14 de enero de 1956, fue encargado de la Jefatura del Departamento de Personal, pero pocos días después, la Empresa cambió la organización y creó el denominado Departamento de Relaciones Industriales, al frente del cual nombró al señor Luis Díaz Raygosa, quien asumió todas las funciones del antiguo Jefe de Personal; que en atención a ello, el actor solicitó por escrito instrucciones a la Empresa, la cual por Oficio de 7 de febrero de 1956, le comunicó que había resuelto prescindir de sus servicios, alegando una supuesta cláusula de reserva, con lo que puso fin a un contrato de trabajo que se había estipulado por un lapso no inferior a dos años, que se había empezado a ejecutar; que el último contrato no contenía la cláusula de reserva, la cual había sido estipulada únicamente para el contrato de estudios, si bien en forma ilegal; que a pesar de lo expuesto, al demandante se le hizo efectivo el despido el 13 de febrero de 1956, sin pagarle indemnización de ninguna naturaleza; que en cuanto a prestaciones le fueron liquidadas la cesantía y vacaciones con base en un sueldo de $ 1.500.oo así como los salarios hasta el día en que se hizo efectivo el despido; que el doctor Caicedo desarrolló un horario de trabajo, desde el 7 de febrero de 1953 hasta el 15 de abril de 1954, en la siguiente forma dispuesto por la Gerencia del 7 de febrero al 10 de abril de 1953, 48 horas por semana, del 10 de abril al 25 de julio del mismo año, 54 horas por semana, del 25 de julio al 5 de septiembre del citado año, 60 horas por semana y del 5 de septiembre de 1953 al 15 de abril de 1954, 58 horas por semana, sin que le haya sido pagado el trabajo en horas suplementarias, como sí ocurrió con otros trabajadores; que de acuerdo con el escalafón, los sueldos que devengaban los empleados de la Empresa, durante el período que duró la relación laboral entre ésta y el actor, eran los siguientes: Jefes de Departamento de $ 2.000.oo a $ 2.500.oo, Asistentes de $ 1.600.oo a $ 2.000.oo, pero que sin embargo al actor no le reconoció la Empresa sino un sueldo de $ 1.500.oo a pesar de ocupar los cargos de Jefe de Departamento y de Asistente; que además "el aumento que se le hizo el día 15 de agosto de 1954, cuando fue nombrado: "Jefe del Departamento de Ingeniería y Construcciones" con la asignación correspondiente al cargo, o sea la suma de $ 2.500.oo mensuales, no fue efectivo a pesar de que mi mandante desempeñó dicho cargo hasta el 2 de diciembre de 1954"; que de acuerdo con lo pactado entre las partes, el sueldo que debería devengar el actor sería el correspondiente al señalado en el escalafón de la Empresa y que por lo tanto ésta le adeuda la diferencia "del valor de sus jornales"; que de igual manera la Empresa demandada le adeuda el valor correspondiente a la diferencia entre las sumas que pagó por razón de cesantía y vacaciones y aquella que ha debido pagar, tomando en cuenta para su liquidación el valor del salario que estaba obligada pagar por razón del escalafón y de los cargos que desempeñó; y, finalmente, que la Empresa incurrió en manifiesta mala fe al eludir el cumplimiento del contrato pactado, a pesar de los numerosos requerimientos que le hizo el actor.

Como fundamentos de derecho, invocó los artículos 19, 22, 23, 24, 25, 37, 45, 46, 47, 48, 49, 54, 55, 57, 64, 65, 66, 143, 144, 159, 161, 168, 189, 249, 253, 254, 286, 306, 310, 312, del C. S. del T.,

artículo 1º del Decreto 616 de 1954, y artículos 1.495, 1.522, 1.551, 1.602, 1.603, 1.613, 1.618, 1.620, del C. C. y artículo 89 de la Ley 153 de 1887. En cuanto a procedimiento las disposiciones señaladas en el Capítulo 14 del Decreto 2.158 de 1948 y demás pertinentes, y lo dispuesto en el Decreto 4.225 de 1948 sobre costas.

En la respuesta que a la demanda dio el apoderado de la Empresa manifestó respecto a la mayor parte de los hechos, que no le constaban o que debían probarse; al 7º dijo: "En parte es cierto, en parte no". Al 12, "Es cierto lo de las comunicaciones. El resto no". Al 13, negó la primera parte. Al 15, dijo: "Es cierto que se le liquidaron y pagaron prestaciones". Propuso, además, las excepciones perentorias de pago y prescripción.

Agotada la tramitación, el Juzgado del conocimiento que fue el Tercero del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, en fallo de 28 de febrero de 1957, condenó a la Empresa "Acerías Paz del Río S. A." a pagar al doctor Manuel Antonio Caicedo la suma de $ 16.650.00 por "lucro cesante". Ordenó deducir de esta suma la cantidad de $ 2.250.00. Absolvió a la demandada de las restantes súplicas contenidas en el libelo inicial. Declaró no probadas las excepciones perentorias de pago y prescripción y condenó a la parte vencida al pago del 50% de las costas del juicio.

Recurrida en apelación la providencia de primer grado por el apoderado de la Empresa demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— en sentencia de 27 de febrero de 1958, confirmó en todas sus partes la proferida por el **a-quo.** Condenó en costas a la parte apelante.

Corresponde a la Corte dirimir el recurso de casación interpuesto contra el fallo del **ad-quem**, por el mandatario de la parte vencida, recurso que ha sufrido el trámite de rigor y ha sido debidamente sustentado mediante la presentación de la demanda y del respectivo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Aspira el apoderado de la Empresa a que se case totalmente el fallo recurrido "en cuanto que por él se la condenó a pagar a favor del demandante la indemnización por lucro cesante surgida por razón de la ruptura unilateral del contrato", que se revoque la sentencia del **a-quo** y se la absuelva de la condena.

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L., presenta dos cargos, el segundo como subsidiario del primero. La Sala los estudiará conjuntamente, por razón de la íntima conexión y casi identidad que existe entre ellos ya que en el primero se señalan como violadas las mismas normas que se indican en el subsidiario y por referirse ambos a un mismo concepto de infracción de la ley, el de aplicación indebida, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas que señala.

PRIMER CARGO

Lo formula así:

"Acuso el fallo proferido por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, de ser violatorio por aplicación indebida de los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 64 en concordancia con el 46 modificado este último por el artículo 2º del Decreto 617 de 1954 y falta de aplicación del artículo 47, todos estos del C.S.T., a consecuencia de la violación medio por aplicación indebida del artículo 645 y por falta de aplicación del artículo 648, estos dos del C. J. a consecuencia del error de hecho evidente y manifiesto en los autos al cual llegó el sentenciador por la errónea apreciación de las pruebas contenidas a folios 19 y 20 y la contestación de la demanda a los hechos 12, 13 y 15 del expediente".

Como pruebas mal apreciadas, señala: 1) el contrato de trabajo que obra a folios 19 y 20 suscrito entre el actor y Roberto Jaramillo Ferro; 2) la contestación dada a los hechos 12, 13 y 15 de la demanda.

Los errores de hecho.

En el aparte d) que denomina "Causalidad entre el error y la parte resolutiva del fallo", los enumera, así: "1) Considerar obligada a la empresa que represento por razón de un contrato que no se demostró fuera suscrito por representante alguno de ella para que pudiera obligarla; 2) Condenarla al pago de lucro cesante con base en este mismo documento; y 3) Dar por probados con este contrato y la pretendida confesión de tres hechos, la fecha de iniciación, su duración, el salario, etc.".

Para sustentar el cargo, empieza por transcribir la parte del fallo en donde el Tribunal analiza el documento que obra a folios 19 y 20 en que consta el contrato suscrito entre el actor y

Roberto Jaramillo Ferro como Gerente de Acerías Paz del Río S. A. y las razones que expuso para estimarlo como prueba del contrato de trabajo, con prescindencia de los demás documentos también allegados al proceso. Dice que el Tribunal acepta que el documento del folio 24 suscrito por Umaña de Brigard como Presidente de Acerías, emana de la parte obligada y que por obrar en autos, con su conocimiento, debe tenerse por reconocido. Que al propio tiempo, la sentencia afirma que los otros documentos suscritos por los titulares o encargados de la Administración, en sus más altas jerarquías, no tienen validez alguna, ni pueden darse por reconocidos tácitamente, por cuanto no se demostró la calidad con que obraban los firmantes. Que tal planteamiento es jurídico y exacto, pero que el Tribunal establece luego una excepción al admitir que el contrato que obra a folios 19 y 20, suscrito por Roberto Jaramillo Ferro, como Gerente, constituye también plena prueba, como el suscrito por Umaña de Brigard como Presidente, por estar reconocido y emanar del representante legal de la demandada. Se pregunta el recurrente, ¿cómo pudo el Tribunal llegar a la conclusión de que el documento suscrito por Jaramillo Ferro como Gerente es de mejor calidad probatoria que el firmado por Alfonso Lora Camacho como Gerente encargado, o que el suscrito por Alvaro Echevarría como Superintendente General, si el carácter de Gerente de Jaramillo Ferro no está demostrado? Ve en esto el error evidente de hecho que atribuye al Tribunal y, agrega, que no ha logrado entender cómo éste halló demostrado que cuando Jaramillo Ferro suscribía el contrato con el Ingeniero Caicedo representaba a Acerías Paz del Río S. A., pues que no hay una sola prueba, ni un indicio siquiera que permita al sentenciador formar tal convencimiento. Dice, además, que el **ad-quem** dio por probado el contrato escrito, con un documento en copia al carbón, con dos firmas ilegibles, suscrito por quien no aparece en autos como representante de la demandada y sin estar reconocido.

Concluye manifestando que por no estar probado el contrato escrito a término fijo regulado por el artículo 46 del C. S. T. ni la fecha de su iniciación, violó el Tribunal el artículo 64 ibidem, al aplicarlo para condenar al pago de lucro cesante. Que violó también, por no aplicarlo, el artículo 47 del mismo estatuto, que podría ser el de aplicación pertinente, en caso de haberse acreditado las fechas de entrada y de salida y el salario del trabajador. Que a estas violaciones llegó el sentenciador por aplicación indebida del artículo 645 y por falta de aplicación del 648, ambos del C. J., que prescriben las condiciones de validez para que un documento privado sea tácitamente reconocido por obrar en autos y la forma de aportación al juicio, cuando éste, como ocurre en el caso de autos, no es original sino una copia. Se extiende en otras consideraciones sobre estas dos últimas normas legales y reitera, en esta oportunidad, las tesis que el recurrente expuso al sustentar el recurso de casación interpuesto por Acerías Paz del Río en el juicio que le adelantó Isidro de J. Ríos.

CARGO SUBSIDIARIO

Lo formula así: "Subsidiariamente acuso el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— por infracción indirecta de los preceptos sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 64 y 46 (modificados por el artículo 2º del Decreto 617 de 1954) por aplicación indebida y el artículo 47 ibidem por falta de aplicación ocasionadas en el error de hecho manifiesto en los autos, por apreciación errónea de la prueba contenida en el contrato visible a los folios 19 y 20 del expediente".

Para sustentarlo dice que del contrato de trabajo suscrito por las partes el 17 de enero de 1955, que obra en autos, aparecen cuatro hechos evidentes que no admiten discusión, a saber:

"1) Que el 17 de enero de 1955 se firmó un nuevo contrato de trabajo entre Manuel A. Caicedo y Acerías Paz del Río, S. A., para regular sus relaciones.

"2) Que el contrato fijaba un término de duración de 6 meses en Francia.

"3) Que el contrato fijaba un nuevo término de dos años para su duración en Colombia contados a partir del vencimiento de los seis meses en Francia, y

"4) Que durante la vigencia del contrato (seis meses en Francia y dos años en Colombia) Caicedo se consideraba como empleado de la Empresa. O lo que es igual, que por ese contrato Caicedo seguía siendo a partir de su fecha y por dos años y medio empleado de Acerías".

Luego de transcribir la parte del fallo en donde el Tribunal hace el estudio respectivo para determinar el plazo del contrato, agrega que de

la afirmación del **ad-quem** aparece sin esfuerzo mental alguno, que el contrato de folios 19 y 20, suscrito a término fijo, tenía una duración cierta de dos años y medio, con violación del artículo 46 del C. S. del T., modificado por el artículo 2º del Decreto 617 de 1954. Que tal infracción, convierte las cláusulas sobre plazo o término de duración "en disposiciones **inexistentes**", por lo que el contrato entra a regirse por períodos presuncionales, al tenor del artículo 47 del C.S.T.

Concluye el cargo expresando lo siguiente:

"De tal manera que el Tribunal ha violado indirectamente por error de hecho evidente y manifiesto la Ley, así: revelándose contra el artículo 46 del Código y su artículo modificatorio no ha declarado la inexistencia e inaplicabilidad de las cláusulas del contrato referentes al plazo y lo ha aplicado indebidamente, dejando de aplicar el artículo 47 sobre períodos presuncionales de seis meses para los contratos sin término de duración, que sería el pertinente. A consecuencia de este error extiende la condena por lucro cesante al tiempo faltante para cumplir dos años cuando sería lo lógico por el tiempo necesario para cumplir un período presuntivo de seis meses. Por este error aplicó también indebidamente el artículo 26 del C. S. del T. A estas violaciones llegó por la errónea interpretación del contrato de trabajo de folios 19 y 20".

Se considera:

Para confirmar la condena proferida por el Juzgado contra la empresa el **ad-quem** estimó como prueba suficiente, los documentos que obran a folios 19, 20 y 24 y la confesión hecha al contestar los hechos 12, 13 y 15 de la demanda, como aparece del siguiente aparte del referido fallo: "Mas, para resolver el Tribunal la apelación sobre el caso **sub-judice** le basta tener en cuenta la confesión de la sociedad demandada al contestar los hechos doce, trece y quince de la misma y la prueba documental que aparece a folios 19, 20 y 24".

Al efecto, después de hacer el análisis y valoración de las citadas pruebas, como cuestión previa y fundamental, afirma la existencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes, su duración, la fecha de iniciación, la de extinción del mismo por despido del trabajador, el sueldo devengado y la ilegalidad de su rompimiento unilateral por parte de la empresa, haciéndole producir, a este hecho, las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 64 del C.S.T., al condenarla a pagar a su ex-trabajador la indemnización de perjuicios —lucro cesante— previsto en la citada norma.

Sólo después de realizado dicho examen probatorio y de haber llegado a la conclusión de que "la condena respectiva debe sostenerse", para terminar la motivación del fallo, expresa lo siguiente: "Finalmente, la Sala ha estimado como prueba el contrato de trabajo visible a folios 19 y 20, prescindiendo de otras documentales por cuanto el primero sí proviene del representante legal de la demandada ya que el señor Jaramillo Ferro suscribió el contrato asumiendo tal carácter, y entonces, era obligación de la empresa demostrar que dicho Gerente no actuaba en aquel momento. En cambio las otras documentales provienen de personas que con excepción de la del folio 24, no asumían la calidad de representantes legales de la sociedad demandada, ni tampoco se demostró en autos que ejercieran los respectivos cargos que en cada uno de esos documentos se indica"

En el aparte que se deja transcrito, busca apoyo el recurrente para desquiciar la sentencia, atribuyéndole contradicción al juicio del Tribunal, lo que le hizo incurrir en el error de dar por establecido un contrato de trabajo mediante la estimación equivocada de una prueba que, en su concepto, no podía acreditar esa vinculación jurídica porque no se demostró que Roberto Jaramillo Ferro quien como Gerente suscribe el documento obrante a folios 19 y 20, a nombre de Acerías Paz del Río, fuese el representante de esta empresa.

Para la Corte, lo afirmado por el Tribunal en la primera parte del párrafo transcrito antes, explica y refuerza la tesis fundamental del fallo, o sea, que en el caso **sub-judice** sí existió un contrato de trabajo, porque ello resulta acreditado con el documento que obra a folios 19 y 20 en que se hizo constar dicho acto jurídico como celebrado entre el demandante Manuel A. Caicedo y el señor Roberto Jaramillo Ferro en su carácter de Gerente de Acerías Paz del Río S. A., quien, como tal, tiene la representación de la misma, como se verá más adelante.

En cambio, la última parte del párrafo que se analiza, contiene apenas un concepto incidental y secundario, sin que tal apreciación del Tribunal tenga incidencia en la decisión del negocio, puesto que la existencia del contrato de trabajo,

supuesto fundamental para poder producirse la condena indemnizatoria de perjuicios por incumplimiento de la demandada, se apoya en el documento de folios 19 y 20, con independencia de los demás aportados en el juicio. Lo que allí aparece pactado, basta al **ad-quem** para dar por demostrada plenamente la existencia de una relación de trabajo subordinado entre el demandante y la empresa demandada. La prueba de confesión únicamente la utiliza para establecer las modalidades del mismo contrato. Por lo demás, estima la Sala que tal apreciación del Tribunal, generalizada a la prueba documental que obra en autos, es equivocada si se considera que aparte de los documentos que admite como suscritos por los representantes legales de la sociedad demandada, existen otros sobre los cuales puede predicarse el mismo concepto, tal como ocurre con los que obran a folios 14, 18, 23 y 29 del cuaderno principal, de acuerdo a lo establecido por el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, conforme a la norma legal citada, son representantes del patrono y como tal lo obligan frente a sus trabajadores, además de quienes tienen ese carácter según la ley o los reglamentos de trabajo, los empleados al servicio del patrono que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como Directores, Gerentes, Administradores, y otros, que la misma norma indica como ejemplos puramente enumerativos, y, además, quienes ejerciten actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del patrono. Estos empleados, ocupan una especial posición jerárquica en la empresa, con facultades disciplinarias y de mando, actúan en función no simplemente ejecutiva, sino orgánica y coordinativa con miras al desarrollo y buen éxito de la empresa; están dotados de determinado poder discrecional de auto-decisión y ejercen funciones de enlace entre las secciones que dirigen y la organización central, según lo ha expresado esta Sala de la Corte y el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en reiteradas decisiones en que ha habido oportunidad de fijar el alcance y contenido del artículo 32 del C. S. T., para su recto entendimiento y debida aplicación. (Consúltese el fallo de esta Sala, en casación, de fecha 13 de agosto de 1958. Juicio de Anatolio Jiménez Rodríguez contra Acerías Paz del Río, S. A. GACETA JUDICIAL números 2.199-2.200. Segunda parte. págs. 901-906).

El documento que obra a folios 19 y 20 del cuaderno principal del cual dedujo el Tribunal la existencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes de este juicio, está suscrito por el señor Roberto Jaramillo Ferro "en su calidad de Gerente de Acerías Paz del Río, S. A.", quien actúa "en nombre y representación de dicha entidad". De tal suerte que ninguna consistencia tiene el primer aspecto de la acusación y no resulta el error que se atribuye al Tribunal por el hecho de considerar como eficaz y admisible la representación de la demandada mediante la intervención del Gerente de la misma para la celebración del contrato, pues, cualquiera que él fuese, como tal, tenía capacidad para reemplazar a la persona jurídica a cuyo nombre obraba, sin que deba probarse esa representación, porque es la propia ley que así lo establece en el artículo 32 del C.S.T.

El segundo aspecto de la acusación que se plantea en el primer cargo, relativo a la violación del artículo 645 del C. J. por haber tenido el Tribunal como reconocido tácitamente el documento de folios 19 y 20, es igualmente ineficaz, para el presente caso. En efecto, conforme a lo antes expuesto, resulta evidente que dicho documento proviene de la parte a quien el demandante considera obligada, puesto que fue suscrito por el Gerente de la Empresa Acerías Paz del Río S. A. con facultad legal para representarla y comprometerla frente a sus trabajadores, según el precepto del artículo 32 del C.S.T. Ese instrumento fue presentado al juicio junto con el libelo de demanda para que obrase en él y se estimase como prueba al tiempo de la decisión y, así lo aceptó el juez del conocimiento en la primera audiencia de trámite, por lo que no habiendo sido objetado debe tenerse por reconocido al tenor del mandato contenido en el artículo 645 del C. J.

Desde luego que el instrumento privado no hace fe en sí mismo y puede ser objeto de impugnación por la parte contra quien se invoca. Pero ello demanda una actividad procesal de quien lo impugna u objeta, realizada en su oportunidad legal, para que la parte que lo presentó pruebe su legitimidad. De lo contrario, el silencio de la parte obligada o de su representante respecto del documento que ha obrado en autos con su conocimiento, produce el efecto jurídico de tenerse por reconocido, puesto que, de acuerdo con las normas legales contenidas en el C. Judicial, el reconocimiento puede hacerse de varios mo-

dos: de manera explícita ante funcionario competente (artículo 646), de modo ficto (artículo 643), en forma tácita (artículo 645), o por incorporación, cuando la parte obligada lo ha hecho copiar en un registro público o lo ha hecho protocolizar ante Notario. Una vez reconocido o mandado tener por tal, en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, conforme al mandato del artículo 1.761 del C. C.

La acusación de que el Tribunal violó la ley por haber dejado de aplicar el artículo 648 del C. J., tampoco tiene fundamento, pues esta disposición legal no era aplicable al caso. En efecto, del documento que obra a folios 19 y 20, contentivo del contrato celebrado entre el demandante y el representante de Acerías Paz del Río S. A., no puede decirse que sea una "copia" tomando esta expresión en el concepto que le corresponde dentro del campo jurídico o sea, como "traslado de cualquier escrito o documento hecho por funcionario competente y con las formalidades que la ley determina" y que constituye un recurso jurídico arbitrado por el legislador para prevenir pérdidas o extravíos de documentos, con la finalidad de mantener siempre incólumes la existencia y probanza de los derechos, en los momentos que fueren necesarios. Precisamente, para esos fines, la ley atribuye a determinados funcionarios la facultad de expedir trasuntos de documentos originales, que reciben el nombre de copias, y que, sólo de esta manera, adquieren plena efectividad, como si fueran las escrituras preexistentes de donde se trasladan. De allí que, en cuanto a su eficacia jurídica, están sometidas, tanto en el derecho sustancial como en el procesal, al riguroso disciplinamiento establecido por el legislador, según los distintos planos en que puede desarrollarse esa actividad. Así, tanto el Código Civil como el de Procedimiento contemplan supuestos diversos y precisan las formalidades para su expedición, como ocurre según se trate de documentos públicos o de privados, o que exista o no matriz o protocolo. (C. C. artículos 2.599 a 2.605; C. J. artículos 630, 631, 632 y 648, entre otros).

No aparece que el instrumento a que se refiere el recurrente sea el resultado de haberse verificado el traslado de otro escrito original en sus propios caracteres de identidad e integridad, por un funcionario competente, a quien la ley haya atribuído esa facultad. Se trata simplemente de un "EJEMPLAR" del documento en que se hizo constar el contrato que vinculó a las partes, el que está firmado por el representante de Acerías Paz del Río S. A. y por el trabajador demandante, lo que se atempera a la previsión del artículo 39 del C.S.T., en cuanto dispone que el contrato de trabajo escrito "se extiende en tantos ejemplares cuantos sean los interesados, destinándose uno para cada uno de ellos". Esos "ejemplares" pueden ser manuscritos o impresos, en todo o parte, por cualquier medio mecánico y fuera del requisito esencial a la validez de todo documento privado que es la firma de las partes que intervienen en el contrato, no tienen más limitaciones que las que puedan imponer la facilidad de su lectura, su presentación y su buena conservación, puesto que, primordialmente, su finalidad es la de preconstituír una prueba del contrato en favor de ambas partes. Como consecuencia, los "ejemplares" en que se extienda el documento contentivo del contrato llámense "original" o "duplicado", tienen un mismo valor probatorio, y pueden ser aportados al juicio directamente por las partes, en su oportunidad procesal. No aparece, pues, la violación del artículo 648 del C. J.

Tampoco es atendible la impugnación contenida en el cargo subsidiario, porque el contrato de trabajo que se hizo constar en el documento de folios 19 y 20, no se pactó por el término de dos años y medio, como equivocadamente afirma el recurrente. En ese documento las partes hicieron constar dos contratos, de los cuales el uno constituye antecedente del otro.

El que sirve de antecedente al de trabajo es un contrato **sui-generis,** que más se asemeja al llamado "contrato de aprendizaje", por las analogías que con éste presenta, en cuanto que, de acuerdo con lo pactado en la cláusula primera, literales a) y b), el Ingeniero Caicedo, que ya venía prestando sus servicios a la demandada, se obligó a trasladarse a Francia, en uso de una beca que le había sido otorgada por el Gobierno francés, para adelantar, durante el término de seis meses, estudios de especialización, según los programas que se le señalaran de acuerdo con la Empresa, y a seguir los cursos de entrenamiento para servir después de su regreso al país, un cargo de Ingeniero dentro de su especialidad. Por su parte, la Empresa se obligó a reconocerle y pagarle los gastos de pasaje de ida y regreso en-

tre Bogotá y París, y "un subsidio" durante los seis meses de duración de los estudios, parte en dólares y parte en moneda colombiana, conforme al punto b) de la cláusula segunda. Por el segundo contrato, Caicedo se obligó a prestar sus servicios de Ingeniero a la Empresa, a su regreso al país, después de cursar los estudios de especialización en laminación que fueron los que se le encomendaron (fjs. 24), y en la posición que le asignara la Empresa, de acuerdo con sus aptitudes y conocimientos adquiridos y por un término de dos años. A su turno, Acerías Paz del Río se obligó a asignarle a su regreso al país, un puesto de Ingeniero de la Planta en Belencito, "que corresponda a los conocimientos y estudios realizados por Caicedo, a juicio de la Empresa, con el sueldo que le corresponde en el escalafón de la Empresa, el cual no será inferior al que en la actualidad ha estado devengando en la Empresa".

Aparece claramente de lo anterior que al primer contrato se le fijó un plazo de seis meses y al segundo, o sea al de trabajo, un término de dos años. Con ello no se contrarió por las partes el precepto del artículo 46 del C.S. T., ni al reconocerle su valor legal y hacerle producir sus efectos lo violó el Juzgador.

La Sala, debe advertir, finalmente, que si el recurrente en su acusación discute la existencia del contrato de trabajo entre las partes, en cuanto estima que esa relación jurídica no se demostró legalmente, ya que, en su concepto, no podía dársele valor probatorio al documento que obra a folios 19 y 20, ha debido, para ceñirse estrictamente a la técnica del recurso de casación, indicar como violadas las disposiciones legales pertinentes que permitieron al Tribunal deducir la existencia del contrato de trabajo. No lo hizo así el impugnador, omisión ésta que por sí sola era suficiente, para mantener en toda su integridad la sentencia recurrida.

No aparecen demostrados los errores de hecho que predican los cargos que se estudian, ni resulta la violación de las disposiciones legales que invoca el recurrente, por lo cual estos no prosperan.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, materia del presente recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Luis Javier Mariño, Conjuez. — **Diógenes Sepúlveda Mejía**, Conjuez. — **Vicente Mejía Osorio**, Secretario.

NO PROSPERA LA IMPUGNACION ADELANTADA CONTRA LA SENTENCIA QUE ABSOLVIO A LA EMPRESA CONSTRUCTORA DE UNA REFINERIA, DE PAGAR CIERTAS INDEMNIZACIONES RECLAMADAS POR UN EX-TRABAJADOR

1.—En lo que se refiere al término del preaviso de que trata el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, los 45 días constituyen límite mínimo, ya que la propia disposición prevé que no debe ser inferior a esa cifra. De manera, pues, que bien puede pactarse un preaviso superior al anotado.

2.—Haciendo uso de la cláusula de reserva que se había pactado, la empresa procedió a darle al trabajador el preaviso de 45 días, pero ocurrió que, antes de cumplirse tal plazo, las partes convinieron por escrito en prorrogar el término del preaviso y fijaron la nueva fecha de la expiración del contrato, un mes más tarde de lo resuelto en principio. Sobre el particular debe decirse que no hay disposición que prohiba tal prórroga, ni se ve que ella sea contraria a los intereses del trabajador, puesto que el desahucio es un período de tiempo que, aparte de la notificación de terminación del contrato, significa también el lapso que le permite al trabajador buscar otra colocación. De manera que si éste ha encontrado, durante ese intervalo, una nueva y estable posición, no tendrá interés en prolongar el término del preaviso que se le ha dado. Pero si acepta voluntariamente la prórroga del preaviso, durante un tiempo fijo, como en el caso de autos, no alcanza a comprenderse cómo este hecho pueda catalogarse como ilícito y perjudicial a sus intereses.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., abril veinticuatro de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.).

Horacio Rafael Bustillo, mediante apoderado, presentó demanda ordinaria laboral contra la Compañía Betchel S. A., con sede principal en la ciudad de Cartagena, a fin de que fuese condenada a pagarle lo siguiente: $ 1.589,48 por concepto de salarios insolutos correspondientes al plazo presuntivo comprendido entre el 7 de septiembre de 1957 y el 12 de febrero de 1958; la indemnización moratoria por el no pago oportuno de la petición anterior, a razón de $ 10.06 desde el 13 de febrero de 1958 hasta que dicho pago se verifique; y las costas del juicio.

Los hechos del libelo petitorio pueden sintetizarse en estos puntos esenciales: que Bustillo fue contratado por la demandada desde el 30 de noviembre de 1956, como tubero en la construcción de una refinería; que el contrato fue de plazo indeterminado con la estipulación de la cláusula de reserva; que la asignación del demandante fue de 10.06 diarios; que el día 27 de junio de 1957 la empresa hizo uso de la cláusula de reserva dando notificación escrita al trabajador del preaviso de 45 días; que dicho preaviso debía vencerse el 12 de agosto del citado año pero por pocos días antes de esa fecha, el 6 de agosto, las partes convinieron por escrito en prorrogar el término del preaviso hasta el 7 de septiembre de 1957; que tal prórroga es ilícita, ineficaz y nula, ya que realmente el contrato terminó el 12 de

agosto del citado año y que de esta fecha en adelante lo que ocurrió fue el comienzo de un nuevo período presuntivo de seis meses y que, por consiguiente, éste expiraba el 12 de febrero de 1958; que como los salarios correspondientes a ese plazo sólo se le pagaron hasta el 7 de septiembre de 1957, se le adeudan los que van hasta el vencimiento del renovado término presuncional, y que como la demandada no ha cancelado los salarios reclamados también debe ser condenada a la indemnización contemplada en el artículo 65 del C. S. del T.

Como fundamento de derecho se citaron los arts. 1, 9, 13, 14, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 43, 46, 47, 48, 49, 65, 109 y concordantes del C. S. del T.; el Decreto Nº 616 de 1954 y todos los que adicionan el mencionado Código.

La entidad demandada aceptó los hechos relativos al tiempo servido, salario, estipulación de la cláusula de reserva y convenio de la prórroga del preaviso. Pero negó que dicha prórroga fuera ilegal.

Correspondióle el conocimiento del negocio al Juzgado Segundo del Trabajo de Cartagena, el cual, por fallo de 8 de octubre de 1958, condenó a pagar a la sociedad demandada, en favor del actor, la suma de $ 1.513.71, por concepto de ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, y las costas de la instancia.

De la decisión anterior apelaron ambas partes. Tocóle resolver la alzada al Tribunal Superior de Cartagena —Sala Laboral—, Corporación que lo hizo por proveído del 3 de abril de 1959, por el cual revocó en todas sus partes el de primer grado y absolvió a la sociedad demandada. Condenó en las costas de la segunda instancia a la parte promotora del juicio.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del demandante. En vista de que el negocio se encuentra debidamente preparado para recibir pronunciamiento de fondo, la Sala pasa a decidirlo previo examen de la demanda sustentatoria y del escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Aspira el recurrente a que se case totalmente el fallo recurrido y a que se confirme el del **a-quo** "y en lo demás acoja las peticiones de la demanda inicial de Bustillo".

CASUAL DE CASACION

Con base en el artículo 87 del C. P. del T. el recurrente propone tres cargos.

PRIMER CARGO.

Se enuncia en estos términos:

"Violación del artículo 48 del C. S. del Trabajo, que establece la cláusula de reserva para dar por terminado los contratos en cualquier tiempo, mediante preaviso o desahucio notificado por escrito a la otra parte con un término no inferior a cuarenta y cinco (45) días, cláusula contenida en el contrato particular que motiva este negocio, al aplicarlo a un hecho con circunstancias demostradas que no encajan dentro de la disposición legal, interpretación que llevó al sentenciador a deducir consecuencias jurídicas contrarias a aquello que el precepto establece, y a violar, por falta de aplicación, el artículo 64 del C. S. del T.".

En la demostración del cargo, el recurrente argumenta así:

"De autos quedó plenamente establecido por afirmación de las mismas partes, que la Compañía en uso de la cláusula de reserva previno por escrito al trabajador, que su contrato finalizaría el 12 de agosto de 1957, lo mismo el hecho que el trabajador continuó labores más allá de esa fecha, sólo que la Compañía con el claro propósito de burlar la estipulación de la cláusula de reserva, pues, ninguna otra interpretación puede ser admisible a este propósito, hizo suscribir al trabajador una constancia de prórroga, como si ello impunemente pudiera realizarse.

"El error del fallador estuvo precisamente en creer, que esa prórroga podía convenirse para un contrato que estaba para terminar su vigencia y, perjudicando al trabajador, sin que ninguna consecuencia desfavorable le trajera para éste, cuando, es lo cierto que, el artículo no prevé esa situación y por el contrario al entenderlo así, lo deja a merced de la voluntad patronal para violarlo".

Se considera.

A fin de tener suficientes elementos de juicio que permitan la más adecuada solución del problema jurídico sometido a la decisión de la Sala, conviene dar a conocer las razones que tuvo el Tribunal para estimar que la prórroga del prea-

viso no es contraria a la ley. Al respecto dijo el **ad quem:**

"Es de observarse que la Ley señala: que el preaviso es por **"un término no inferior a cuarenta y cinco días"** (subraya la Sala); de manera que la misma Ley está indicando que el preaviso puede ser por un término mayor a dicho plazo. Pero no es solamente la Ley colombiana la que ordena tal cosa, pues autores como Deveali y Cabanellas dicen que el término del preaviso puede ser superior al fijado por la Ley o convenio colectivo. (Ortega Torres, pág. 76).

"Siendo esto así, que la Ley y la doctrina expuesta por eminentes autores como los citados, están de acuerdo en que el término del preaviso puede ser mayor de cuarenta y cinco días, no se ve la razón para que dentro de dicho plazo las partes autónomamente, con capacidad jurídica que les da la Ley, no puedan prorrogar un preaviso que legalmente puede ser mayor de cuarenta y cinco días.

"Otra cosa distinta, hubiera sido tal vez la posición del patrono, si exactamente el mismo día en que se vencía la fecha del preaviso, o ya vencido éste, se tratara de continuar bajo esa fórmula para que se prolongara el contrato de trabajo, entonces sí, en una situación de inferioridad para el trabajador.

"Ya el trabajador sabía, y con la debida anticipación, que su contrato de trabajo finalizaba en determinada fecha. Dentro del término facultativo del cual hizo uso el patrono, bien pudo hacer las diligencias que creyera menester para conseguir colocación y evitar su desempleo. Si con la debida anticipación él convino libremente con la Empresa que su contrato no terminara en determinada fecha, sino en otra posterior, seguramente era por la razón de que no había conseguido trabajo en parte alguna. Por otra parte, la fecha de su desempleo era futura y cierta, pues se le propuso y él convino, se repite, que su trabajo terminaría el 12 de septiembre.

"Esta situación, a juicio de la Sala en nada desmejora al trabajador, sino precisamente todo lo contrario, se le da un término adicional dentro del cual él pueda hacer todas las gestiones para conseguir nueva ocupación.

"El trabajador, por nota que le pasó la Empresa sabía ya que "una gran porción de la obra" estaba terminada. Así pues, que tal noticia le era del mayor interés, para ir consiguiendo nueva ocupación. La índole misma de la labor que se ejecutaba no podía ilusionar a ningún trabajador para que ese trabajo fuera indefinido, pues se trataba de la instalación de una refinería, que, como es obvio, llegaría un día en que no hubiera nada que hacer. Así fue como la Compañía en determinada época y por conducto de cualquier representante legal, manifestó en una notaría de esta ciudad, documento que consta en el expediente, que terminaba sus negocios de construcción e ingeniería en la República de Colombia; que terminaba su habilitación para efectuar negocios en el mismo país, y que cerraba su Sucursal, autorizando a los agentes debidamente acreditados para ejecutar todos los actos necesarios a dicha finalidad".

Por la transcripción anterior se aprecia que las consideraciones del Tribunal son muy juiciosas y ajustadas a la realidad procesal.

En lo que se refiere al término del preaviso de que trata el artículo 48 del C.S.T., los 45 días constituyen límite mínimo, ya que la propia disposición prevé que no debe ser inferior a esa cifra. De manera, pues, que bien puede pactarse un preaviso superior al anotado. Pero en verdad en el **sub-lite** el problema no radica sobre el término del preaviso sino sobre su prórroga. Y en este sentido no hay disposición que prohiba tal evento. Y no se ve que ella sea contraria a los intereses del trabajador puesto que el desahucio es un período de tiempo que aparte de la notificación de terminación del contrato significa también el lapso que le permite al trabajador buscar otra colocación. De manera que si el trabajador durante ese intervalo ha encontrado una nueva y estable posición no tendrá interés en prolongar el término de preaviso que le ha dado su anterior patrono. Pero si él acepta voluntariamente la prórroga del preaviso, durante un tiempo fijo, como acontece en el caso de autos, no alcanza a comprenderse cómo este hecho puede catalogarse como ilícito y perjudicial a sus intereses, como lo afirma el recurrente. Máxime cuando, como lo anota el Tribunal y lo confirma la realidad procesal, Bustillo sabía que estaba vinculado a una actividad típicamente transitoria por tratarse de la construcción de una refinería. De otro lado, no hay norma que sobre el particular restrinja la libertad contractual.

Por lo expresado, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO.

Tiene el carácter de subsidiario del anterior y está enunciado así:

"Violación del artículo 48 del C. S. del T., por aplicación indebida, lo cual llevó al fallador a violar, al no tenerlos en cuenta, los artículos 49, 13, 14 y 59, numeral 9º, todos de la misma obra, al aceptar que podía prorrogarse el término del preaviso previsto en el contrato de trabajo suscrito entre las partes, y que no era el caso de aceptar la prórroga de tal contrato en forma presuntiva, una vez pasado el término del preaviso y continuado en las labores el trabajador Bustillo".

La demostración del cargo se hace en estos términos:

"En efecto, cuando el Tribunal de segunda instancia acepta que el artículo 48 admite la posibilidad de prórroga para el término del preaviso, viola, además, los artículos 13 y 14 del Código Sustantivo, pues que, por el primero, las disposiciones del Código "contienen el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor del trabajador" y "no produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca ese mínimo", y, por el segundo, "sus disposiciones (las del Código) son de orden público y los derechos y prerrogativas que conceden son irrenunciables", y se ha visto cómo el trabajador extendió sus labores más allá del 12 de agosto, fecha en que debía finalizar el término del preaviso, que según el artículo 49 le da derecho al trabajador, por el sólo hecho de continuar trabajando, a la prórroga del contrato, por un término de seis meses. Por manera que, aún aceptando que el trabajador suscribió el documento que lo comprometió a la prórroga, sin presión alguna, esta estipulación de acuerdo con el artículo 13, no produce efecto contra el trabajador, pues, de acuerdo con el artículo 14, el trabajador no podía renunciar a la prerrogativa del artículo 49, precepto éste que el fallador debió tener en cuenta para aplicarlo. Violó también el numeral 9º del artículo 59, porque "al patrono le está prohibido ejecutar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores", y está visto cómo el acto del patrono es el causante de la reclamación que motiva este recurso, acto que como se pudo establecer en los autos, tuvo por objeto evadir un nuevo contrato por seis meses, ya con los mismos trabajadores o con nuevos trabajadores que necesariamente habría tenido que contratar, si se hacía efectivo el vencimiento de los cuarenta y cinco días, al cabo de los cuales terminaba el preaviso".

Y remata la acusación de este modo:

"Todo lo anterior se reduce al silogismo que será base necesaria de la decisión: para el caso recurrido se hizo uso de la cláusula de un contrato en los términos que consagra el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo; la Compañía llevó al trabajador a suscribir una prórroga cuya prohibición contemplan los artículos que se han dejado mencionados, luego debe ser sancionada con la correspondiente obligación que impone el pago de los salarios faltantes hasta cumplir el término del contrato presuntivo".

Se considera:

Para resolver el cargo, la Sala debe hacer estas observaciones:

1º—Ya se sabe que el artículo 48 del C. S. del T. se limita a consagrar la cláusula de reserva.

2º—El artículo 49 acusado habla del plazo que regula el contrato de tiempo indefinido y de la forma de prorrogar el de plazo fijo. Se trata, pues, de un precepto que se refiere exclusivamente a ciertas modalidades del término del contrato de trabajo.

3º—Los artículos 13 y 14 contemplados en la acusación se refieren, en su orden, al "mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores" y al carácter de orden público que tienen las disposiciones laborales.

4º—El numeral 9º del artículo 59 acusado alude a una prohibición patronal.

Como se ve, ninguna de las disposiciones expresamente acusadas es consagratoria de un derecho prestacional ni de una indemnización. Apenas representan facultades u ordenamientos de carácter general.

Sólo la parte final de la acusación hace tácita mención al artículo 64 del C.S.T. Pero como ocurre que ya la Sala, en el examen del cargo anterior, ha tenido oportunidad de resolver por qué no ha considerado violados los artículos 48 y 64 ibidem, es el caso de aplicar esa solución al ataque en estudio, ya que el recurrente no aduce argumentos capaces de destruír aquella decisión.

Por lo anotado, el cargo no prospera.

TERCER CARGO

Se formula en esta forma:

"Acuso la indebida aplicación del artículo 48 del C. S. del T., que llevara al Tribunal a omitir la aplicación del artículo 65 de la misma obra.

"DEMOSTRACION.—Al estimarse en el fallo recurrido que cabía la prórroga del preaviso de cuyo término usó la Compañía, hizo uso indebido que luego extendió más allá de su vencimiento, no sólo del artículo 48, sino que violó el artículo 65 citado, puesto que la intención de la Compañía con la maniobra hábil no fue otra que evitarse la prórroga del contrato en forma presuntiva y, como consecuencia, el pago de los salarios correspondientes, salarios que hasta la fecha no ha cubierto. Queda tan demostrada la mala fe de la Compañía al hacer suscribir las llamadas "prórrogas" del preaviso, que no existe duda acerca de la finalidad de esas prórrogas que buscaran evitarse la renovación de los contratos en forma presuntiva, cuyo vencimiento era inevitable para la Compañía. En tal virtud el derecho que asiste al trabajador es cierto para reclamar la indemnización por mora, circunstancia que la Sala Laboral de la Corte en jurisprudencia renovada, ha tenido siempre en cuenta, para sus decisiones.

"Como aparece manifiesta la mala fe de la Compañía para con lo que corresponde por ley al trabajador, debe ser condenada en los términos del artículo 65, todo lo cual no fue tenido en cuenta por el fallador. Solicito, pues, la condena, además por "salarios caídos".

Lo que se deja transcrito es todo lo que dice el cargo.

Se considera:

La Sala se ve precisada a consignar los siguientes reparos que hacen resaltar lo ineficaz de la acusación.

El artículo 48 del C.S.T. sustancialmente consagra una facultad para las partes de poder dar por terminado el contrato de trabajo, en cualquier momento, mediante el preaviso de cuarenta y cinco días. El precepto en sí no estatuye un derecho prestacional sino apenas una de las causales para ponerle término al contrato de trabajo, como lo confirma plenamente el artículo 61, ordinal g), del estatuto laboral.

De otro lado, la indemnización del artículo 65 sólo se causa, en un sentido general, cuando al finalizar el contrato de trabajo, "el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos". Y ocurre que a la Compañía Bechtel sólo se la ha demandado por el pago de los salarios del plazo presuntivo faltante, petición que no acogió el Tribunal y tampoco han prosperado los cargos de la demanda en examen que persiguen tal propósito. Además, el artículo 64 no es consagratorio de prestaciones sociales ni salarios sino de la indemnización de perjuicios.

Por consiguiente, no existe base jurídica que justifique la aplicación del artículo 65 que se señala como violado.

Lo expresado conduce al convencimiento de que la acusación no puede prosperar.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto De Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INVALIDASE EL FALLO ABSOLUTORIO Y EN SU LUGAR SE PROFIERE SENTENCIA CONTRA LA EMPRESA PUBLICA DEMANDADA CONDENANDOLA A PAGAR AL DEMANDANTE EL VALOR DE LA ASISTENCIA MEDICA Y LA INDEMNIZACION MORATORIA

1. — La sentencia debe definir todas las cuestiones litigiosas, es decir, tanto las acciones deducidas por el actor como las excepciones propuestas por el demandado y, en su caso, las contraprestaciones (reconvención). Esa es la doctrina que consagra el artículo 471 del C. J. al señalar los requisitos de forma del indicado acto procesal. El Juez debe examinar primero la acción y después la excepción. La oportunidad para el estudio de ésta no se presenta sino cuando se ha hecho el de la acción, siempre que ella resulte viable, pues objeto de la excepción es aniquilar el derecho deducido en juicio por el actor. Proceder en sentido inverso es desatender las reglas del juzgamiento, contenidas en el citado mandato legal y exigidas por la lógica. La sentencia acusada se ha limitado al estudio de una sola de las excepciones, sin examinar las restantes y por otra parte se ha abstenido de analizar las demás acciones acumuladas en la demanda, lo que equivale a llevar la actividad in procedendo por cauces distintos de los que la ley prescribe.

2.—La norma contenida en el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, ha sido objeto de interpretaciones diversas en la casación laboral. Ha prevalecido últimamente la de que la subsistencia del contrato de trabajo, de que habla su último inciso, no tiene otra consecuencia que la de mantener a cargo de la entidad oficial la obligación sobre pago de los salarios que se causen, desde la expiración del término de gracia hasta que aquélla satisfaga las deudas insolutas, siempre que emanen de cualquiera de las tres causas que la disposición señala. Así que el referido ordenamiento legal "no envuelve la obligación de pagar salarios durante el término de gracia (el de 90 días), pero sí desde que éste concluye hasta que se efectúe el pago de las obligaciones pendientes o la consignación, si es el caso. Esta es la doctrina acogida por esta Sala de la Corte en sentencia de 11 de junio de 1959 (G. J. XC, 886), reiterada, sin alteración, en decisiones posteriores.

3. — La asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, que la ley impone tanto a la administración pública como a los patronos particulares en la forma, términos y condiciones en ella establecidos, entraña una obligación de hacer, con la particularidad de que no es el deudor el encargado de cumplirla sino institutos de seguridad social. En lo que hace a la administración pública, el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en el inciso 2º de su parágrafo 2º, dispone que estará 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 de un fondo especial, el reconocimiento y pago al empleado, entre otras prestaciones, de la relativa a la asistencia médica.

4. — Es la asistencia médica una obligación de hacer, que las leyes imponen, en los términos que ellas establecen, tanto a la administración pública como a los patronos particulares. Ahora bien, si con el asenti-

miento al menos implícito del patrono, se satisface por cuenta del mismo trabajador esta obligación, ya no será posible, por razones obvias, que el acreedor le pida al deudor la satisfacción de la obligación en especie, pues no hay ya otro medio de cumplirla que el pago del equivalente en dinero; y si esto es lo que se pide, la petición tendrá el apoyo de la ley, pues incumplida la obligación de hacer y satisfecha por un tercero por cuenta del acreedor, tiene éste derecho a que el deudor le cumpla por el equivalente en dinero, a título de perjuicio compensatorio (artículo 1.610 del C. Civil).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., veinticuatro de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Jaoquín Rodríguez)

Materia del pleito

El doctor José D. Ordóñez, por medio de apoderado, promovió juicio laboral contra las Empresas Públicas de Cartagena, representadas por su Gerente, para que por sentencia se las condene a pagarle: el salario en diez meses y medio; el valor de la asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria, en tres meses, y el auxilio monetario por enfermedad común; el reajuste de la cesantía; la indemnización moratoria y las costas del juicio. En subsidio de la petición primera solicita la condena al pago del salario en cuatro meses y medio.

Los hechos fundamentales de la demanda, en síntesis, son estos: José D. Ordóñez le prestó servicios personales a las Empresas Públicas de Cartagena, como Odontólogo, desde el 15 de septiembre de 1947 hasta el 15 de septiembre de 1958, en ejecución de un contrato de trabajo. El contrato fue reducido a escrito el 1º de agosto de 1956, con plazo de un año, pudiendo prorrogarse, salvo que en los diez días anteriores al vencimiento cualquiera de las partes manifestara a la otra por escrito su voluntad de terminarlo. El 1º de agosto de 1958 Ordóñez y las Empresas celebraron otro contrato de trabajo, por tiempo indefinido y con cláusula de reserva, sin que aquéllas hubieran dado por terminado el anterior, por lo cual debe éste considerarse vigente; el salario convenido en el segundo contrato fue el de $ 770.00 mensuales, el cual ascendió a $ 882.00 según liquidación que para la cesantía hizo el patrono. El empleado estuvo incapacitado para trabajar por tres meses, a causa de un infarto cardíaco, durante la vigencia del contrato, habiendo costeado por su cuenta la atención médica, farmacéutica y hospitalaria; el 22 de noviembre de 1958 las Empresas le pagaron al empleado la cesantía, pero no el valor de la asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria ni el auxilio monetario correspondiente. La relación de trabajo terminó faltando diez meses y medio para el vencimiento del contrato de 1958, sin haber recibido el salario durante ese período de tiempo; en el supuesto de que el contrato vigente sea el de término indefinido, tampoco le pagó el patrono al demandante el salario de cuatro meses y medio, tiempo faltante para el vencimiento del plazo presuntivo. Las Empresas se limitaron a ofrecerle al empleado el reembolso de los gastos hechos por él a causa de su enfermedad; el capital de aquéllas excede de $ 800.000.00.

En derecho se funda la demanda en las normas que cita del Código del Trabajo.

Al libelo dieron respuesta las Empresas por medio de apoderado. En el respectivo memorial acepta éste los siguientes hechos: el contrato de trabajo; el salario estipulado; el tiempo de servicios; la enfermedad del trabajador y su atención por el demandante; la terminación del contrato por obra del patrono, en uso de la cláusula de reserva; y el capital de las Empresas. Niega los demás hechos. En cuanto al reembolso al empleado por gastos de su enfermedad, expresa que su importe, por $ 1.196.05, fue depositado judicialmente a órdenes de aquél, ante el Juzgado del Trabajo de Cartagena; en lo que respecta al auxilio monetario por enfermedad, manifiesta que Ordóñez recibió, no el porcentaje que del salario ordena la ley, sino el total de la asignación. Como perentorias propuso estas excepciones: pago, directo y por consignación; falta de derecho para pedir, novación y carencia de título; y como dilatoria, la de ilegitimidad de la personería de las Empresas.

Surtido el trámite de rigor, la relación de primer grado terminó por sentencia de fecha 2 de noviembre de 1959, proferida por el Juzgado 2º del Trabajo de Cartagena. Su parte resolutiva

(numeral primero) declara que es absolutamente nulo el contrato de trabajo del 1º de agosto de 1958. En el numeral segundo condena a las Empresas a pagarle al demandante la suma de $ 8.085.00, valor del salario en diez meses y medio, a título de perjuicios, por ruptura ilegal del contrato de fecha 1º de agosto de 1956, y las absuelve (numeral tercero) de los demás cargos de la demanda, porque respecto de cesantía, auxilios médicos, farmacéuticos y monetarios, están probadas las excepciones de pago, falta de derecho para pedir y carencia de título. Condena al patrono a pagar, parcialmente, las costas del juicio.

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior de Cartagena, Sala Laboral, decidió el recurso de alzada por sentencia de fecha 25 de abril de 1960, por la cual revoca la de primera instancia y, en su lugar, absuelve a las Empresas Públicas de Cartagena de todos los cargos, con costas para el actor.

Recurrió en casación la parte vencida. Concedido el recurso, se enviaron los autos a esta Superioridad. Preparado aquí en legal forma, la Corte pasa a decidirlo.

LA DEMANDA DE CASACION

Suplica el **petitum** que la Corte infirme la sentencia del Tribunal y, en su lugar, revoque la de primer grado en cuanto por su numeral tercero absuelve a la entidad demandada de la condena al pago de salarios a partir del 16 de septiembre de 1958, "hasta el día en que le cubran todo lo que le adeudan al trabajador y las condene a pagar la suma proveniente de este concepto".

El recurso invoca la causal primera de casación. Con fundamento en ella acusa violación del Decreto 797 de 1949 (artículo 1º) de manera directa, por interpretación errónea y por aplicación indebida, en cargos separados.

El primero, por violación directa, lo sustenta el recurrente en el hecho de que, habiendo expirado el contrato de trabajo el 15 de septiembre de 1958, la obligación de prestar asistencia médica y farmacéutica al trabajador, a causa de la enfermedad que padeció al servicio del patrono, no fue satisfecha por éste oportunamente, esto es, a fecha en que la relación laboral terminó, sino con retardo (el 17 de julio de 1959), incurriendo en mora durante el término de diez meses dos días; que la demora en el pago de obligaciones por los conceptos expresados da lugar a la sanción prevista en la previsión del decreto, o sea el pago de salarios durante el indicado lapso de tiempo. Agrega que en el juicio no se discute el contrato de trabajo entre las partes, la enfermedad del trabajador dentro de su vigencia, el salario, su terminación el 15 de septiembre de 1958 y la consignación del valor de la asistencia médica y farmacéutica hecha por la entidad demandada extemporáneamente, o sea el 17 de julio de 1959; que el Tribunal no estudia la súplica de la demanda inicial sobre condena al pago de indemnización moratoria, pero como absuelve a la parte demandada de todos los cargos, la absolución implica desconocimiento de las disposiciones legales acusadas por vía directa.

El apoderado de la parte opositora pide el rechazo del cargo y a tal fin expone estas razones:

La acusación enfrenta la sentencia con el aparte del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, extraño a la litis, y no con los incisos 1º y 2º, parágrafo 2º del artículo 1º que son los pertinentes; al terminar el contrato las Empresas le pagaron al actor cuanto le debían por salarios y prestaciones; la oferta de reembolsarle a aquél lo que pagó por asistencia médica y farmacéutica fue un simple reconocimiento gracioso, que no puede tener el efecto de hacer responsable a la entidad demandada de la sanción prevista en el citado decreto; la obligación de los patronos y entidades oficiales, en los casos de la ley, es darle, no pagarle al empleado, asistencia médica, farmacéutica, etc.

SE ESTUDIA EL CARGO:

Como observaciones previas, la Sala debe hacer las siguientes:

La demanda de instancia acumula varias acciones de condena, así: la de pago de perjuicios por lucro cesante, fundada en la ruptura ilegal del contrato, la de pago de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria, y la de cancelación del auxilio monetario por enfermedad, en tres meses, y la de indemnización de perjuicios por mora.

De las súplicas de la **intentio** el fallo de primer grado sólo acoge la de pago de perjuicios por lucro cesante, previa declaración de nulidad del contrato de agosto de 1958. En su concepto, las relaciones jurídicas entre las partes quedaron regidas por el contrato de 1956, de plazo fijo, terminado ilegalmente por la entidad oficial demandada diez meses y medio antes de la fecha

de su expiración. Por tal motivo rechazó la excepción de novación propuesta en la contestación de la demanda.

La sentencia del Tribunal se dedica —exclusivamente— al estudio de la excepción de novación, y a refutar cuanto expone el fallo de primera instancia para sostener que en el proceso no resulta acreditado ese medio de extinción de las obligaciones. Las demás peticiones de la demanda inicial, como el resto de las excepciones, no le merecieron consideración alguna.

La Sala debe anotar que no fue acertado el sistema empleado por el sentenciador para la expedición de su resolución final.

La sentencia debe definir todas las cuestiones litigiosas, es decir, tanto las acciones deducidas por el actor como las excepciones propuestas por el demandado y, en su caso, las contrapretensiones de éste (reconvención). Es esa la doctrina que consagra el artículo 471 del C. J. al señalar los requisitos de forma del indicado acto procesal. El Juez debe examinar primero la acción y después la excepción. La oportunidad para el estudio de ésta no se presenta sino cuando se ha hecho el de la acción, siempre que ella resulte viable, pues objeto de la excepción es aniquilar el derecho deducido en juicio por el actor. Proceder en sentido inverso es desatender las reglas del juzgamiento, contenidas en el citado mandato legal: en ausencia de éste, serían aplicables dichas reglas por exigencia de la lógica, pues si quien promueve el juicio es el demandante y quien se opone a sus pretensiones es el demandado, es preciso oír primero al que ataca y conocer sus razones, y después al que se defiende, para deducir, de la contraposición de intereses, cuál es la voluntad de la ley, declarándola en favor del litigante a quien proteja. Limitar el estudio a una sola de las excepciones, sin examinar las restantes, por una parte, y abstenerse de analizar las demás acciones acumuladas en la demanda, por la otra, como lo hace el Tribunal, es conducir la actividad in **procedendo** por cauces distintos de los que la ley prescribe.

Pasa ahora la Sala al estudio del primer cargo, y acerca de él hace estas consideraciones:

La norma acusada, reglamentaria de disposiciones de la Ley 6ª de 1945, contiene varios preceptos, de los cuales, se refieren unos a empleados particulares y otros a empleados oficiales vinculados a la administración pública por relación contractual de trabajo.

El demandante se halla comprendido entre los trabajadores de la segunda clase. Respecto de ellos, los preceptos pertinentes del artículo 1º del Decreto dicen:

"Parágrafo 2º—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 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 respectivas 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, estarán a cargo de la Caja de Previsión Social a que se hallen afiliados los trabajadores oficiales..... el reconocimiento y pago..... de los auxilios monetarios y la asistencia médica de que haya venido disfrutando el trabajador..... 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 toda su vigencia en los términos de la ley".

La norma del decreto, en los apartes transcritos, ha sido objeto de interpretaciones diversas por la casación laboral. Ha prevalecido últimamente la de que la subsistencia del contrato, de que habla su último inciso, no tiene otra consecuencia que la de mantener a cargo de la entidad oficial la obligación sobre pago de los salarios que se causen, desde la expiración del término de gracia hasta que aquélla satisfaga las deudas insolutas a su cargo, siempre que emanen de cualquiera de las tres causas que la disposición señala. Es esa la doctrina acogida por esta Sala de la Corte en sentencia de fecha 11 de junio de 1959 (G. J. Tº XC), reiterada, sin alteración, en decisiones posteriores. En dicha sentencia dijo la Corporación: "Y si respecto de los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, se habla de que dichos contratos se consideran 'suspendidos' hasta por el término de no-

venta 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".

Los supuestos de hecho que estructuran la hipótesis legal tienen plena comprobación en el proceso, como lo afirma el recurrente. Fueron admitidos por las Empresas en la contestación de la demanda y se hallan además respaldados con la prueba documental a ella acompañada.

A esa situación de hecho no discutida, se abstuvo el Tribunal de aplicar la norma legal correspondiente. Prospera, pues, el cargo, pero no con la extensión que indica el impugnador, pues como se ha visto, la administración pública goza de un plazo de gracia (el de noventa días) contados a partir del despido o retiro del trabajador, para el pago de obligaciones que en ese momento se hallen pendientes. Por tanto, la Corte casará la sentencia y, en su lugar, acogerá la petición sobre condena al pago de la indemnización moratoria por el tiempo a que haya lugar. La prosperidad del primer cargo hace innecesario el estudio de los dos restantes, los cuales persiguen fines idénticos a los de aquél.

No son atendibles los argumentos que contra la acusación contiene el alegato de réplica del apoderado de la parte opositora, por estas razones:

La demanda de casación transcribe parte de las normas del artículo 4º del Decreto 797 de 1949, pero señala como violado por la sentencia todas las que integran el artículo, dando a conocer además, en vista del carácter reglamentario de la previsión, la doctrina de derecho material que le sirve de fundamento (artículo 8º de la Ley 6ª de 1945), como se deduce del contenido de la acusación. Satisface, pues, el recurso, la exigencia formal a que alude el alegato de oposición.

La asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, que la ley impone tanto a la administración pública como a los patronos particulares, en la forma, términos y condiciones en ella establecidos, entraña una obligación de hacer, con la particularidad de que no es el deudor el encargado de cumplirla sino institutos de seguridad social.

En lo que hace a la administración pública, el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en el inciso 2º de su parágrafo 2º, dispone que 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 de un fondo especial, el reconocimiento y pago al empleado, entre otras prestaciones, la relativa a la asistencia médica.

Se deduce de la prueba documental que obra en autos el hecho de que las Empresas, para el suministro de la asistencia médica a sus empleados, tienen facultativos a su servicio. De ella resulta también que el demandante, por el carácter de la enfermedad (infarto cardíaco) se vio precisado a contratar los servicios de un médico particular, informándolo así a la entidad demandada, a efecto de que resolviera si debía continuar atendiéndolo ese médico o si optaba por prestarle la asistencia por intermedio de sus facultativos, como consta en la nota del 13 de noviembre de 1957 (fl. 46). Ante el silencio de las Empresas, es razonable suponer que autorizaron la atención del paciente por su médico particular.

Los comprobantes de folios 25 a 34 acreditan que el empleado cubrió por su cuenta los gastos de asistencia médica y farmacéutica.

Ahora bien: satisfecha por el acreedor la obligación de hacer con el asentimiento al menos implícito del deudor, ya no sería posible, por razones que sobra exponer, que el acreedor le pida al deudor la satisfacción de la obligación en especie. No hay otro medio de cumplirla que el pago del equivalente en dinero, que es lo pedido en la demanda inicial.

La súplica tiene apoyo en la ley, pues incumplida la obligación de hacer y corriendo en autos la prueba de que la satisfizo un tercero por cuenta del acreedor, tiene éste derecho a que el deudor la cumpla por el equivalente en dinero, a título de perjuicio compensatorio (artículo 1.610 del C. C.). Por lo demás, se ha visto que la ley social hace de cargo del tesoro de la respectiva entidad oficial la obligación de que se trata.

Es suficiente lo dicho para concluir que carece de fundamento la objeción de que la asistencia médica y farmacéutica es obligación espe-

rifica no susceptible de que el patrono la satisfaga en dinero.

De otro lado, no sobra anotar que la súplica sobre reembolso de los gastos hechos por el empleado, fue aceptado en el juicio por las Empresas. Su abogado, al dictaminar sobre el punto (fls. 22 y 23) la halló fundada, procediendo al respecto con loudable corrección y con sujeción estricta a la ley. De ahí la consignación que del importe de la deuda hizo la parte demandada, aunque con retardo, ante el Juzgado del Trabajo. No puede, pues, sostenerse en casación, que el reconocimiento de la obligación por parte del deudor fue un simple acto gracioso de su parte.

Para fallar en instancia, se considera:

De las peticiones de la demanda el fallo de primer grado acogió únicamente la de pago de perjuicios por ruptura ilegal del contrato, absolviendo a la entidad demandada de los demás cargos. Comprende la absolución las peticiones por reajuste de cesantía, auxilio monetario por enfermedad común, reembolso de los gastos por asistencia médica y farmacéutica, hechos por el actor y la de indemnización por mora, respecto de las cuales declaró probadas, entre otras excepciones, la de pago.

Se vio, al estudiar el primer cargo, que la obligación relativa a asistencia médica y farmacéutica, a cargo de las Empresas, por su equivalente en dinero, fue satisfecha por ellas extemporáneamente. Para tal fin disponían del término de noventa días, contados desde el 16 de septiembre de 1958, como lo prescriben las normas del Decreto 797 de 1949, en lo pertinente, y como no hicieron el pago por consignación sino el 17 de julio de 1959, incurrieron en mora durante 6 meses 16 días, pesando sobre la entidad demandada durante ese lapso de tiempo la obligación de cubrirle al empleado el sueldo correspondiente.

Estimó el Juzgado a-quo que las relaciones jurídicas entre las partes debían regirse por el contrato escrito de 1958, de plazo fijo, y no por el de agosto de 1958, de plazo indefinido y con cláusula de reserva. Sin embargo, el salario que toma en cuenta para producir la condena por lucro cesante no es el del primer contrato ($ 700.oo al mes) sino el del segundo ($ 770.oo mensuales) respecto del cual declara su nulidad.

Para los efectos de la condena que debe producir la Sala se atiene al salario pactado en el contrato de 1958. Sobre el punto acoge el concepto del sentenciador de segundo grado, según el cual las partes, en ejercicio de la libertad contractual, sustituyeron la primera convención por la segunda, sin que ello implique desconocimiento de los derechos del trabajador ni quebranto de norma alguna de la ley laboral.

Tomando por base el salario de $ 770.00 mensuales, el valor de la deuda insoluta a cargo de las Empresas, durante el tiempo de la mora, es la cantidad de $ 5.030.67.

No hay constancia en autos de que el demandante hubiera retirado la suma consignada a su favor el 17 de julio de 1959 ($ 1.196.05) y como la deuda que con ella se quiso cancelar sirve de causa a la condena de perjuicios por mora, es preciso ordenar su reconocimiento y pago, sin perjuicio de que se faculte al deudor para que impute el valor de la consignación al de la condena.

Dado el alcance que a la impugnación señala el recurrente, no es del caso mantener la condena del fallo de primer grado por lucro cesante (perjuicio compensatorio) y, por la misma razón, debe quedar vigente la absolución en cuanto a las súplicas por reajuste de cesantía y pago del auxilio monetario por enfermedad no profesional. Lo expuesto lleva a la conclusión de que no está probada la excepción de pago en lo que se refiere a la obligación en especie, ni las de falta de derecho para pedir y carencia de título, e igualmente la de solución efectiva en cuanto a la indemnización de perjuicio por mora.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1º—CASASE la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena.

2º—Revócase la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Segundo del Trabajo de Cartagena y, en su lugar, se dispone:

a)—Se declaran no probadas las excepciones de pago, falta de derecho para pedir y carencia de título, en cuanto a la súplica sobre reembolso y los gastos hechos por el demandante por concepto de asistencia médica y farmacéutica y la referente a la indemnización de perjuicios por mora.

b) Condénase a las Empresas Públicas de Car-

tagena a pagar al demandante, doctor José D. Ordóñez, mayor de edad y vecino de la nombrada ciudad, lo siguiente:

PRIMERO.—La suma de mil ciento noventa y seis pesos con cinco centavos ($ 1.196.05) m. l., importe de los gastos hechos por el actor ocasionados por asistencia médica y farmacéutica.

Autorízase al Juzgado Segundo del Trabajo de Cartagena para entregar al demandante Ordóñez el valor de la consignación efectuada ante dicho Juzgado por las Empresas Públicas de la nombrada ciudad, según cheque número 29.427 del 16 de julio de 1959, a cargo del Banco Industrial Colombiano, cuyo envío se ordenó al Banco de la República para su conversión en título expedido por dicha entidad bancaria, si no apareciere retirado por el actor, y, hecha la entrega, impútese su valor al de la condena mencionada.

SEGUNDO.—La suma de cinco mil treinta pesos con sesenta y siete centavos ($ 5.030.67) m. c., valor de perjuicios a título de indemnización moratoria, por no haber cubierto oportunamente las Empresas la prestación de que trata la parte motiva de esta providencia, pago que debe hacerse dentro de los tres días siguientes al de su ejecutoria.

c) —Absuélvese a las Empresas Públicas de Cartagena de los demás cargos de la demanda.

Sin costas en las instancias y en el presente recurso.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto De Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.



NO PROSPERA LA IMPUGNACION HECHA CONTRA LA SENTENCIA QUE CONDENO A UNA INSTITUCION BANCARIA A PAGARLE A UN EX-TRABAJADOR SUYO CIERTO CUANTIOSO EXCEDENTE DE CESANTIA QUE RECLAMABA

Por vía de doctrina la Sala hace una rectificación al Tribunal

Al fijarle la Ley 48 de 1942 el carácter de definitivas a las liquidaciones parciales de cesantía, les restó la posibilidad de ser consideradas como buenas cuentas o simples anticipos, ya que de otro modo quedaría esencialmente desvirtuado el sentido expreso de la propia norma. Es ese el entendimiento dentro del cual se ha pronunciado la jurisprudencia laboral. Por lo demás, tal interpretación se ciñe a la ley y está en consonancia con la realidad normativa en materia de cesantía para la época de la citada Ley 48, puesto que no debe olvidarse que esa prestación no se causaba en todos los casos de terminación del contrato de trabajo, como en principio general hoy existe, sino sólo en los de despido "no originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato" (Ley 10 de 1934), lo cual pone de manifiesto que la liquidación anticipada del derecho era una garantía adicional porque aseguraba definitivamente su ingreso al patrimonio del empleado antes de que aquél se causara y, en virtud de tal carácter, afianzándole la subsistencia posterior, ante una eventual terminación justificada del contrato.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL — Bogotá, D. E., abril veintisiete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.)

Roberto Riveira Abello, por medio de apoderado, presentó demanda contra el Banco Comercial de Barranquilla S. A., a fin de que por los trámites del juicio ordinario laboral contra dicha entidad se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERO.—Que el acta de conciliación de fecha 23 de enero de 1954, firmada ante el Inspector Seccional del Trabajo de Barranquilla, entre el señor Roberto Riveira Abello y el señor doctor Hernando Manotas, en representación del Banco Comercial de Barranquilla, no tiene validez en relación con el valor del auxilio de cesantía, que como ex-trabajador del Banco Comercial de Barranquilla le corresponde al señor Roberto Riveira Abello.

"SEGUNDO.—Que las liquidaciones parciales del auxilio de cesantía, realizadas por el Banco Comercial de Barranquilla al señor Roberto Riveira Abello en los días 31 de diciembre de 1942, 30 de junio de 1947, 30 de junio de 1950, 31 de diciembre de 1950, 31 de diciembre de 1951, 31 de diciembre de 1952, no tienen el carácter de definitivas.

"TERCERO.—Que se condene al Banco Comercial de Barranquilla, a reajustar con base en el último salario devengado, el auxilio de cesantía del señor Roberto Riveiro Abello.

"CUARTO.—Que se condene al Banco Comercial de Barranquilla, a pagar al señor Roberto Riveira Abello la suma de siete mil setecientos treinta y cinco pesos con cincuenta y cuatro centavos moneda legal ($ 7.735'54 m. l.), por concepto de la diferencia entre el valor de las di-

versas liquidaciones parciales que le hicieron y la suma de diez y seis mil setenta y ocho pesos con dos centavos moneda legal ($ 16.078.02 m. l.) que es el valor total del auxilio de cesantía a que tiene derecho el señor Roberto Riveira Abello, de conformidad con el último sueldo.

Como hechos de la demanda se destacan estos:

Que Riveira trabajó al servicio del Banco demandado desde el 1º de diciembre de 1934 hasta el 11 de septiembre de 1953, fecha en que fue retirado; que durante ese tiempo se le hicieron al actor varias liquidaciones parciales del auxilio de cesantía, así: en diciembre 31 de 1942 por $ 1.375.00; el 30 de junio de 1947 por $ 2.126.25; el 30 de junio de 1950 por $ 2.127.48; el 31 de diciembre de 1950 por $ 331.25; el 31 de diciembre de 1951 por $ 718.75; y el 31 de diciembre de 1952 por $ 820.00; que el salario promedio durante el último año fue de $ 843.75; que el 18 de septiembre de 1953 el Banco le pagó prestaciones sociales (cesantía, vacaciones, bonificación, prima de servicios y preaviso) por valor de $ 3.304.70; que por reclamo posterior de Riveira se reajustó la anterior liquidación, según documento de enero 20 de 1954, recibiendo como diferencia a su favor la suma de $ 3.023.40, para lo cual se amplió la base de su liquidación final hasta el 30 de diciembre de 1953; que el 23 de enero de 1954 se firmó en la Oficina del Trabajo de Barranquilla un acta de conciliación en que consta el último pago referido y en donde las partes se declaran a paz y salvo por "todos los extremos del contrato de trabajo"; que por haber trabajado Riveira por espacio de dieciocho años, nueve meses y once días afirma que le corresponde el reconocimiento de su cesantía, con base en el último salario, por un valor de $ 16.078.02; que de esta cifra debe deducirse lo recibido por concepto de cesantías parciales; y que el Banco no ha atendido favorablemente la solicitud que en el sentido anotado le ha dirigido aquél.

En derecho la demanda cita los artículos 14, 15, 249, 254, 255, 256 y 340 del C.S.T. y menciona diferentes jurisprudencias sobre el alcance de las cesantías parciales.

El Banco Comercial de Barranquilla, también por conducto de apoderado, respondió la demanda aceptando los hechos relativos al tiempo servido, los diversos pagos por cesantía, así como el pago inicial y el complementario por prestaciones sociales al finalizar el contrato de trabajo; pero negó los otros relacionados con la diferencia de cesantía que reclama el actor. Propuso excepciones de prescripción respecto de las diferentes cesantías pagadas a Riveira; la de cosa juzgada prevista en el artículo 78 del C. de P. L. y también la "excepción de prescripción general".

Correspondió el conocimiento de la litis al Juzgado Primero del Trabajo de Barranquilla, el cual dictó su fallo, el día 18 de enero de 1957, declarando probada la excepción de cosa juzgada. No hizo condena en costas.

De la anterior providencia apeló el apoderado del demandante. El Tribunal Superior de Barranquilla -Sala Laboral-, desató la alzada, mediante sentencia de 16 de diciembre de 1957, por medio de la cual revocó el fallo apelado y, en su lugar, condenó a la entidad bancaria demandada a pagar al actor la suma de $ 5.535.33 "por concepto de diferencia entre el valor total de las liquidaciones parciales que recibió y el valor total del auxilio de cesantía a que tiene derecho". El ad-quem no profirió condena en costas.

Contra la decisión del Tribunal presentó recurso de casación la parte demandada. En vista de que ha sido admitido y tramitado en forma legal, corresponde resolverlo con base en la demanda que lo sustenta. No se adujo escrito de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

El petitum del recurso persigue la casación total del fallo impugnado y que se confirme el de primer grado o, en subsidio, que se case la sentencia del Tribunal y, en su lugar, se condene al Banco al pago de la suma de $ 1.021.97, en cambio de la suma decretada en la decisión del ad-quem.

Con fundamento en la causal primera establecida en el artículo 87 del C. de P. L., el recurrente plantea tres cargos.

CARGOS a) y b).

Están enunciados así:

"a).—Violación directa, o por interpretación errónea, de los siguientes textos legales sustantivos, que forman una proposición jurídica completa de derecho sustancial o material: 19, 20 y 78 del Código Procesal del Trabajo; artículos 14

y 15 del Código Sustantivo del Trabajo y 473 y 474 del C. J.".

"b).—Violación, por aplicación indebida, a consecuencia de error de hecho evidente en la apreciación del Acta de conciliación que obra a folio 3 y 20 del C. Nº 1, de los artículos 19, 20 y 78 del procesal del trabajo, 14 y 15 del C. sustantivo laboral".

Se examinan los cargos.

En ambas acusaciones toda la argumentación gira alrededor de las normas citadas en cada una de ellas y es de observar que en su desarrollo no se precisan los preceptos sobre cesantía aplicados por el sentenciador. Por consiguiente, los cargos carecen de eficacia para quebrantar el fallo impugnado, ya que no le permiten a la Sala efectuar la confrontación entre la sentencia y las disposiciones de derecho material acogidas por el **ad-quem**, las cuales han sido debatidas en el plenario.

CARGO c).

Se halla expuesto en la siguiente forma:

"Violación directa de los artículos 16 y 256 del C. S del Trabajo, en concordancia con el artículo 249, misma obra".

Después de transcribir varios pasajes del fallo acusado y el artículo 1º de la Ley 48 de 1942, sostiene el recurrente:

"La anterior disposición estuvo vigente hasta la expedición de la Ley 6ª de 1945. Durante todo el tiempo en que rigió, las liquidaciones parciales de cesantía, efectuadas conforme a su tenor, adquirieron el carácter de DEFINITIVAS, sin que por esto se afectara la relación laboral existente, que continuaba la misma. Pero el auxilio de cesantía así liquidado, producía el efecto de CONSOLIDAR **una situación jurídica concreta lícita**, con carácter DEFINITIVO, que ya no podía ser tocada por la ley posterior, puesto que no se estaría en presencia de un mero caso de retrospectividad sino de una verdadera retroactividad de la ley, violatoria del texto constitucional que ampara los derechos adquiridos bajo la ley vigente.

"Así lo reconoce el propio sentenciador, cuando dice: "Por lo mismo, son aplicables a las relaciones de trabajo vigentes o en curso, en el momento en que empezó a regir el estatuto, **carecen de efecto retroactivo** (subrayo) y por tanto, no afectan situaciones definitivas o consumadas conforme a leyes anteriores". Si esto es así, mal podría aplicarse la ley 6ª de 1945, o cualquiera ley posterior a la liquidación DEFINITIVA y PARCIAL DE CESANTIA, cumplida bajo el imperio de la Ley 48 de 1942, en relación con el actor ROBERTO RIVEIRA ABELLO, el 20 de agosto de 1943, como aparece del documento de folio 21, C. Nº 1, debidamente autorizado ese pago por el Inspector Seccional del Trabajo del Atlántico, señor Antonio Consuegra Sierra.

"Allí se hizo la liquidación correspondiente a 8 años y un mes de servicios, y, a virtud de ello, el demandante recibió la suma de $ 1.375.oo, por concepto del auxilio de cesantía.

"En esta forma, la nueva liquidación, que debía hacerse a la terminación del contrato de trabajo, debía partir necesariamente de la fecha hasta la cual se hizo esa primera liquidación, o sea, del 1º de enero de 1943 en adelante, ya que la liquidación en referencia se hizo hasta el 31 de diciembre de 1942.

"De modo que desde la fecha de la primera liquidación (31 de diciembre de 1942) hasta el 11 de septiembre de 1953 (fecha del despido), transcurrieron 10 años, 8 meses, 11 días de relación laboral entre las partes, lapso que debe ser tenido en cuenta para efectuar la liquidación que, por concepto del referido auxilio de cesantía, corresponde a actor, con prescindencia del tiempo anterior al 31 de diciembre de 1942, ya que la liquidación efectuada hasta esa fecha tiene el carácter de DEFINITIVA e IRREVOCABLE.

"De conformidad con la parte final del numeral 1 del artículo 253, del C. S. del Trabajo, 'los aumentos de salario que se hagan a partir de la vigencia de este Código sólo afectarán el cómputo de la cesantía durante los tres (3) años anteriores a la fecha de cada aumento'.

"De consiguiente, debe tomarse el promedio de salario devengado por el demandante en el lapso que va desde el 11 de septiembre de 1950 al 11 de septiembre de 1953, fecha del despido. Tal promedio es, como lo reconoce el sentenciador, de $ 843,75, al mes, que multiplicado por TRES años de servicio, arroja un total de $ 2.531.25.

"Quedan por liquidar los 7 años, 8 meses y 11 días de servicio, comprendidos entre el 31 de diciembre de 1942 y el 10 de septiembre de 1950. Como el tribunal ha aceptado, el promedio mensual de salario devengado por el demandante

durante este lapso fue de $ 709,16, lo que arroja un total de $ 5.458.20, que sumados a los $ 2.531.25, correspondientes a los tres últimos años, arroja un AUXILIO DE CESANTIA TOTAL de $ 7.989.45. Y como el actor había recibido, por concepto de las LIQUIDACIONES PARCIALES efectuadas por el Banco demandado a partir del 31 de diciembre de 1942, debidamente autorizadas por la Inspección Seccional del Trabajo del Atlántico (documentos de folios 21 a 37 del C. 1º), la suma de $ 6.123.73, suma a la cual hay que agregar la de $ 843,75 que recibió el actor por concepto del auxilio de cesantía correspondiente al lapso que va de la última liquidación parcial (31 de diciembre de 1952) a la fecha del despido (11 de septiembre de 1953), según documentos de folios 1 a 3, mismo Cuaderno 1º, el demandante recibió, por concepto del auxilio de cesantía, la suma total de $ 6.967.48, que deducida del valor de la cesantía a que tiene derecho ($ 7.989.45) —$ 7.989.45— $ 6.967.48— da una diferencia en favor del actor de $ 1.021.97, que es, a lo sumo, a lo que podría aspirar el demandante.

"Lo dicho indica claramente por qué quebrantó directamente el sentenciador los artículos 16, 249 y 256 del C. Sustantivo del Trabajo, al aplicarlos a una situación jurídica concreta ya definida desde el 20 de agosto de 1943, en vigencia de la ley anterior, o sea la 48 de 1942, en cita. El artículo 16 mencionado dice de modo expreso que la vigencia de la ley posterior no afectará a las "situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores", y tal es el caso de la liquidación parcial y definitiva consumada bajo el imperio de la ley 48 de 1942. Y como el sentenciador, sin haber errado al estimar las pruebas que obran de autos ni al interpretar los citados textos legales, omitió o lo hizo a un caso que no estaba comprendido por ellos, los infringió directamente".

Se considera.

Como puede apreciarse, el recurrente sostiene que se trata de violaciones directas de los preceptos acusados y descarta la posibilidad de que hubiese podido haber yerro del sentenciador al interpretar esas normas. La Sala no comparte tal punto de vista porque, a su juicio, lo que ha ocurrido en el presente caso es, precisamente, una falla en la interpretación del artículo 1º de la Ley 48 de 1942. En efecto, el ad-quem, con prescindencia de cualquier problema de orden probatorio, consideró que la liquidación parcial de cesantía hecha dentro del imperio de la citada Ley no tiene carácter definitivo. Esta apreciación es contraria a lo dispuesto por la norma en referencia que estatuye que tal clase de liquidación es de índole definitiva; pero como el cargo no se planteó por el concepto de errónea apreciación la Sala considera que no puede prosperar. Mas esto no es óbice para que la Corte rectifique por vía de doctrina, la posición equivocada del fallador de segundo grado, lo que hace en la siguiente forma:

Los antecedentes del caso debatido demuestran, en forma que no ha sido objeto de discusión entre las partes, que Riviera recibió diferentes pagos parciales de auxilio de cesantía, así: uno dentro del régimen de la Ley 48 de 1942; tres dentro de la vigencia de la Ley 6ª de 1945; y dos cobijados por el Código Sustantivo del Trabajo.

En relación con la liquidación efectuada al amparo de la Ley 48 de 1942, conviene recordar que esta Sala ha fijado ya su alcance, según lo expresó en sentencia de mayo 20 de 1958, con estas palabras:

"La Ley 48 de 1942, por tantos criticada no sin razones, les confirió naturaleza definitiva, exhaustiva y absoluto poder liberatorio a las liquidaciones que, como la de autos, fueron realizadas durante su vigencia. Si acaso en ellas hubo fallas, su revisión no puede ir hasta el extremo de destruir su naturaleza. La jurisprudencia debe ser demasiado cauta en esta materia, porque de no serlo sus decisiones precipitadas, a más de resultar contrarias a la Ley, conducirían a remover situaciones jurídicas concretas agotadas, con desmedro de universales y consabidas reglas de derecho e inclusive con perjuicio de la paz y armonía en el campo social. Tomar el pretexto de que la ley fue mal aplicada para nuevamente aplicarla mal, equivale a perpetrar una doble transgresión del derecho....." (G. J. Tomo LXXXVII, números 2195-2196, pág. 867).

De manera, pues, que al fijarle la misma ley el carácter de definitivas a las liquidaciones parciales de cesantía, les restó la posibilidad de ser consideradas como buenas cuentas o simples anticipos, ya que de otro modo quedaría esencialmente desvirtuado el sentido expreso de la propia norma. Es ese el entendimiento dentro del cual se ha pronunciado la jurisprudencia laboral. Por lo demás, tal interpretación se ciñe a la ley y está en concordancia con la realidad normativa en

materia de cesantía para la época de la citada Ley 48, puesto que no debe olvidarse que esa prestación no se causaba en todos los casos de terminación del contrato de trabajo, como en principio general hoy existe, sino sólo en los de despido "no originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato". (Ley 10 de 1934). Lo cual pone de manifiesto que la liquidación anticipada del derecho era una garantía adicional porque aseguraba definitivamente su ingreso al patrimonio del empleado antes de que aquél se causara y, en virtud de tal carácter, afianzándole la subsistencia posterior, ante una eventual terminación justificada del contrato.

En virtud de que se ha rectificado la interpretación dada por el Tribunal el artículo 1º de la Ley 48 de 1942, no se hará condenación en costas.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo recurrido.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto De Zubiria C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

SE DECIDE UN RECURSO DE SUPLICA CONFIRMANDO LA PROVIDENCIA RECURRIDA POR MEDIO DE LA CUAL HUBO DE SER RECHAZADA UNA DEMANDA SOBRE PROPIEDAD PRIVADA DE HIDROCARBUROS

Condiciones para que sea admisible la corrección de una demanda

1.—La omisión de las designaciones que debe contener la demanda (artículos 205 y 737 del C. Judicial) y la oscuridad en lo que se pide, autorizan al Juez para que se abstenga de darle curso, hasta tanto no se satisfagan los requisitos omitidos o se aclare el petitum. Pero si la deficiencia que impide tramitarla no es de la especie de las citadas, sino que se refiere a los elementos mismos de la acción, entonces el defecto constituye no ya un motivo de suspensión de admisibilidad, sino de inadmisibilidad pura y simple. En otras palabras: la aclaración o corrección que autoriza el artículo 736 del mismo código es de simple forma, pues que la oscuridad a que él se refiere y las omisiones que permite subsanar son de ese carácter, lo que significa que la aclaración o corrección excluyen el cambio o modificación de cualquiera de los elementos de la acción, pues ello implica un nuevo planteamiento que rebasa la enmienda de errores o deficiencias de carácter meramente formal.

2.—Son tres las oportunidades en que puede haber lugar a corrección o enmienda de la demanda: 1ª Cuando el Juez la ordena de oficio (art. 738 del C. Judicial) suspendiendo la admisión mientras no se aclare la petición oscura o se satisfaga una exigencia de orden estrictamente formal, caso en el cual la corrección no implica alteración de la demanda, y ésta se entiende presentada en su fecha y no en la de la corrección. 2ª—Cuando una vez presentada la demanda pero antes de su admisión, se le introducen modificaciones que alteran sus elementos constitutivos, en cuyo caso hay transformación o cambio de la demanda, por lo cual la fecha de la presentación no puede ser sino la de la corrección, pues en el fondo se trata de una nueva demanda. 3ª—Cuando admitida la demanda y surtido el correspondiente traslado, se le introducen modificaciones que pueden no ser de simple forma, pero que sí han de estar de acuerdo con la naturaleza de la acción incoada, en cuyo caso puede llegarse a alteraciones en los elementos de la acción, aunque no sustanciales.

3.—La inadmisión de la demanda —que procede cuando quiera que se esté en presencia de un defecto que no es de los a que se refiere el artículo 78 del Código Judicial, en cuyo caso hay lugar a la simple suspensión del acto de admisión—, es uno de aquellos actos que causan la cesación del procedimiento, o sea, que excluyen el pronunciamiento sobre la respectiva pretensión; en otras palabras, que la inadmisión no solamente hace la demanda ineficaz "como negocio jurídico, sino incluso como hecho".

conforme a la expresión de Carnelutti, por lo cual es "como si nunca se hubiera propuesta". De ahí que la corrección o enmienda en ese caso deba ser tratada como una nueva demanda. Lo que no ocurre cuando sólo se trata de suspender la aceptación de la demanda, pues que este acto sólo difiere esa aceptación para cuando se realice la corrección o aclaración que indica el artículo 738, por lo cual dicha suspensión no excluye la posibilidad del pronunciamiento, ni determina, por tanto, la cesación del procedimiento.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES — Bogotá, catorce de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

Los señores Manuel Antonio Cuéllar Durán, Manuel Antonio Cuéllar Calderón y María Teresa Cuéllar Uerós demandaron, en libelo presentado el veinticinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve, la declaración de propiedad privada de los hidrocarburos que puedan encontrarse en los predios denominados El Juncal e Ilarco, de propiedad, el primero de Manuel Antonio Cuéllar Durán y Manuel Antonio Cuéllar Calderón, y el segundo de María Teresa Cuéllar Uerós, por haber salido los respectivos terrenos del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 en virtud de un título jurídico emanado del Estado.

En auto de veintiseis de enero de mil novecientos sesenta el señor apoderado sustanciador dispuso devolver la demanda, previas las cancelaciones de rigor, por cuanto en ella se hacía una acumulación objetiva de acciones que no llenaba los requisitos exigidos en el artículo 209 del Código Judicial en armonía con el 398 de la misma obra: había dos distintas partes demandantes, contra la reiterada doctrina de la Corte conforme a la cual "aun cuando el artículo 209 no lo dice expresamente, debe entenderse que la acumulación de acciones en él prevista, tiene cabida solamente cuando la parte demandante es una misma en todas las acciones, así como la parte demandada, ya que en el conjunto de la demanda la parte actora tiene que ser idéntica, lo mismo que la parte opositora". (G. J. XII, 124).

En nuevo libelo presentado el seis de diciembre de mil novecientos sesenta (cerca de un año más tarde), los demandantes modificaron su demanda para concretar su solicitud de declaración de propiedad privada del subsuelo petrolífero al inmueble denominado El Juncal y excluir a uno de los demandantes, la señora María Teresa Cuéllar de Uerós; reforma que no fue admitida por el sustanciador en auto de veintirés de enero último, contra el cual la parte actora ha recurrido en súplica para ante los magistrados restantes de la Sala de Decisión.

Expresa el artículo 738 del Código Judicial que "si la demanda no contiene las designaciones a que se refiere el artículo (737), o se halla oscuridad en lo que se pide, el juez se abstiene de darle curso mientras no sea corregida o aclarada, expresando en el auto los defectos de que ella adolece". El 737 dice, por su parte, que "la demanda en juicio ordinario, fuera de las indicaciones que, en general, ordena el artículo 205, debe enunciar con claridad y precisión las peticiones que se hacen y expresar los hechos en que ellas se apoyan, debidamente clasificados y numerados". El 205 dispone, a su turno, que toda demanda debe contener la designación del juez a quien se dirige, el nombre de las partes y el de sus representantes, su vecindad o residencia, lo que se demanda, los hechos en que se apoya la respectiva pretensión y los fundamentos de derecho de la misma. El artículo 208 permite, por último, aclarar, corregir, enmendar, e incluso **variar** la demanda mientras no se haya notificado el auto que abre la causa a prueba o hasta la notificación del auto de citación para sentencia cuando no hay recepción a pruebas.

Considerando la relación existente entre las anteriores disposiciones, se observa que en ellas se prevén ciertos motivos o presupuestos de **suspensión** de la admisibilidad de la demanda —omisión de las designaciones indicadas en los artículos 205 y 737 y oscuridad (que es mera falta de diafanidad o transparencia) en lo que se pide— cuya existencia en el libelo autoriza la abstención de darle curso hasta tanto no se satisfagan los requisitos omitidos o se aclare el **petitum**; de modo que si el defecto que impide tramitarla no es su oscuridad o la omisión de una de las formalidades aludidas, sino que se refiere a los elementos mismos de la acción, entonces ese defecto no constituye ya solamente un presupuesto de **suspensión** de admisibilidad, sino de **inadmisibilidad** pura y simple, que da lugar a la repul-

su ad litem, y al replanteamiento de la acción en caso de que el actor insista en su pretensión; replanteamiento que, como es obvio, no constituye una simple corrección ni aclaración, pues que nada hay que aclarar o corregir, sino un nuevo planteamiento del litigio, esto es, una nueva demanda. En otras palabras, la aclaración o corrección que autoriza el artículo 738 es de simple forma, pues que la oscuridad a que él se refiere y las omisiones que permite subsanar son de ese carácter, lo que excluye que la aclaración o corrección puedan comprender el cambio o modificación de cualquiera de los elementos de la acción, pues ello implica un nuevo planteamiento que rebasa la enmienda de errores o deficiencias de carácter meramente formal.

Son tres en suma las oportunidades en que puede haber lugar a corrección o enmienda de la demanda: 1ª Cuando, por virtud de lo dispuesto en el artículo 738 del Código Judicial, el juez la ordena de oficio, suspendiendo la admisión mientras no se aclare la petición oscura o se satisfaga una exigencia de orden estrictamente formal. En este caso la corrección, por su naturaleza, no implica una alteración de la demanda, y ésta se entiende presentada en su fecha y no en la de la corrección. 2ª Cuando, una vez presentada la demanda pero antes de su admisión, se le introducen modificaciones que alteran sus elementos constitutivos, en cuyo caso hay transformación o cambio de demanda, por lo cual la fecha de la presentación no puede ser sino la de la corrección o enmienda. Como es obvio, el actor tiene facultad de disponer libremente de su acción antes de haberse trabado la relación jurídica procesal, pero cuando obra así formula una nueva demanda que se entiende presentada en la fecha en que lo sea la reforma. 3ª Cuando, aceptada la demanda y surtido el correspondiente traslado, se le introducen modificaciones que pueden no ser de simple forma, pero que sí han de estar de acuerdo con la naturaleza de la acción incoada, en cuyo caso puede llegarse a alteraciones en los elementos de la acción, aunque no sustanciales, pues como lo ha expresado un procesalista, "de acuerdo con la técnica procesal se cambia la acción cuando se sustituye cualquiera de sus elementos: personas, petitum y causa petendi. Y como el derecho del actor a la corrección no va hasta poder variar la acción, se puede de ello deducir que no le es dable sustituir la persona del demandado, ni el objeto de la acción, ni la causa jurídica en que ésta se basa, porque estas modificaciones equivaldrían a un cambio sustancial de la acción". Fuera de las correcciones simplemente formales que autoriza el artículo 738, tanto antes como después de admitida la demanda se la puede reformar, por tanto, con toda amplitud en la primera oportunidad, con restricciones en la segunda, pero en todo caso dentro del término que la ley haya señalado para la presentación de la demanda —como ocurre con el juicio sobre propiedad privada del petróleo—, pues así lo exigen el replanteamiento de la acción, en la primera oportunidad, y en ambas el efecto preclusivo de los plazos judiciales.

Bien vale la pena transcribir, porque tienen aplicación en caso como el presente, los siguientes conceptos de Carnelutti:

"El que, en un determinado momento, el procedimiento no pueda ya proseguir, quiere decir que se extingue la fuerza propulsora que determina su movimiento; en términos no figurados, la eficacia del acto que determina la obligación del pronunciamiento; este acto es la demanda. Mientras la demanda conserva su efecto, el procedimiento debe llevar al pronunciamiento sobre la misma: cuando interviene algo que excluye el pronunciamiento, la cuestión no puede explicarse lógicamente sino en el sentido de que tal efecto no se produce ya, esto es, que la demanda ha perdido su eficacia. Así el concepto de la cesación del procedimiento se resuelve en el de la extinción de los efectos de la demanda.

"Pero esta observación no es suficiente para aclarar el concepto de la cesación, si no se añade que la extinción se refiere a todos los efectos de la demanda, tanto respecto de oficio como de la contraparte, o, por mejor decir, no sólo a los efectos de la demanda como acto y precisamente como negocio jurídico, sino incluso como hecho, por lo que la demanda no sólo resulta ineficaz, sino que es como si nunca se hubiera propuesto". (Sistema, IV, 753).

La inadmisión de la demanda —que procede cuando quiera que se está en presencia de un defecto que no es de los a que se refiere el artículo 738 del Código Judicial, en cuyo caso hay lugar a la simple suspensión del acto de admisión—, es uno de aquellos actos que causan la cesación del procedimiento, o sea, que excluyen el pronunciamiento sobre la respectiva pretensión; en otras palabras, que la inadmisión no solamente hace la demanda ineficaz "como nego-

cio jurídico, sino incluso como hecho", conforme a la expresión de Carnelutti, por lo cual es "como si nunca se hubiera propuesto". De ahí que la corrección o enmienda en ese caso deba ser tratada como una nueva demanda. Lo que no ocurre cuando sólo se trata de **suspender** la aceptación de la demanda, pues que este acto sólo difiere esa aceptación para cuando se realice la corrección o aclaración que indica el artículo 738, por lo cual dicha suspensión no excluye la posibilidad del pronunciamiento, ni determina, por tanto, la cesación del procedimiento.

Sin que sobre observar, finalmente, que los anteriores conceptos no pugnan con doctrina alguna anterior de la Corte, quien en ningún momento ha llegado a identificar la aclaración de un texto oscuro o la subsanación de uno de los defectos de forma a que se refiere el artículo 738 con la alteración de los elementos mismos de la acción incoada.

En el caso sometido a la consideración de la Sala, desechada la demanda por contener una acumulación objetiva irregular de acciones, fue ella enmendada en el sentido de excluir a una de las personas que integraban la parte actora y uno de los inmuebles comprendidos en la pretensión respectiva, con el propósito de eliminar la acumulación que movió la repulsa. No se trata, por consiguiente, de la simple aclaración de un texto que en el libelo aparece expresado con absoluta claridad, ni de llenar una formalidad que no se echa menos, sino de la alteración de la parte actora y de la pretensión procesal, lo que implica un cambio en los términos de la acción, cambio que supone una nueva demanda, que para ser admisible requería presentación en tiempo oportuno, o sea, dentro del año siguiente a la publicación de la propuesta en el Diario Oficial. El actor no procedió así, sin embargo, por lo cual el auto reclamado debe confirmarse.

En consecuencia, se confirma la providencia materia del recurso.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Carlos Zambrano. — Con salvamento de voto. **Ramiro Araújo Grau.** — **Carlos Peláez Trujillo.** — **Jorge García Merlano,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO DR. RAMIRO ARAUJO GRAU, RESPECTO A LA PARTE MOTIVA DEL AUTO ANTERIOR

RESUMEN. — **Está bien el que, por indebida acumulación de acciones, se rechace el libelo en que dos personas instauran acciones contra un mismo demandado respecto a predios distintos y sin ningún nexo jurídico. Pero si luego, dentro del término de la ejecutoria del auto de repulsa, la demanda es corregida en el sentido de no introducir cambios en los elementos de las acciones, sino en el de eliminar en su totalidad una de las dos acciones, y se pide que se dé evasión tan sólo a la otra, no se alcanza a ver qué perjuicios puedan causarse ni a quién, o qué principio superior pueda resultar conculcado, porque se acepte la demanda con relación a una de las dos acciones instauradas en el primitivo libelo. El caso es diferente si se presenta la corrección después de ejecutoriado el auto que rechazó la demanda, consideración ésta que sí es bastante a fundamentar la parte resolutiva de la providencia anterior.**

Expongo a continuación las razones que me llevan a discrepar de mis distinguidos colegas de Sala con relación a la parte motiva del fallo anterior, en que se resuelve un recurso de súplica interpuesto por el señor apoderado de Manuel A. Cuéllar Durán y otros.

A mi juicio los argumentos expuestos en el fallo pecan de excesivo rigorismo en la aplicación del derecho procesal, el cual no tiene un fin en sí mismo, sino que es esencialmente instrumental, cosa que el propio legislador se ha encargado de hacer evidente en el artículo 472 del C. J., en el que pone en guardia al intérprete contra la tendencia a olvidar esa nota característica de las normas procesales.

En atención a que el artículo 209 del C. J., según lo ha entendido la Corte, no permite la acu-

mulación en una misma demanda de acciones que ninguna vinculación jurídica guarden entre sí (la Corte ha admitido la acumulación en los casos que puedan dar lugar a una acumulación de autos), está bien que se rechace el libelo en que dos personas instauran acciones contra un mismo demandado respecto a predios distintos y sin ningún nexo jurídico. Pero si luego, dentro del término de la ejecutoria del auto de repulsa, la demanda es corregida en el sentido no de introducir cambios en los elementos de las acciones, sino en el de eliminar en su totalidad una de las dos acciones, y se pide que se dé avasión tan sólo a la otra, no se alcanza a ver qué perjuicios puedan causarse, ni a quién, o qué principio superior pueda resultar conculcado, porque se acepte la demanda con relación a una de las dos acciones instauradas en el primitivo libelo.

El resultado práctico que en definitiva persigue la aludida restricción del artículo 209, es el de que no se ventilen en un mismo proceso dos o más acciones carentes de conexidad, y esa finalidad es precisamente lograda en la hipótesis de estudio, en la que uno de los actores se retira del proceso y deja al otro como único demandante respecto a pretensiones que desde un principio había formulado en su integridad.

Que en el interin haya vencido el término de la caducidad no puede tampoco dar lugar a objeción alguna, puesto que la acción que subsiste había sido realmente presentada, con todos sus elementos constitutivos, en el primitivo libelo, en tiempo oportuno. No es que haya presentado una acción nueva, sino que se eliminó una que había sido incoada junto con otra, y tal eliminación no puede llevar a desconocer el hecho histórico de que el libelo en que se introcujo la acción fuera presentado en determinada fecha, antes de consumarse la caducidad.

Pero ni aún desde un punto de vista puramente exegético puede justificarse la tesis del fallo.

Pues si se acepta que el artículo 208 del C. J., permite hacer correcciones o enmiendas a la demanda ya aceptada y dada en traslado al demandado, con mayor razón debe permitirse que tales correcciones o enmiendas puedan hacerse a la demanda todavía no admitida, especialmente en casos como el de autos, en que las correcciones, como se dijo, no implican mutación de los elementos de las acciones, sino la eliminación de una de ellas, que por lo demás, se repite, había sido introducida antes de que se agotara el término de caducidad. El artículo 208 dice hasta qué momento puede ejercerse el derecho a enmendar la demanda, pero no dice desde cuándo, por lo que obviamente hay que entender que desde que existe la demanda como tal, o sea, desde que es presentada en la Secretaría de la correspondiente oficina judicial, que es cuando adquiere relevancia jurídico-procesal el escrito en que el actor formula sus pretensiones y opera el fenómeno, aludido en el artículo 205 del C. J., de iniciar el proceso, si bien para algunos efectos particulares ese acto pueda no iniciar un determinado juicio (artículo 981, del C. J.), como a la inversa, y también para determinados y particulares efectos, pueda haber juicio antes de la presentación de la demanda propiamente dicha (artículo 893 del C. J.).

Que este derecho a eliminar una acción pueda ser utilizado en forma abusiva, bien puede ser, como también lo es que constantemente se abusa de muchos derechos no sólo procesales, lo que no puede conducir a su desconocimiento. Además, el principio de la preclusión de los términos pone coto a tales posibles abusos. Pues es evidente que la facultad de corregir la demanda rechazada no pueda ejercerse sin limitación alguna en el tiempo, ya que, ejecutoriada la providencia de repulsa, se extingue el proceso, y el expediente debe ir al archivo sin que sea posible ponerlo nuevamente en movimiento por actuaciones posteriores del actor; ni el juez, que habría perdido jurisdicción sobre él (artículo 148 del C. J.). El proceso muere así en su cuna, pues, apenas había integrado relaciones entre demandante y juez, sin haber alcanzado al otro sujeto normal de la relación jurídico procesal.

Y tal fue en realidad lo que aconteció en el caso **sub-judice**. Pues la corrección de la demanda fue presentada casi un año después de ejecutoriado el auto que rechazó el libelo. Esta consideración sí es bastante para fundamentar la decisión del auto que denegó el recurso de súplica que se decide, y sólo en atención a ella acepta la parte resolutiva de dicho auto, en el que se confirma la providencia que rechazó la aludida corrección de la demanda.

Fecha ut supra.

Ramiro Arrúja Grau

SE CONDENA AL ESTADO A PAGAR EL VALOR DE UNAS RESES QUE LE FUERON REQUISADAS A SU DUEÑO PARA ATENDER AL SOSTENIMIENTO DE TROPA DESTACADA EN LOS LLANOS POR MOTIVOS DE ORDEN PUBLICO

Responsabilidad directa e indirecta de la Administración. — Naturaleza de la requisición de semovientes para mantenimiento de tropas

1.—Actualmente se reconoce la responsabilidad indirecta de la Administración según las disposiciones del C. Civil, contenidas en el Título 34 del Libro IV, en cuanto atañe a los perjuicios ocasionados por los delitos o culpas de los empleados subalternos en el ejercicio de sus atribuciones o con el pretexto de ejercerlas, con todas sus ventajas, pero también con todas las limitaciones señaladas en las normas aludidas, como la prescripción de la acción en lapso de tres años, que opera tanto respecto de las personas naturales como en relación con las personas jurídicas, incluyendo también al Estado o a la Administración. Esta debe también indemnizar los perjuicios causados por actos, hechos u operaciones administrativas, como consecuencia de una responsabilidad directa (artículos 87 y 68 de la Ley 167 de 1941), que incluye las omisiones o "falta de servicio", en cuanto no menoscabe sus facultades discrecionales.

2.—Corresponde decidir si la requisición de semovientes del actor, con destino a la alimentación de la tropa, según decisión u orden del Corregidor y Comandante de Barranca de Upía, debe considerarse como una responsabilidad indirecta del Estado, con fundamento en una culpa del citado capitán; o si debe clasificarse como directa, reputándose como acto o hecho u operación administrativa la requisición de los semovientes según orden verbal de la citada autoridad. El acto de la requisición no cabe duda alguna que se llevó a efecto como algo inherente al servicio público, la alimentación de la tropa, según orden de quien, en aquellos tiempos, legítimamente ejercía la autoridad civil y militar, con facultad suficiente para tomar las medidas necesarias encaminadas a cumplir la misión de restablecer el orden público perturbado en la región, o sea, cumplía un acto administrativo o una operación o un hecho del mismo carácter que compromete la responsabilidad directa del Estado, en cuanto atañe a la indemnización debida al propietario damnificado.

3—El Corregidor y Comandante del Puesto Militar de Barranca de Upía, dispuso y ejecutó la requisición de 120 cabezas de ganado vacuno de propiedad particular, a fin de atender al sostenimiento de la tropa a su mando, destacada allí en misión de orden público en tiempo de estado de sitio, y el señor Procurador Delegado, con fundamento en el artículo 33 de la Constitución Nacional en armonía con el numeral 1º del artículo 34 del C. C. A., sostiene que la competencia corresponde, en este caso, al Consejo de Estado. La Sala, sin embargo, tiene en cuenta que las normas legales aludidas se refieren a expropiaciones de bienes muebles llevadas a efecto en forma regular; pero si esto no sucede, si se trata más bien de una ocupación o disposición de hecho de semovientes con destino a llenar una necesidad pública inaplazable, la competencia

privativa no puede predicarse de la jurisdicción contenciosa administrativa, así como tampoco conoce de la indemnización por la ocupación de hecho y permanente de la propiedad inmueble; por tanto, el conocimiento de este juicio le corresponde a la justicia ordinaria, en conformidad con el auto, ya ejecutoriado, en que así lo resolvió el Tribunal (artículo 460, numeral 2º del C. J.).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES. — Bogotá, catorce de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña)

El apoderado de Saúl Nevardo Espitia Z. demandó a la Nación, ante el Tribunal de Bogotá, con el objeto de que, previa la tramitación del juicio ordinario respectivo, en la sentencia definitiva se hicieran las siguientes condenas:

"A) Que el Estado de Colombia (la Nación) debe pagarle al demandante la suma de cuarenta y dos mil pesos ($ 42.000.00), valor de las cabezas de ganado mayor de propiedad de aquél que, sin indemnización previa, le fueron arrebatadas y que se sacrificaron desde el mes de diciembre de mil novecientos cincuenta (1950) hasta octubre de mil novecientos cincuenta y uno (1951), para el sustentamiento de las tropas del ejército de Colombia, acantonadas y que entonces se concentraban en el puesto militar de Barranca de Upía, dentro de los tres días subsiguientes a la ejecutoria del respectivo fallo.

"B) Que se condene al mismo a pagarle a mi poderdante el valor de los perjuicios que resultare probado o que se acreditare posteriormente, como daño emergente y lucro cesante, tanto los materiales como los perjuicios morales que éste ha venido sufriendo, con motivo del despojo de que fue víctima y de que trata este libelo.

"C) Que una vez ejecutoriada tal sentencia, se libre un despacho; con inserción de ella y de su notificación a las partes, a la Junta Militar de Gobierno o al Presidente de la República —si ya estuviere ejerciendo sus funciones— y al Ministro de Guerra, para que en cumplimiento de lo prevenido por el artículo 554 del C. de Ps. Cvles. procedan a ordenar el traslado o apropiación y el reconocimiento y pago de que trata dicha providencia, lo mismo que a las Comisiones de Presupuesto del Senado y de la Cámara de Representantes, si ya estuvieren ejercitando sus respectivas funciones constitucionales.

"D) Que se condene al demandado en las costas del juicio que hoy se inicia, si hiciere oposición a los hechos o a las súplicas en este libelo contenidas" (fls. 20 a 21 vto. cuaderno Nº 1º).

Respecto de los fundamentos de hecho, el actor narra la siguiente y detallada historia:

"PRIMERO. -- Hallándose el entonces Capitán Misael Marín Ardila —hoy Mayor—, en ejercicio de su cargo de Corregidor y Comandante del puesto militar de 'Barranca de Upía', en la Intendencia Nacional del Meta, en el mes de diciembre de mil novecientos cincuenta (1950) se le presentó mi corritente a solicitarle licencia y pasaporte para trasladar a Villavicencio unas cabezas de ganado mayor de su propiedad, y aquél le contestó que como él necesitaba veinticinco (25) reses para el sostenimiento de la tropa acantonada en ese lugar, le ordenaba entregárselas inmediatamente, como en efecto y obligadamente se las entregó mi poderdante; y entonces el mismo funcionario le dijo a éste que él necesitaba también el resto del ganado vacuno mayor que mi mandante poseía en ese lugar, y que por ningún motivo podía autorizar el traslado ni expedir el pasaporte que le solicitaba.

"SEGUNDO. — Las citadas ciento veinte (120) reses de ganado vacuno mayor, que entonces constituían el único patrimonio de mi poderdante, fueron sacrificadas para el sostenimiento y sustentación de las unidades de tropa del Ejército de Colombia acantonadas y que se congregaban en ese lugar, pues el resto, o sean, noventa y cinco (95) cabezas de ganado mayor, le fueron arrebatadas **manu militari** a mi mandante por un sargento de apellido Parada, quien las condujo a un potrero cercano a la cabecera del corregimiento de Barranca de Upía y de propiedad de José Emilio Oviedo, donde las encerró.

"TERCERO.—Dicho funcionario llegó a la cabecera del corregimiento de Barranca de Upía, a fines del año de mil novecientos cincuenta (1950), con ochenta (80) unidades de tropa del Ejército de Colombia, y como allí se formó una especie de campo de concentración militar, en donde se reunían todas las comisiones militares que actuaban entonces en la Intendencia del Meta y Boyacá, en número que ascendía a veces hasta quinientas (500) unidades, hubo a veces el sacrificio de cuatro reses diarias para la manu-

tención de los miembros del Ejército allí congregados, de modo que en un lapso de diez (10) meses, contados desde diciembre de mil novecientos cincuenta (1950), fueron sacrificadas las ciento veinte (120) cabezas premencionadas de ganado vacuno mayor que mi comitente poseía.

"CUARTO.—Como al damnificado señor Saúl Nevardo Espitia Zorro le fuera imposible a la sazón obtener siquiera el recibo de los ganados de que se trata, porque lo capturaron e incorporaron como baquiano por órdenes del Coronel Manuel Agudelo y del Mayor Hernando Forero, desde el año de mil novecientos cincuenta y uno (1951) habiendo sido conducido por un sargento de apellido Gutiérrez ante el Batallón Vargas, donde trabajó hasta el primer semestre del año de mil novecientos cincuenta y dos (1952), tan pronto como pudo averiguó en el Comando del Ejército por el paradero del citado Capitán Misael Marín Ardila, y allí se le informó que se hallaba en Vélez, a donde mi poderdante se trasladó para obtener el comprobante que hoy acompaño y cuyo contenido y firma fueron reconocidos ante el Juzgado Municipal de Dolores (Tolima).

"QUINTO.—Las cabezas de ganado vacuno mayor de que se trata, estaban marcadas así:... ..... y tenían entonces un precio comercial de trescientos cincuenta pesos ($ 350.00) cada una, o sea, la suma total de cuarenta y dos mil pesos ($ 42.000.00); y de haberlas conservado mi comitente en su poder, habrían alcanzado un precio mínimo de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) cada una, que fue el precio comercial a que se vendieron posteriormente en esa región de Villavicencio otras reses de igual peso y calidad.

"SEXTO.—Tales marcas, herretes o señales que mi mandante tenía registradas en el corregimiento de Barranca de Upía, cuya cabecera incendió el mismo ejército al retirarse del puesto premencionado, fueron registradas posteriormente en la Alcaldía Municipal de Restrepo (Meta), según se ve en las copias que acompaño.

"SEPTIMO.—Como dicho ganado constituía el único patrimonio de mi mandante, éste ha venido sufriendo desde entonces una vida de suma pobreza, con su cónyuge y siete (7) pequeños hijos, ninguno de los cuales ha llegado aún a la pubertad, y agotó la vía administrativa, con las diligencias que hizo ante el Ministerio de Guerra para que lo indemnizaran, siquiera en parte, de los daños y perjuicios que sufrió y que ha venido sufriendo, con motivo de los hechos relacionados, y tras largos años de lucha en sus gestiones, se le informó como única y definitiva resolución, que allí nada le reconocerían ni pagarían, a menos que la justicia ordinaria ordenara el reconocimiento y pago del valor de la reclamación de indemnización que ha venido gestionando.

"OCTAVO.—Al proferir tal resolución no se tuvo en cuenta que el General Gabriel París, en su calidad de Ministro de Guerra, en los primeros meses del año en curso, dejó escrito en el respectivo expediente y firmado de su puño y letra más o menos lo siguiente: 'Esto debe arreglarse con fondos del Ministerio de Guerra', ni tampoco el informe rendido en el expediente por el Mayor Misael Marín Ardila sobre el despojo que se le hizo a mi poderdante de las ciento veinte (120) reses de que se trata y su sacrificio para el sustentamiento de las unidades del Ejército que se hallaban entonces en el puesto militar de Barranca de Upía, algunas de las cuales actuaban bajo su mando y otras bajo su aprovisionamiento y sustentación" (fls. 10 y 20 ib.).

Como fundamento de derecho citó los artículos 16 y 30 de la C. N.; último inciso del artículo 34 de la Ley 97 de 1887; artículos 1.944, 2.341, 2.342, 2.343, 2.347 y concordantes del C. C.

A nombre de la Nación contestó la demanda el Fiscal 1º del Tribunal, para oponerse a que se hicieran las condenas suplicadas, y, después de manifestar que ninguno de los hechos narrados le constaban, tampoco aceptó como suficientes los documentos presentados con la demanda.

Por su especialísima importancia, corresponde hacer mención de que el Fiscal del Tribunal, antes de presentar su alegato de conclusión, demandó la declaración de nulidad del juicio, por falta de competencia en el juzgador de primera instancia, porque "se trata, sencillamente, de que el objeto de la demanda es obtener la indemnización de los perjuicios sufridos por el demandante, por virtud de la disposición de unos semovientes de propiedad del demandante, por parte del Miembro del Ejército, Capitán Misael Marín Ardila, en tal carácter y en el de Comandante del Puesto Militar de Barranca de Upía. El Ho-

notable Consejo de Estado ha sentado una doctrina reiterada, según la cual es esa entidad la que debe conocer de todo negocio de 'índole administrativa', como resulta de lo preceptuado en los artículos 68 del C. C. A., 34, 35 de la Ley 167 de 1941 y, sobre todo, el artículo 51 del C. citado".

Con el fin de desechar la nulidad alegada por el Fiscal, el Tribunal en auto de fecha 10 de julio de 1959 (fls. 8, cuaderno número 8º), dijo:

"Tratándose, como se trata, en el caso sub-lite, de un pretendido hecho de la administración pública o de un agente del Ejecutivo, que puede llegar a constituír un ataque a la propiedad privada del ciudadano José (sic) Novardo Espitia, se concluye que el conocimiento del presente litigio le corresponde necesariamente a la justicia ordinaria, y más concretamente por la naturaleza del negocio y la calidad de la parte demandada a este Tribunal. Luego no es el caso de declarar la nulidad de la actuación solicitada por el señor Fiscal, la cual debe en consecuencia negarse".

Como antecedentes de los conceptos copiados, se hizo expresa mención a la sentencia de fecha 17 de agosto de 1947 (G. J. Tomo 64, págs. 615 y ss.) de la Sala de Negocios Generales, como también a la de 20 de junio de 1955 (G. J. Tomo 80, pág. 243) de la Sala Plena por medio de la cual se declararon inexequibles los artículos 261 a 269 del C. C. A.

El apoderado del actor, en el alegato de primera instancia, adujo las siguientes razones para fundar la acción deducida en juicio:

"Tanto las personas naturales como las personas jurídicas son responsables de los actos u omisiones que han ocasionado daño a un tercero a sus bienes, y aun lo son por los daños que causen por el descuido con sus bienes (edificios ruinosos, animales rabiosos o feroces, etc.).

"A propósito de la responsabilidad de las entidades de derecho público y de las personas jurídicas, dice la Corte Suprema de Justicia:

"'Las entidades de derecho público y las personas jurídicas, no son capaces de cometer delitos o culpas que caen bajo la sanción del Código Penal; pero sí lo son de cometer culpas civiles, no ellas sino sus agentes o representantes legales, y por lo tanto son responsables de los perjuicios que causen a las personas contra quienes se cometan'. (Sentencia, 19 de julio de 1916. Tomo XXV, página 304) (Tomo II de la compilación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de Germán Orozco Ochoa, pág. 532).

"Aparecen plenamente acreditados en el expediente a que me refiero en este escrito, todos los elementos que configuran la culpa extracontractual o aquiliana, a saber:

"1º—El hecho o culpa causantes de daño a un tercero.—Aparece plenamente acreditado en los autos que Misael Marín Ardila le arrebató a mi comitente, sin previa indemnización, ciento veinte reses (120) que poseía en la finca de 'La Venganza', ubicada en el corregimiento de Barranca de Upía, violando con ello el artículo 30 de la Constitución Nacional que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, de tal manera que sólo puede haber expropiación por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, y mediante sentencia judicial, con previa indemnización. En su doble carácter de Capitán y Comandante del Puesto Militar de Barranca de Upía, al despojar a mi mandante de los únicos bienes que integraban su patrimonio no obró dicho empleado con las diligencias y prudencia que, a virtud de la ley, les corresponde a los funcionarios públicos (culpa in omittendo), sino que procedió a hacer una expropiación arbitraria, inhumana e inicua contra mi poderdante, prefermitiendo los principios constitucionales, legales y morales que presiden y reglamentan la expropiación y dejando a la víctima sumida en la miseria, con su mujer y siete hijos" (fls. 20 a 28 vto., cuaderno Nº 2º).

Después de hacer alusión a las pruebas aportadas con el objeto de establecer "el derecho violado y el daño sufrido por la víctima", agrega:

"3º—El vínculo de causalidad.—Misael Marín Ardila no actuó en tales hechos y omisiones como un particular, sino como Capitán y Comandante del Puesto Militar de Barranca de Upía, hallándose debidamente posesionado del cargo oficial de Capitán y en pleno ejercicio de la doble función de Capitán y Comandante del prementionado Puesto Militar, arrojando la carga de la responsabilidad de sus hechos y omisiones contra la Nación, conforme al inciso 3º del artículo 33 de la Carta Magna que dice textualmente: 'La Nación será siempre responsable de las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes'.

"Y es que todos los hechos y omisiones de los empleados públicos o agentes del Gobierno, acarrean responsabilidad para la Nación, aunque actúen sin órdenes superiores, pues en este evento se destacaría la responsabilidad del Estado por la culpa **in eligendo** consistente en el descuido y falta de previsión que se tuvo al designar, posesionar e investir de funciones oficiales a un empleado arbitrario o al menos ignorante e imprudente" (fls. 29 ib.).

El Fiscal del Tribunal, en el alegato de conclusión, insiste en su tesis, así: "Ese 'acto de autoridad', empero, tiene un innegable cariz administrativo, ya que el Capitán Marín habría obrado en su condición de tal y como funcionario de la Administración (Corregidor de Barranca de Upía) que, además comandaba la tropa allí acantonada. A lo cual se suma la circunstancia fundamental de que el acto, inequívocamente arbitrario y violatorio del derecho de propiedad, tuvo por objeto la prestación de un servicio para los servidores del Estado, como lo eran los componentes de la citada tropa" (fls. 32 ib.).

El Tribunal, en la parte motiva del fallo de fecha 6 de mayo de 1960, examinada la responsabilidad indirecta del Estado por culpa "in vigilando" o "in eligendo" y la prueba allegada al juicio, concluye:

"En efecto, LA CULPA, resulta legalmente acreditada y emana de la conducta observada por el Capitán del Ejército señor Misael Marín Arcila, como Comandante Militar y Corregidor de 'Barranca de Upía', de que tratan los autos. De todo el haz probatorio resulta evidente que el nombrado Capitán, con su doble investidura de Comandante Militar y primera autoridad administrativa del lugar ya nombrado, desposeyó MANU MILITARI al actor señor Nevardo Espitia Zorro de un rebaño de semovientes vacunos de su propiedad exclusiva, sin sujetarse a procedimiento administrativo alguno, sin que el despojado señor Espitia pudiera hacer oposición de ninguna clase, ya que se procedía en nombre de la autoridad y para efectos de la alimentación de los soldados acantonados en el lugar. Tal proceder arbitrario de un agente directo del Ejecutivo, o sea del Estado colombiano, sin sujeción a las normas constitucionales y legales invocadas expresamente por el actor en su demanda, compromete directamente a dicho Estado por razones obvias, pues de esos actos emana la culpa extracontractual o aquiliana que engendra la consiguiente responsabilidad directa de la Nación" (fls. 43 y 43 vto. ib.).

En la parte resolutiva del fallo, se lee: "**Primero: DECLARASE** que la Nación o Estado Colombiano es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales causados al demandante señor Saúl Nevardo Espitia Zorro como consecuencia de los actos o hechos del agente de la Administración Pública señor Capitán del Ejército Nacional Misael Marín Ardila, quien en su doble carácter de Comandante Militar y Corregidor de 'Barranca de Upía' en la Intendencia del Meta, arrebató a dicho demandante ciento veinte (120) cabezas de ganado vacuno en la forma expresada en los autos, con destino a la alimentación de las tropas del Ejército Nacional acantonadas en aquel lugar.

"**Segundo:** En consecuencia, CONDENASE a la Nación, o el Estado Colombiano, a pagarle al demandante señor Saúl Nevardo Espitia Zorro, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la cantidad o suma de CUARENTA Y DOS MIL PESOS ($ 42.000.00) moneda corriente, como valor de las ciento veinte (120) cabezas de ganado vacuno materia de este litigio, y los intereses que la anterior suma devengó desde el primero (1º) de enero de mil novecientos cincuenta y dos (1952) en adelante, y los que devengue hasta el día en que la Entidad demandada efectúe el pago, a la rata del uno por ciento (1% m.) mensual.

"**Tercero:** CONDENASE también a la Nación o el Estado Colombiano, a pagarle al mismo accionante Saúl Nevardo Espitia Zorro dentro del término indicado en el numeral inmediatamente anterior, la cantidad de DOS MIL PESOS ($ 2.000 00) moneda corriente, valor de los perjuicios **morales subjetivos** ocasionados al demandante mencionado, de que da cuenta la parte motiva.

"**Cuarto:** NO SE HACE condenación en costas procesales. (Artículo 576 del C. J.).

"**Quinto:** Si el presente fallo no fuere apelado, CONSULTESE con el Superior inmediato. Si fuere confirmado, cúmplanse los preceptos del artículo 554 del C. de P. C." (fls. 44 a 44 vto. ib.).

Apelada la sentencia por el Fiscal, en el alegato de segunda instancia, el señor Procurador 1º Delegado en lo Civil insiste en la tesis de que no se trata de una responsabilidad indirecta del

Estado, sino de una expropiación de acuerdo con el artículo 33 de la C. N., atribuída, en cuanto a su indemnización, al Consejo de Estado según el numeral 1º del artículo 34 del C. C. A.; de aquí deduce la nulidad de lo actuado ante la jurisdicción ordinaria. Además, agrega, si se trata de una culpa del respectivo funcionario, la responsabilidad indirecta del Estado estaría prescrita, según el numeral 2º del artículo 2.358 del C. C.

En efecto, en el citado alegato se lee: "La Carta Fundamental reglamenta el problema de la expropiación en los artículos 30 y 33. De conformidad con estos preceptos se reconocen en nuestra Patria tres clases o tipos de expropiación. El primero está previsto en el inciso 3º del artículo 30. Es la expropiación ordinaria. Para su legalidad se requieren tres elementos esenciales: declaración de utilidad pública, sentencia judicial e indemnización previa. El segundo tipo de expropiación está regulado en el inciso 1º del artículo 33 y es aplicable en tiempos de guerra:

"'En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización'.

"La tercera y última clase de expropiación autorizada por la Constitución Nacional es la consagrada en el inciso final del artículo 30, que dice:

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

"En el caso presente no dudamos en considerar que el tipo o clase de expropiación aplicable es el previsto para tiempos de guerra en el inciso 1º del artículo 33 de la Carta Fundamental, antes transcrito. En efecto: para que sea viable dicha expropiación se requieren dos circunstancias: Primera, que exista un estado de guerra y segunda que la finalidad de la expropiación consista exclusivamente en el restablecimiento del orden público" (fls. 10, cuaderno número 4º).

Determinado el significado de la palabra guerra, dice: "....en caso de expropiación en tiempo de guerra, no es necesaria la declaratoria de utilidad pública, ni la sentencia judicial, ni la indemnización previa. Basta que se trate de bienes muebles y que exista una orden militar o administrativa. En el caso de autos los bienes expropiados eran muebles, y, según manifiesta el demandante mismo, fueron apropiados por el Ejército Nacional en virtud de orden expedida por la autoridad administrativa y militar del Corregimiento en cuestión.

"Existiendo los varios requisitos necesarios para la aplicación del inciso 1º del artículo 33 de la Constitución y no siendo necesaria declaratoria de utilidad pública ni sentencia judicial, ni indemnización previa, el acto del Capitán Marín no puede considerarse como un hecho ilícito, toda vez que el hecho ilícito, salvas poquísimas excepciones, exige la existencia de culpa del agente bien en la forma de negligencia o de voluntaria transgresión de los preceptos jurídicos.

"No existiendo uno de los elementos indispensables para que se configure el hecho ilícito, cual es el de la culpa, la acción instaurada por el demandante con fundamento en un caso de responsabilidad extra-contractual por hecho ilícito, no puede prosperar. Es cierto que la Nación es responsable por las expropiaciones que haga el Gobierno por sí o por medio de sus agentes, al tenor del último inciso del artículo 33 de la Carta Fundamental. Pero en el caso presente el actor no ha formulado demanda de indemnización por expropiación sino demanda por responsabilidad civil basada en una culpa extracontractual. Ni podría ser de otra manera por cuanto el procedimiento a seguirse en caso de expropiaciones por causa de guerra no es el ordinario de mayor cuantía, ni la competencia para conocer de esta clase de litigios se halle radicada en la justicia ordinaria, según pasamos a analizar (fls. 15 y 16 ib.).

En cuanto a la competencia se expresa así: "Esta Procuraduría es de opinión que la justicia ordinaria y en particular la H. Corte Suprema de Justicia, carece de competencia para conocer este negocio y que debe, en consecuencia, abstenerse de decidir en el fondo, para evitar la infracción de numerosos preceptos constitucionales y legales, entre los cuales pueden destacarse los siguientes: Constitución Nacional, artículos 26, 137 y 141, ordinal 3º; Código de Procedimiento Civil, artículos 76, 37, 150, 151 y 448, ordinal 1º; Código de lo Contencioso Administrativo, artículos 1º, 34, ordinales 1º y 10º, 51 y 68. Por tratarse de competencia determinada en atención a la naturaleza del litigio es ella improrrogable.

"Según creemos haber establecido en la sección anterior, versa el litigio de autos sobre expropiación en tiempo de guerra. De conformidad con el ordinal 1º del artículo 34 del Código de lo Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941) corresponde conocer y decidir esta clase de negocios, en única instancia, al Consejo de Estado. Dice textualmente el ordinal citado:

"'Conoce privativamente y en una sola instancia el Consejo de Estado de los siguientes negocios:

"'De las contenciones sobre suministros, empréstitos y expropiaciones en tiempo de guerra.....'.

"De conformidad con esta disposición legal, desarrollo concreto de los artículos 137 y 141, ordinal 3º de la Carta Fundamental, la competencia para conocer de litigios sobre expropiaciones en tiempo de guerra está radicado en forma exclusiva en el Consejo de Estado, el cual de hecho la ha ejercido en varias ocasiones" (fls. 16 y 17 ib.).

El Procurador Delegado, en la hipótesis de que no se tratara de una responsabilidad directa del Estado, sino de una indirecta, como secuela de la conducta delictuosa o culposa de un empleado subalterno, estudia el fenómeno de la prescripción de la acción, en estos términos: "Los hechos de los cuales se queja el demandante tuvieron lugar en los últimos meses del año de 1950 y durante el año de 1951. La demanda para indemnización de perjuicios se presentó el día 18 de noviembre de 1957, es decir, seis años después de sucedidos los hechos.

"En materia de responsabilidad extracontractual la acción prescribe de acuerdo con las siguientes normas: si se trata de un ilícito penal en el término de prescripción establecido en el Código Penal; si se trata de un ilícito civil que genere responsabilidad directa, en veinte años y, finalmente, si se trata de un caso de responsabilidad indirecta en tres años (artículo 2358 del Código Civil).

"Es punto sobremanera controvertido en doctrina y en jurisprudencia si el acto o el hecho de un funcionario del Estado genera responsabilidad directa o indirecta a cargo de la Nación.

"La H. Corte Suprema de Justicia en sus fallos más antiguos sostuvo la tesis de que la responsabilidad del Estado por actos de sus agentes era siempre de naturaleza indirecta" (fls. 25 ib.).

Por su parte, el apoderado del actor, en los alegatos presentados en esta instancia, hace algunos reparos a los argumentos del Procurador Delegado, por ejemplo, dice: "Si no existe una ley que reglamente las expropiaciones en caso de guerra se aplican los artículos citados del dicho Código", o sea, los artículos 852 y siguientes del C. J.

Sostiene que la declaración de estado de sitio, conforme al artículo 121 de la C. Nacional, si tiene por fundamento una conmoción interna, no puede interpretarse como un estado de guerra, que solamente puede predicarse de la exterior, sentada esta premisa añade: "Es muy natural que los actos administrativos de que se trata, o sea, de las actuaciones sobre expropiación en tiempo de guerra conozca el Consejo de Estado, pues como lo dice Gastón Jéze el acto administrativo es un acto jurisdiccional, es decir, una providencia de la respectiva autoridad. Es verdad que en la expropiación se encuentran actos materiales pero como consecuencia de los actos jurídicos administrativos que la fundamentan" (fls. 31 ib.).

En cuanto a la falta de competencia de la jurisdicción civil sostiene que esta cuestión fue ya resuelta, en forma definitiva, en la articulación de nulidad fallada en primera instancia.

Respecto de la prescripción de la acción, sostiene: "En el caso de autos no se trata de personas naturales, que son las comprendidas en la prescripción, por el artículo 2.358-2º, sino de una persona jurídica por excelencia, de una persona de derecho público: el Estado o la Nación" (fls. 32 vto., cuaderno número 4º).

Remata sus argumentos con el siguiente párrafo: "La responsabilidad indirecta de las personas jurídicas en materia de culpa extracontractual o aquiliana no cabe ni dentro de la teoría de la ficción que acepta nuestra ley civil, ni dentro de la teoría de la realidad jurídica, pues en éstas la sociedad actúa por medio de sus empleados, cualquiera que sea su categoría" (fls. 33 ib.).

En el resumen de sus alegaciones orales insiste sobre el mismo tema, en esta forma: "Como el inciso en estudio se refiere a los terceros responsables, conforme a las disposiciones del Capítulo que reglamenta la culpa extracontractual, tenemos que él sólo puede aplicarse a las personas naturales que he hablado.

"El Estado es persona jurídica por excelencia pues la personería la deriva del solo hecho de

que un conjunto de habitantes, en un territorio dado, con independencia de todo poder extranjero, se organice con autoridades y régimen jurídicos propios.

"Misael Marín Ardila no era cuando arrebató una porción de ganado un simple empleado, que cumplía órdenes superiores, sino un oficial del ejército con autoridad para ejecutar por sí mismo actos militares" (fls. 41 vto. a 42 ib.).

Expuestas las contrarias tesis de las partes, corresponde a la Sala, con el fin de decidir la apelación interpuesta por el Fiscal contra el fallo de primera instancia, estudiar si se trata de una responsabilidad indirecta del Estado, a virtud de un delito o culpa de un empleado subalterno; o si debe reputarse como un acto administrativo emanado de una expropiación en caso de guerra, que tendría innegables consecuencias en la clase de responsabilidad del Estado, como en cuanto atañe a la competencia para resolver la contención provocada por el actor; sin embargo, antes de entrar a dilucidar estos puntos de derecho, resulta del todo indispensable precisar los elementos de hecho probados en el litigio y otras circunstancias de especial importancia.

Elementos de hecho: a) El artículo 1º del Decreto número 3.518 de 9 de noviembre de 1949, dice: "Declárase turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional"; y esta situación subsistió, en forma continua, hasta la expedición del Decreto número 0321 de 27 de agosto de 1958 (D. O. número 29.770), que levantó el estado de sitio parcialmente; por tanto, en la fecha de los hechos relacionados en la demanda, acaecidos en el Corregimiento de Barranca de Upía, el estado de sitio afectaba a la dicha región.

b) El Intendente del Meta, por Decreto número 259 de 10 de noviembre de 1950, designó al Capitán Misael Marín Ardila Corregidor interino de Barranca de Upía, cargo que ejerció hasta el 1º de abril de 1951, según el decreto número 123 de 22 de mayo de 1951.

c) De acuerdo con la certificación expedida por el Comando del Ejército, Departamento E-1, "el señor Capitán Misael Marín Ardila estuvo prestando sus servicios en el Batallón de Infantería número 21 'Vargas' (Apiay) en la Jefatura Civil y Militar de los Llanos Orientales desde el 24 de noviembre de 1950 hasta el 12 de noviembre de 1951" (fls. 32 vto., cuaderno Nº 2º).

d) Con el fin de atender a la adecuada manutención de la tropa bajo su mando, como también de las unidades que concurrían al puesto militar de Barranca de Upía, el entonces capitán Marín Ardila, en su doble carácter de Corregidor y Comandante, ordenó verbalmente a Saúl Nevardo Espitia Zorro le entregara 120 cabezas de ganado vacuno de su propiedad y respecto de las cuales había solicitado salvoconducto para conducirlas a Villavicencio.

e) En el acto de la orden y entrega de los aludidos semovientes, el Corregidor y Comandante no expidió, como debía hacerlo, el recibo o comprobante del caso, sino que años más tarde otorgó la siguiente atestación: "El suscrito capitán Misael Marín Ardila, Hace constar: Que durante mi permanencia como Corregidor y Comandante del Puesto Militar de 'Barranca de Upía', Intendencia Nacional del Meta, por el espacio de unos diez meses aproximadamente, ordené el sacrificio de ciento veinte reses de propiedad del señor Saúl Nevardo Espitia Zorro, con cédula de ciudadanía número 74.073 de Bogotá.

"Las reses en mención una parte fue entregada por el citado señor Espitia, y sacrificadas para el sostenimiento de la tropa a mi mando, estando cifradas con los siguientes hierros:..... y los que corresponden a la legítima propiedad del interesado, mediante control en el libro de registro de hierros, llevados por el suscrito en dicho corregimiento. Expedido en Vélez a los treinta días del mes de junio de mil novecientos cincuenta y tres" (fls. 1º, cuaderno número 1º).

f) Los testigos José Danilo Almanza y Marco Tulio Díaz (fls. 4 a 8, cuaderno número 2º) deponen sobre la propiedad de los 120 semovientes de Saúl Nevardo Espitia como sobre el hecho de haber sido destinados por el capitán Misael Marín Ardila a la alimentación de la tropa.

g) El damnificado Espitia ocurrió al Ministerio de Guerra con el objeto de que, en forma administrativa, se le reconociera el valor de las reses sacrificadas para el sostenimiento de la tropa en Barranca de Upía, entre el mes de noviembre de 1950 y noviembre de 1951; y aun cuando se desconoce la fecha de iniciación de estas gestiones, terminaron mediante oficio número 0471 de 29 de julio de 1957, que dice textualmente: "Señor Saúl Nevardo Espitia Zorro. La ciudad. Se ha estudiado su solicitud que hace por intermedio del apoderado Marino López Lucas, en el sentido de obtener del Ministerio el re-

conocimiento y pago de ciento veinte (120) cabezas de ganado sacrificadas por el Capitán Misael Marín Ardila en 'Barranca de Upía' en el año de 1950.

"Nuevamente debo manifestarle que el Ministerio no se considera obligado a pagar el valor en que usted estima las ciento veinte (120) reses sacrificadas, sino en virtud de una sentencia emanada de autoridad competente y dictada en juicio controvertido en el cual se imponga a este Ministerio la obligación de verificar el pago.

"La constancia del sacrificio de las reses expedida por el Capitán Marín Ardila en la población de Vélez, dos años después de ocurridos los hechos sin que en ella se manifieste que la requisición se efectuó en obedecimiento a órdenes emanadas del Comando inmediatamente superior, sin indicar en qué espacio de tiempo se consumieron las 120 reses, no es prueba suficiente para que el Ministerio por medio de un acto administrativo se declare responsable de la actuación del Capitán Marín Ardila. La Contraloría General de la República se negaría a autorizar ese pago por no encontrarlo ceñido a un procedimiento legal. — Brigadier General Alfonso Saiz Montoya, Ministro de Guerra" (fls. 6, cuaderno número 1º).

Responsabilidad estatal—Las disposiciones contenidas en el Título 34 del Libro IV del C. C. se dictaron con el fin de regular esta fuente de obligaciones en el derecho privado o civil, tanto respecto de las personas naturales como de las jurídicas, con exclusión de las entidades de derecho público, completamente irresponsables en el antiguo derecho por actos legislativos, administrativos o, en general por los llamados "actos de poder"; sin embargo, como esta solución no estuviese acorde con la justicia, por analogía, comenzó a aplicarse las disposiciones del citado Título 34 del C. C. a las personas administrativas o a la administración, pero solamente en cuanto a la responsabilidad indirecta por los delitos o culpas cometidos por los empleados subalternos, en el ejercicio de sus cargos.

Poco después, pasada la época de los gobiernos absolutos, como lógica consecuencia de que el Estado no es fin de los individuos sino un medio para conseguir su perfeccionamiento y alcanzar el bien común, se reconoció a los asociados el derecho de obtener una justa indemnización de los perjuicios ocasionados por los actos, hechos, operaciones u omisiones de la Administración o del Estado, cuando rompa la igualdad de las cargas entre los ciudadanos o asociados o porque implica un enriquecimiento injusto o sin causa para aquél o para la colectividad que representa.

Como conclusión de esta evolución, actualmente se reconoce la responsabilidad indirecta de la Administración según las disposiciones del C. C., contenidas en el mencionado Título 34 del Libro IV, en cuanto atañe a los perjuicios ocasionados por los delitos o culpas de los empleados subalternos en el ejercicio de sus atribuciones o con el pretexto de ejercerlas, con todas sus ventajas, pero también con todas las limitaciones señaladas en las normas aludidas, como la prescripción de la acción en lapso de tres años, que opera tanto respecto de las personas naturales como en relación con las personas jurídicas, incluyendo también al Estado o a la Administración.

También la Administración, según se dijo antes, debe indemnizar los perjuicios causados por actos, hechos u operaciones administrativas, como consecuencia de una responsabilidad directa (artículos 67, 68 Ley 167 de 1941), que incluye las omisiones o "falta de servicio", en cuanto no menoscabe sus facultades discrecionales.

Tratando de delimitar las dos clases de responsabilidad de la Administración, esta Sala, en sentencia de fecha 6 de diciembre de 1960, en el juicio ordinario promovido por el Hermano Juan Bautista Medina contra la Nación, dijo:

"La responsabilidad del Estado tiene el carácter de indirecta cuando los perjuicios emanan de hechos ilícitos cometidos por empleados subalternos, con ocasión del ejercicio de funciones propias del cargo o con pretexto de ejercerlas, o sea, tiene como fundamento un delito o una culpa imputable a un empleado subalterno, con ocasión del ejercicio o del desempeño de una actividad propia del cargo o empleo.

"La responsabilidad directa del Estado se caracteriza principalmente, porque el acto o la omisión se imputa a los funcionarios órganos, encargados de expresar la voluntad de la entidad a la cual pertenecen, con fundamento en las normas reglamentarias generales y en relación con determinadas circunstancias concomitantes al hecho o acto.

"Los funcionarios que tienen la calidad de órganos, para comprometer la responsabilidad del Estado, deben realizar los actos u operaciones

administrativas con el objeto de llenar o cumplir fines propios de la administración".

En sentencia de fecha 1º de septiembre del año pasado, en el ordinario de Luis Felipe Blanco y otros contra la Nación, la Sala se expresó así:

"La responsabilidad del Estado o de la administración por daños ocasionados en el desarrollo de su actividad, desconocida o negada antes, ha sido admitida a la postre en el derecho moderno, tanto en forma directa como en la indirecta, aun cuando la regulación se hace a veces de acuerdo con las normas del Derecho Civil, en especial en cuanto a la responsabilidad extracontractual; o bien conforme con la legislación propia del Derecho Administrativo, en ambos casos con el propósito de resarcir los perjuicios causados.

"En la categoría de la responsabilidad directa, el Estado debe resarcir los daños ocasionados por actos u operaciones administrativas, realizados con la intención de cumplir fines propios de la administración, mediante la intervención de sus órganos o de funcionarios con facultad de decisión, identificados en el obrar con el ente moral, que no pueden actuar sino con el concurso de las personas naturales.

"La responsabilidad directa del Estado por actos u operaciones administrativas, de acuerdo con las doctrinas de los autores, encuentra su fundamento en el principio de la igualdad que debe existir entre los ciudadanos, pues, según los postulados de la justicia distributiva, no puede aceptarse que, mientras alguno o algunos soportan los gravámenes, los otros se aprovechen de los beneficios de la actividad desarrollada por la Administración, la cual, si tiene derechos también debe ser objeto de obligaciones.

"La responsabilidad directa del Estado no solamente se opera por los actos u operaciones ilegítimas, sino también por las actividades legítimas. Así, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 30 de la Constitución, "por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiaciones, mediante sentencia judicial e indemnización previa". El artículo 31 de la Carta, a la vez que autoriza el establecimiento de monopolios como arbitrio rentístico, impone la obligación de indemnizar a los individuos privados del ejercicio de una industria antes lícita. Además, no solamente los actos administrativos lícitos o legítimos, como los antes indicados, pueden ocasionar daños a terceros, sino también hechos necesarios para el éxito de una determinada función del Estado, como serían los causados a las propiedades por maniobras militares llevadas a efecto en tiempo de paz, con el fin de dar instrucción y un adecuado adiestramiento a la tropa.

"Si los actos o hechos legítimos comprometen la responsabilidad directa del Estado, imponiéndole la obligación de indemnizar los daños causados, fácilmente se aceptará tal responsabilidad por los actos o hechos ilegítimos, pero, eso sí, cumplidos por los órganos o funcionarios con facultad de decisión e inherentes a una actividad administrativa, como la ocupación de hecho de la propiedad para la construcción de una carretera; o bien la destitución de un empleado escalafonado en la carrera administrativa, como un maestro o profesor, sin la previa comprobación de hechos que justifiquen tal medida o decisión.

"Si la responsabilidad del Estado es directa en los casos antes expuestos, tanto en los legítimos como en los ilegítimos, no sucede lo propio con los actos o hechos ejecutados por los dependientes o subalternos, que no tienen la calidad de órganos ni la facultad de decisión, sino que comprometen directamente su responsabilidad personal e indirectamente la del Estado, como sucedería en el caso del obrero que, empleado en la construcción de una carretera, causa una lesión a un tercero por imprevisión o negligencia en el manejo de la máquina, puesta a su cuidado para la construcción de la vía; de manera, pues, que si la ocupación de hecho de la propiedad, con destino a la carretera, compromete la responsabilidad directa del Estado, por el contrario, la imprudencia o negligencia del trabajador, en cuanto ocasiona daños a terceros, no puede considerarse sino como indirecta, con fundamento en la culpa del dependiente, destacándose así la diferencia entre una y otra".

Naturaleza de la requisición. — Ahora corresponde decidir si la requisición de los semovientes del actor, con destino a la alimentación de la tropa, según decisión u orden del Corregidor y Comandante de Barranca de Upía, debe considerarse como una responsabilidad indirecta del Estado, con fundamento en una culpa del capitán Misael Marín Ardila; o bien debe clasificarse como directa, reputándose como acto o hecho u

operación administrativa la requisición de los semovientes según orden verbal de la citada autoridad.

El acto de la requisición, regular o irregularmente cumplido, no cabe duda alguna que se llevó a efecto como algo inherente al servicio público, la alimentación de la tropa, según orden de quien, en aquellos tiempos, legítimamente ejercía la autoridad civil y militar, con facultad suficiente para tomar las medidas necesarias encaminadas a cumplir la misión de restablecer el orden público perturbado en la región, o sea, cumplía un acto administrativo o una operación o un hecho del mismo carácter, que compromete la responsabilidad directa del Estado, en cuanto atañe a la indemnización debida al propietario damnificado.

Si la requisición se llevó a efecto en forma normal o irregularmente, es cuestión que no puede afectar el hecho en sí mismo, ni menos todavía agravar la situación del presunto damnificado, que no podía ni disponía de medios en tales circunstancias, para exigir a la autoridad el lleno de las formalidades previstas en la ley, las cuales, por otra parte, se han dispuesto con el fin de garantizar los derechos de los asociados, no con el de hacerlos nugatorios o de situar al actor en condiciones desventajosas para obtener la correspondiente indemnización.

La requisición de los semovientes, en sí misma considerada, encuentra justificación en lo dispuesto en el primer inciso del artículo 33 de la C. Nacional; ahora, si el Comandante y Corregidor de Barranca de Upía necesitaba cumplir determinado procedimiento o llenar ciertas formalidades, como la previa autorización de su inmediato superior, o si esto no fue posible por la gravedad de los hechos o porque sucedieron de manera imprevista, la posterior información de lo ocurrido al respectivo jefe, si nada de esto se hizo, la omisión de tales requisitos no cambia la naturaleza del acto en sí mismo o en su contenido sustancial, en virtud de haberse prescindido de ciertos procedimientos adjetivos, que atañen a la parte extrínseca del acto.

"Finalmente, corresponde destacar que la doctrina de la responsabilidad por acto o hecho administrativo, si bien guarda cierto paralelismo con la teoría de las irregularidades de los actos administrativos, no mantiene una coincidencia total. En efecto, no siempre que media ilegalidad surge obligación de reparar y a veces existe obligación de indemnizar sin que pueda imputarse a la administración ilegalidad alguna". (Tratado de Derecho Administrativo por Enrique Sayagués Laso. Tomo I, pág. 615).

En el caso de la requisición de los semovientes de propiedad del actor, con el lleno de todas las formalidades o sin ellas, incumbe al Estado indemnizar los perjuicios ocasionados por cuanto se destinaron a un servicio público, o sea, la alimentación de la tropa destacada en los Llanos Orientales por motivos de orden público, en cumplimiento de órdenes superiores y previa la declaración del estado de sitio en todo el territorio de la República, que así define con autoridad, mediante una manifestación de voluntad del Gobierno (artículo 121 de la C. Nacional), una situación objetiva e impersonal, la cual comprende en primer término, la de reputar "en caso de guerra", exterior o interior, el territorio nacional.

Si la responsabilidad del Estado es directa, la prescripción no se ha consumado en el corto plazo de tres años.

Competencia.—De acuerdo con lo expuesto antes, el Procurador Delegado, con fundamento en el artículo 33 de la C. Nacional, en armonía con el numeral 1º del artículo 34 del C. C. A. sostiene que la competencia corresponde, en este caso, al Consejo de Estado; sin embargo, la Sala, para dictar sentencia de fondo, tiene en cuenta los siguientes motivos:

a) El numeral 1º del artículo 34 del C. C. A., en armonía con el artículo 33 de la C. Nacional se refiere a las expropiaciones de bienes muebles, llevados a efecto en forma regular; pero si esto no sucede, si se trata más bien de una ocupación o disposición de hecho de los semovientes, con destino a llenar una necesidad pública inaplazable, la competencia privativa no puede predicarse de la jurisdicción contencioso administrativa, así como tampoco conoce de los juicios sobre indemnización por la ocupación de hecho y permanente de la propiedad inmueble; por tanto, el conocimiento de este juicio le corresponde a la justicia ordinaria, según lo ya resuelto en auto de fecha 10 de julio de 1959 por medio del cual, el tribunal, desechó la causal de nulidad alegada por el fiscal, con fundamento en el numeral 1º del artículo 448 del C. J., pues el artículo 449 del mismo Código dispone: "No puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción en los casos siguientes: ...2º Si habiendo

hecho reclamación sobre este punto, se ha declarado improcedente y se ha ejecutoriado tal declaración".

b) Ahora, en el supuesto de que fuese aplicable el memorado numeral 1º del artículo 84 del C. C. A., el actor, antes de iniciar el presente juicio, por la vía administrativa, según petición hecha al Ministerio de Guerra, demandó la indemnización o pago de los perjuicios ocasionados con la requisición o despojo de los semovientes, sin que hubiese obtenido una providencia o resolución formal al respecto, con el objeto de interponer los recursos legales (artículo 74 C. C. A.), y, agotada la vía gubernativa (artículo 82 ib.) ejercitar las acciones administrativas de plena jurisdicción (artículos 67 y 68 ib.); por consiguiente, si el actor por las omisiones anotadas no estuvo en capacidad legal de ocurrir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no podía sino promover la acción civil ante los tribunales judiciales, que ahora no pueden rechazarla sin incurrir en una manifiesta denegación de justicia, si declarase la nulidad de lo actuado o se abstuviera de dictar fallo de fondo por falta del presupuesto procesal de competencia, pues el demandante no tendría a qué juez o tribunal ocurrir con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por la requisición de los semovientes.

Para terminar este aparte debe observarse que los artículos 74 a 81 que integran el Capítulo VIII del Título III del C. C. A., fueron sustituídos con posterioridad a la petición del actor, mediante el Decreto-ley número 2.733 de 7 de octubre de 1959, el cual, en el artículo décimoquinto, dijo: "El recurso de reposición no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas".

Perjuicios. — Si por las razones expuestas se debe proferir sentencia de fondo en el presente litigio, desechada la excepción de prescripción, dada la responsabilidad directa del Estado; y resuelto el problema de la competencia, corresponde precisar la cuantía de los perjuicios ocasionados al actor, porque sobre la propiedad misma de los semovientes no se ha presentado objeción alguna.

En el concepto pericial se lee: "Dado el precio que por aquel entonces (1950) tenía el ganado de las características ya especificadas, estimo que el precio por unidad de los ganados decomisados a Espitia, tiene el siguiente valor: cuatrocientos pesos ($ 400.00) el macho y trescientos cincuenta ($ 350.00) la hembra, lo que arroja un total de treinta y dos mil pesos ($ 32.000 00) el valor de los ochenta (80) novilos y de catorce mil pesos ($ 14.000.00) las hembras, o sea de cuarenta y seis mil pesos ($ 46.000.00) el valor total del ganado decomisado o retenido a Espitia" (fls. 18 vto., cuaderno número 2º).

La precedente estimación fue aceptada por el otro perito, en forma expresa y clara; además, el concepto pericial, oportunamente puesto en conocimiento de las partes, no fue objetado.

Los peritos fijaron el lucro cesante en el uno por ciento mensual, liquidado sobre el valor de los semovientes requisados, además, dos mil pesos por los perjuicios "morales", más el precio de los ganados, para integrar un monto a cargo del Estado por la cantidad de $ 90.320.00.

Sin embargo, sobre las dichas estimaciones o avalúos, cabe observar lo siguiente:

a) Si bien es cierto que, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 721 del C. J., el dictamen de los peritos, en cuanto al avalúo de los semovientes hace plena prueba, no puede aceptarse en su totalidad, porque el actor fijó el precio en la primera petición de la demanda, en la cantidad de cuarenta y dos mil pesos, el cual debe acoger la sentencia para no incurrir en un fallo ultra petita.

b) Como se trata de indemnizar el lucro cesante en relación con una suma de dinero, los intereses respectivos deben liquidarse a la tasa legal, de acuerdo con el artículo 1.617 del C. C., a partir del 1º de enero de 1952, como lo dice la sentencia de primera instancia, apelada únicamente por la Nación, pues realmente debía indicarse el 1º de enero de 1951.

c) Como los perjuicios demandados son patrimoniales, no procede el pago de los llamados "morales", que no pueden distinguirse, en este caso, de los puramente materiales ya indicados, o sea, el daño emergente o precio de los semovientes y el lucro cesante o pago de intereses; además, en el caso de que existieran perjuicios morales (enunciados en este pleito, pero no probados), no serían directos sino indirectos u ocasionales, los cuales, según la doctrina y la jurisprudencia, no corresponde incluírlos en el monto que debe satisfacer el agente responsable del daño.

Finalmente, aun cuando el actor invocó las normas concernientes a la responsabilidad extracontractual, calificando como indirecta la del Es-

tado en este litigio, no existe dificultad alguna de orden legal para dictar sentencia con fundamento en otras disposiciones reguladoras de la responsabilidad directa, porque este es un punto de derecho sometido a la exclusiva decisión del juez, no de las partes litigantes, a quienes corresponde determinar los hechos en los cuales fundan sus pretensiones, mas no quedan ligadas por sus argumentos jurídicos ni por la equivocada cita de las disposiciones legales, ni por la calificación errada atribuída a un acto, como cuando a un contrato de compraventa lo denominan de arrendamiento, etc.

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, falla:

Primero.—Condénase al Estado a pagar a Saúl Nevardo Espitia Zorro, casado, mayor de edad, la suma de cuarenta y dos mil pesos, valor de los ciento veinte semovientes requisados por el Comandante y Corregidor de Barranca de Upía, en diciembre del año de 1950, más los intereses legales desde el primero de enero de mil novecientos cincuenta y dos hasta el día del pago efectivo.

Segundo.—Revócanse los apartes primero y tercero de la parte resolutiva del fallo apelado.

Tercero.—En los términos anteriores queda reformada y sustituída la sentencia apelada.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, 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.

SE CONFIRMA LA SENTENCIA POR MEDIO DE LA CUAL EL TRIBUNAL CONDENO A UNA INTENDENCIA NACIONAL A PAGAR LOS PERJUICIOS OCASIONADOS A LA VICTIMA DE UN ACCIDENTE DE TRANSITO

Con base en las disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia ha aceptado de tiempo atrás que la responsabilidad de las entidades de derecho público puede quedar comprometida por el hecho dañoso de sus agentes o dependientes, siguiendo en esto la tendencia nacional y extranjera. Como regla general tal responsabilidad surge, como bien es sabido, del concurso de los siguientes factores: un daño, un delito o culpa en el agente o dependiente, y una relación de causalidad entre el daño y la actividad de dicho agente o dependiente. Se requiere, además, que la entidad demandada no pueda aprovecharse de alguna circunstancia eximente (artículos 2.347 y 2.349 del C. Civil).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES — Bogotá, abril diez y ocho de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau)

En demanda presentada por medio de apoderado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Isabelina Torres de Rincón, vecina de Villavicencio, en su propio nombre y como representante legal de su menor hija Elvira Rincón Torres, pidió se hicieran contra la Nación las siguientes declaraciones:

"PRIMERA—Se declara que la Intendencia Nacional del Meta, representada por el Jefe de la Administración Seccional o Intendente, es civilmente responsable del accidente de tránsito, mejor dicho atropello, ocurrido el día diez y ocho (18) de noviembre de mil novecientos cincuenta (1950) en la ciudad de Villavicencio, cerca de la esquina de la calle quinta (5ª) con carrera tercera (3ª) consistente en que la camioneta tipo Pic-kup marca Ford, motor número 98-R-Y 144-210, modelo 1948 F-3, de color rojo, de propiedad de la entidad demandada, accionada o conducida en el momento del insuceso por el propio Secretario de Obras Públicas doctor Humberto Mesa Loayza, subió e invadió intempestivamente el andén de seguridad en que se hallaba la menor impúber Elvia María Rincón Torres, causándole gravísimas lesiones corporales".

"SEGUNDA.—Se declara que, en consecuencia, la entidad demandada responde civilmente por todo daño o perjuicio derivado de ese hecho culpable, así de orden patrimonial como de naturaleza subjetiva o moral, causada directamente a la menor impúber Elvia María Rincón Torres y de manera refleja a su madre Isabelina Torres de Rincón".

"TERCERA.—Se condena a la entidad demandada, representada por el señor Intendente, a pagar a la menor impúber Elvia Rincón Torres, representada por su madre Isabelina Torres, ejecutoriada la sentencia con que finalice el presente juicio, la cantidad de ciento veinte mil pesos ($ 120.000.00) moneda corriente, por concepto de los perjuicios materiales y morales objetivados que ha sufrido y sigue sufriendo ciertamente la referida víctima, o en subsidio, la cantidad que se determine por peritos designados en forma legal dentro de este juicio".

"CUARTA.—Se condena a la entidad demandada, representada por el señor Intendente, a pagar a la demandante señora Isabelina Torres de Rincón la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00)

moneda corriente, en concepto de perjuicios morales subjetivos o de simple afección".

"QUINTA.—Se condena a la entidad demandada representada por el señor Intendente, a pagar a la menor Elvia María Rincón Torres, representada legalmente por su madre Isabelina Torres de Rincón, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente, en concepto de perjuicios morales propiamente dichos o subjetivos".

Como fundamento de tales peticiones expuso los siguientes hechos:

"1º—El día sábado diez y ocho (18) de noviembre de mil novecientos cincuenta (1950) transitaba por las calles de la ciudad de Villavicencio el señor Secretario de Obras Públicas de la Intendencia del Meta, doctor Humberto Mesa Loayza, manejando personalmente la camioneta de propiedad de la referida Intendencia determinada según los datos expresados en la petición primera de esta demanda";

"2º—A eso de la una de la tarde más o menos, en un punto cercano a la esquina de la calle quinta (5ª) con la carrera tercera (3ª), la camioneta oficial accionada por el señor Secretario de Obras Públicas citado atrás, salió intempestivamente de la vía pública y subió sobre el andén o zona de seguridad sobre que transitaba o en que se hallaba la niña impúber Elvia María Rincón Torres, con tal impulso que al decir de testigos presenciales del accidente, la camioneta quedó incrustada contra la pared de la casa de Efraín Rodríguez";

"3º—Al invadir la camioneta el andén o zona de seguridad alcanzó a la referida menor Elvia y le trituró ambos miembros inferiores, fracturándoles los fémures en el tercio inferior";

"4º—A consecuencia de esa doble fractura le fueron amputadas las dos piernas a la niña Elvia Rincón Torres, en el Hospital Monfort de aquella ciudad, a donde fue llevada por un conductor de un camión, el mismo día del accidente";

"5º—En el citado Hospital permaneció la menor lesionada, en tratamiento continuo, hasta el día ocho (8) de noviembre de 1951, y luego, en observación médica, durante cinco (5) meses más";

"6º—El conductor del vehículo causante de las lesiones a la menor Elvia Rincón Torres, doctor Mesa Loayza, desempeñaba en el momento del insuceso el alto cargo de Secretario de Obras Públicas de la Intendencia, para el cual había sido nombrado por Decreto número 234 de 1950 y cuya posesión legal había tomado con fecha diez y siete (17) de octubre del mismo año";

"7º—El vehículo o camioneta que causó directamente las lesiones a la referida menor se hallaba matriculado en la Dirección de Tránsito del Municipio de Villavicencio, el diez y ocho de noviembre (18) de 1950, como de propiedad de la Intendencia Nacional del Meta, y prestaba servicio oficial en el momento del atropello";

"8º—Todavía pertenece y está al servicio de la Intendencia el citado vehículo";

"9º—La niña Elvia María Rincón Torres perdió, pues, el órgano de locomoción, al ser comprimida por la camioneta oficial de la Intendencia, lo cual se traduce para ella en la pérdida casi total de su capacidad de trabajo durante el resto de su vida probable, que se convierta en daño material o económico resarcible por la entidad demandada";

"10.—La desfiguración, mutilación, defecto físico en referencia constituye, además, para la víctima Elvia María, un daño o perjuicio cierto y permanente que se refiere a la 'parte social del patrimonio moral' de ella, porque disminuye la consideración a que tiene derecho el ser humano que goza de integración corporal y la deprime e inhibe durante su vida, todo lo cual se traduce en daño moral objetivado";

"11.—El estado de invalidez y de mutilación del órgano de locomoción en que quedó la menor Elvia Rincón Torres a consecuencia directa y única del atropello, ha exigido y requerirá durante el resto de toda su vida probable, la hospitalización permanente de la lesionada, o al menos el cuidado continuo de una persona dedicada exclusivamente a su servicio. El costo mensual de esa atención necesaria para la víctima no baja de cien pesos ($ 100.00) mensuales, lo que permite calcular el monto del perjuicio material en la cuantía expresada en la petición tercera de esta demanda";

"12.—Tanto la víctima Elvia María Rincón Torres como su madre Isabelina Torres de Rincón han sufrido dolor que se traduce en perjuicio de afección que debe ser satisfecho por la entidad demandada en la forma y cuantía que tiene establecida la jurisprudencia, con base en el artículo 95 del Código Penal".

En escrito posterior el apoderado de la demandante corrigió el libelo, en el sentido de cambiar el nombre de Elvira, que le había dado a la menor, por el de Elvia.

Notificado el libelo y su corrección personalmente al señor Intendente del Meta, éste constituyó apoderado especial, que ha intervenido a lo largo de todo el juicio, si bien durante buena parte de la primera instancia se oyó también al señor Fiscal 2º del Tribunal. El juicio sufrió una larga suspensión mientras se tramitaba proceso criminal contra el doctor Humberto Mesa Loayza, y la primera instancia finalizó con sentencia de 7 de junio de 1960, en la que el Tribunal resolvió lo siguiente:

"1º- DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de falta de legitimación en causa de la entidad demandada y de caso fortuito o fuerza mayor propuesta por el apoderado de la Intendencia Nacional del Meta, en el presente negocio.

"2º—DECLARAR que la Intendencia Nacional del Meta representada por el jefe de su administración, es civilmente responsable de las consecuencias del accidente de tránsito ocurrido el diez y ocho (18) de noviembre de mil novecientos cincuenta (1950) en la ciudad de Villavicencio cuando una camioneta de propiedad de la Intendencia, tipo pic-kup, marca Ford, motor número 98-R Y. 144210, modelo 1948, F-3 de color rojo, placas número 044, conducida por el Secretario de Obras Públicas de la misma Intendencia, Humberto Mesa Loayza, subió intempestivamente al andén en que se hallaba la menor impúber Elvia Rincón Torres, causándole las graves lesiones corporales de que se habla en la parte motiva de este fallo.

"3º— CONDENAR a la entidad demandada a pagar a la impúber Elvia Rincón Torres, representada por su madre legítima Isabelina Torres de Rincón, los perjuicios materiales por ella sufridos en el accidente a que se refiere el numeral anterior.

"PARAGRAFO.—La cuantía de los perjuicios debe liquidarse mediante el procedimiento fijado por el artículo 553 del C. J. y teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

"4º—CONDENAR a la Intendencia Nacional del Meta, a pagar a la actora Isabelina Torres de Rincón, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) m. l. por concepto de perjuicios morales subjetivados, sufridos por ella a consecuencia del mismo accidente.

"5º CONDENAR a la entidad a que se refieren los apartes anteriores a pagar a la menor Elvia Rincón Torres, representada por su madre legítima Isabelina Torres de Rincón, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) m. l. por concepto de reparación de perjuicios morales subjetivados ocasionados por el accidente de que fue víctima.

"PARAGRAFO—Las cantidades a que se refieren los apartes anteriores deben pagarse dentro del término de seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

"6º—NEGAR la súplica referente a la condenación a perjuicios morales objetivados.

"No hay lugar a condenación en costas (artículo 567 del C. J.)".

Tal providencia fue apelada por el apoderado de la Intendencia, pero en esta segunda instancia no tuvo intervención alguna. El apoderado de la demandante presentó un breve alegato en el que pidió la confirmación de la sentencia recurrida.

Para resolver se considera:

Con base en las disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia ha aceptado de tiempo atrás que la responsabilidad de las entidades de derecho público puede quedar comprometida por el hecho dañoso de sus agentes o dependientes, siguiendo en esto la tendencia general de la doctrina contemporánea nacional y extranjera. Como regla general tal responsabilidad surge, como bien es sabido, del concurso de los siguientes factores: un daño; un delito o culpa en el agente o dependiente; y una relación de causalidad entre el daño y la actividad de dicho agente o dependiente. Se requiere, además, que la entidad demandada no pueda aprovecharse de alguna circunstancia eximente.

La Intendencia del Meta —hoy Departamento— era persona de derecho público (artículo 1º de la Ley 2ª de 1943) y su representante legal era el intendente (artículo 9º ibidem y 194 de la Constitución Nacional).

El daño.—De numerosas declaraciones de testigos y de diversos reconocimientos practicados por médicos a la niña Rincón Torres, surge la plena prueba de que ésta sufrió la amputación de sus dos piernas en el Hospital Monfort de Villavicencio, donde estuvo recluída por un largo tiempo. Este hecho básico de la demanda, por lo demás, lo aceptó el apoderado de la entidad demandada.

Tal pérdida de los miembros inferiores es obvio que ha privado a la menor Elvia María Rincón Torres de toda posibilidad para el trabajo, y además constituye una lesión de tal entidad como

para haberle causado, en todo sentido, un intensísimo dolor. Y no sólo a ella sino también a doña Isabelina Torres de Rincón, su madre, cuya calidad aparece debidamente establecida en autos, así como la circunstancia de ejercer actualmente la patria potestad sobre su hija.

La demandante hizo referencia en el libelo no sólo a los perjuicios materiales, y a los morales subjetivos, sino también a los morales objetivados. Sobre estos no condenó la sentencia, pero como no fue apelada por la parte demandante, no puede entrarse en dilucidaciones al respecto.

La culpa.- Con numerosas declaraciones de testigos (Salvador Triana, Fernando Carrasco, Facundo Prieto, José María Calle, Francisco Durán) aparece debidamente establecido que la menor Rincón Torres fue atropellada, estando sobre la acera de una calle de Villavicencio, por un vehículo conducido por el doctor Humberto Meza Loayza. De conformidad con la presunción de culpa consagrada en el artículo 2.356 del C. C. en contra de quienes ejecutan actividades peligrosas, la realización de tal accidente comprueba al mismo tiempo la culpa del doctor Meza Loayza. Cierto que el apoderado de la Intendencia alegó al contestar la demanda que el accidente fue debido a fuerza mayor o caso fortuito; pero no lo es menos que ello no ha sido comprobado, para demostrar lo cual basta considerar que carecen de la nota de improvisibilidad, esencial a tales nociones, la "trabazón" de la dirección y otros defectos internos del vehículo a los que se ha pretendido atribuir la causa exclusiva del accidente. La intervención del elemento extraño así mismo alegada, tampoco aparece establecida en parte alguna, y mal podría considerarse como tal los antedichos defectos del vehículo, sobrevenidos precisamente **dentro** de él.

Que el vehículo pertenecía a la Intendencia aparece comprobado con certificaciones oficiales. Igualmente consta la calidad de Secretario de Obras Públicas de la Intendencia que tenía el doctor Meza Loayza cuando ocurrió el accidente.

El apoderado de la Intendencia alegó igualmente que dicho doctor "en el momento en que ejercitaba la actividad peligrosa que originó el accidente, no lo hacía en su calidad oficial en desarrollo de funciones propias del cargo que desempeñaba como Secretario de Obras Públicas de la Intendencia del Meta, sino como cualquier particular que abusivamente toma un vehículo que no le corresponde manejar y con esa conducta causa daño a terceros"; por todo lo cual considera que no debe quedar comprometida la responsabilidad de la Intendencia. En otras palabras, alegó la concurrencia de las circunstancias eximentes contempladas por el último inciso del artículo 2.347 del C. C. y la segunda parte del artículo 2.349 ibidem, aplicables por analogía en toda su integridad a las personas de derecho público. Pero al proceder a tal aplicación analógica no puede perderse de vista la naturaleza especial de las personas de derecho público, evidentemente diferenciadas por más de un aspecto de las puras personas naturales. En este orden de ideas la ausencia de toda reglamentación sobre el uso de los vehículos oficiales por parte de los funcionarios de la Intendencia -lo que resulta de un certificado oficial allegado a los autos— deja sin base, como es por demás evidente, todo intento de establecer la ocurrencia de las aludidas circunstancias eximentes que surgen de los antedichos preceptos y con cuya comprobación se desvirtuaría la presunción de responsabilidad que los mismos consagran.

Por lo demás es un hecho indiscutible que el doctor Meza Loayza era Secretario de Obras Públicas de la Intendencia cuando ocurrió el accidente y que fue en su calidad de tal que estaba haciendo uso del vehículo.

El vínculo de la causalidad.— Aparece plenamente establecido con numerosas declaraciones de testigos y los dictámenes de los distintos médicos que examinaron a la niña Rincón Torres, según las cuales la amputación de las piernas de ésta fue realizada como único medio de salvarle la vida, dadas las lesiones que recibió en dichos miembros al ser atropellada por el vehículo de la Intendencia que conducía el doctor Meza Loayza.

Comprobada, pues, como acaba de verse, la concurrencia de los factores integrantes de la responsabilidad, respecto a la Intendencia, resulta ajustada a derecho la condena que a ésta hizo el Tribunal.

En cuanto al importe de la indemnización, que el Tribunal no encontró comprobado, por lo que remitió, para su fijación, el procedimiento del

artículo 553 del C. J., no hay nada que decir, ya que la sentencia sólo fue objeto de apelación por la parte demandada.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Confírmase la sentencia apelada.

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

Luis Carlos Zambrano. — Eunice Araújo Cruz. — Efrén Ossio Peña. — Carlos Peláez Trujillo. — Jorge García Merlano, Secretario.

SE ABSUELVE A LA NACION DE LOS CARGOS QUE SE FORMULARON EN LA DEMANDA QUE DIO LUGAR AL PRESENTE JUICIO SOBRE PROPIEDAD DEL SUBSUELO PETROLIFERO DE UNOS TERRENOS SITUADOS EN AMBALEMA Y VENADILLO

La radicación en cabeza del demandante del dominio del inmueble cuyo subsuelo petrolífero se disputa a la Nación, es uno de los requisitos o elementos estructurales de esta clase de acciones y, lo mismo que los otros, resulta de los artículos 5º y 36 del Código de Petróleos. Debería, pues, haberse demostrado lo que se enunció en el libelo, a saber, que el demandante adquirió por sucesión junto con otros herederos, los terrenos que allí se discriminan. Ahora bien, tal comprobación no resulta en los autos, en los que apenas hay escrituras públicas y certificaciones del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados tendientes a acreditar que dichos inmuebles son de propiedad de la persona que el actor señala como su causante, más ningún intento se hizo para traer a este proceso la prueba de que el demandante tiene la calidad de heredero cuyo. De manera que no puede admitirse que el demandante, como uno de los herederos de la citada persona, sea actual propietario de los terrenos objeto de la demanda, y si no es propietario, mal puede pretender que se le declare dueño del petróleo que se encuentre en ellos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES — Bogotá, veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

El señor Roberto Wills Pinzón, por medio de apoderado, presentó ante esta Sala el 20 de abril de 1959, demanda ordinaria de mayor cuantía y única instancia contra la Nación representada por el Señor Procurador Delegado en lo Civil, para que, previos los trámites procedimentales correspondientes, se declare:

"Primera. — Que los inmuebles rurales denominados: a) PAJONALES; b) GLOBO DE TERRENO ADYACENTE A PAJONALES, c) HACIENDA DE TAUTAO, d) ZONA COMPRENDIDA ENTRE LA HACIENDA DE VILE Y LA BOCA DEL RIO VENADILLO, e) POTRERO JAIME, y f) LOTE ADYACENTE AL ANTERIOR, situados en los MUNICIPIOS DE AMBALEMA Y VENADILLO y tal como aparecen determinados y alinderados en el hecho 1º de esta demanda, salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por razón de los títulos emanados de éste, o en virtud de justa prescripción por posesión y explotación económica de las tierras, de conformidad con las Leyes que han regido sobre la materia antes de la reserva del sub-suelo en favor de la Nación.

"Segunda. — Que, como consecuencia de la declaración anterior, el sub-suelo de los citados inmuebles, tal como ellos aparecen descritos en el hecho 1º, y de manera especial el petróleo y los demás hidrocarburos que en ellos se encuentren o puedan hallarse, son de propiedad particular de la sucesión del señor **Roberto Wills, o sea de los herederos de éste.**

"Tercera. — Que, como consecuencia de las declaraciones de que tratan los puntos anteriores, el petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren o puedan encontrarse en el sub suelo de

los inmuebles descritos en el hecho 1º de esta demanda pueden explotarse por los herederos del señor Roberto Wills y no pueden ser concedidos por la Nación a terceros para su exploración y explotación.

"Cuarta. — Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, los inmuebles determinados y alinderados en el hecho 1º de la demanda deben excluírse de cualquier contrato o concesión de exploración y explotación de petróleos que la Nación haya celebrado o vaya a celebrar, y específicamente del contrato o concesión que celebre u otorgue en virtud de la propuesta que para el efecto formuló la Funza Petroleum Company, registrada en el Ministerio de Minas y Petróleos bajo el Nº 247.

Las anteriores peticiones fueron apoyadas en los siguientes hechos:

PRIMERO.—La sucesión del señor Roberto Wills, o sea los herederos de este señor son dueños y poseedores inscritos de las siguientes haciendas o fincas rurales, situadas en jurisdicción de los Municipios de Lérida y Ambalema: a) Pajonales. "Por parte del río Recio, de donde sale la cerca que hace la medianía entre Cocosca y Pajonales, de aquí vía recta al cerrito más inmediato de Pajonales; de éste vía recta a donde se llama la Moya de Quiroz, al pie del cerro de La Carcera; de aquí río Grande o Magdalena; de aquí, Tautao arriba, hasta donde entra la quebrada del Mal Nombre a la citada de Tautao; de aquí, vía recta, a la esquina de la cerca que actualmente tiene el señor Roberto Camacho en Botijas; de aquí hasta el puerto que llaman El Venado, quedando dicho puerto dentro de las tierras; de este puerto, río Recio abajo hasta dar al antiguo cauce del mismo río Recio, frente a la hacienda de Calabozo, hoy de propiedad del señor Sabas Cáceres y por la barranca de dicho antiguo cauce, hasta dar de nuevo al río Recio; de aquí, río Recio abajo, hasta llegar a la cerca ya citada del mismo río, primer lindero". b) Zona o globo de terreno adyacente a Pajonales. "De la desembocadura de la quebrada del Mal Nombre en la de Tautao, siguiendo por esta quebrada arriba, hasta encontrar en su orilla un árbol grande de donde parte o principia la cerca de alambre construida por el comprador (don Tomás Castellanos); de aquel punto siguiendo dicha cerca, hasta donde ésta termina; de allí línea recta por unos postes de hobo que han clavado, hasta la orilla del río Recio, teniendo este último tendido 36 varas de ancho; de aquel punto por toda la orilla del río Recio, aguas abajo hasta encontrar el puerto de El Venado, y de allí línea recta hasta llegar a la desembocadura de la quebrada de Mal Nombre, primer lindero, lindado por el Oriente, con el potrero de Tablazo, del comprador (don Tomás Castellanos), y por el Occidente, con el terreno de Botijas del vendedor (don Roberto Camacho)". c) Hacienda de Tautao. "Desde la boca del río Magdalena, en la quebrada denominada Tautao, ésta arriba hasta el charco Llamado Canaleta; de este charco, mirando en línea recta, hasta el pie de la barranca del cerro llamado La López, y siguiendo el filo de la cima, hasta donde se halla un mojón de piedra; de allí a la cabecera de la quebrada Canoas; esta quebrada abajo, hasta su desembocadura en el río Venadillo; este río abajo, hasta su confluencia con el Magdalena". d) Zona o globo situado entre la hacienda de Ville y la boca del río Venadillo; formado por el cambio de cauce de dicho río. e) Lote llamado Potrero Jaime. "A partir de un mojón situado a la orilla del río Venadillo, un poco abajo del puesto de Carcelino Porras, línea recta a un mojón que sirve de lindero a Julián Carrillo y José María Muñoz; de este punto línea recta a otro mojón que sirve de lindero a José María Muñoz y Graciliano Trujillo; de este punto línea recta a otro mojón situado en la orilla del río Venadillo, que sirve de lindero a Graciliano Trujillo, y de este punto por el río Venadillo abajo hasta el punto de partida, lindado por el sur con Santos Godoy, Julián Carrillo y José María Muñoz; por el Norte, con el río Venadillo, y por el sudoeste con Víctor Vera". f) Lote adyacente al anterior en forma de cuadrilátero irregular (Municipio de Venadillo). "Por el Norte, con terreno que lleva hoy el nombre de Potrero Jaime; por el Sur, con terreno de Ignacio Zúñiga; por el Oriente, con terrenos de Víctor Vera y por el Occidente, con terrenos de Julián Carrillo".

Se advierte que la hacienda de Pajonales está formada por varias islas en el río Magdalena, islas que se hallan fuera del área de la Propuesta número 247.

SEGUNDO.—El 20 de octubre del año de 1944 fue admitida por el Ministerio de Minas y Petróleos la propuesta Nº 247 de la Compañía "Funza Petroleum Company" para explotar y explorar petróleo de propiedad nacional sobre un globo de terreno de 24.952 hectáreas 1.148 metros cuadrados en los municipios de Ambalema, Lé-

tida y Venadillo y Armero, Departamento del Tolima, por los linderos que aparecen en la resolución respectiva.

TERCERO.—Dentro del término legal fueron presentadas al Ministerio de Minas y Petróleos varias oposiciones y entre ellas, una del señor Roberto Wills sobre las fincas a que se refiere el hecho 1º.

CUARTO.—Admitidas las oposiciones por el Ministerio, según resolución Nº 54 del 26 de enero de 1948, se ordenó remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia para los fines del artículo 5º de la Ley 160 de 1936.

QUINTO.—Tramitado el juicio breve y sumario, la Corte en sentencia de fecha 26 de marzo declaró que eran infundadas las oposiciones "formuladas por Roberto Wills" en relación a los predios denominados: a) Pajonales; b) Globo de terreno adyacente a Pajonales; c) Hacienda de Tautao; d) Zona comprendida entre la Hacienda de Vile y la Boca del río Venadillo; e) Potrero Jaime; y f) Lote adyacente al anterior situados en los Municipios de Ambalema y Venadillo. Esta sentencia aparece publicada en la Gaceta Judicial Nº 2.179, Segunda parte, correspondiente a Marzo de 1957 Tomo LXXXIV, páginas 653 a 769.

SEXTO.—Con posterioridad a la presentación de las oposiciones formuladas a la propuesta 247 y a la sentencia mencionada, falleció el opositor Roberto Wills, del cual son herederos sus hijos legítimos **Silvia Wills de Vásquez Carrizosa** y mi poderdante señor **Roberto Wills Pinzón**, quien tiene además el carácter de albacea testamentario con tenencia de bienes.

SEPTIMO.—Los terrenos que forman las fincas descritas en el punto 1º de esta demanda, salieron legalmente del patrimonio del Estado, con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y por consiguiente el petróleo que se encuentre en su subsuelo pertenece a los propietarios actuales de tales fincas o sea a los herederos de Roberto Wills.

OCTAVO.—Ni el señor Roberto Wills, ni sus herederos hicieron uso de la facultad concedida por el artículo 69 de Código de Petróleos para desistir del juicio breve y sumario y ejercitar sus derechos por el procedimiento ordinario de mayor cuantía y de única instancia y han conservado por lo tanto el derecho de ejercitar las acciones consagradas en el artículo 5º de la Ley 160 de 1936 para demandar en juicio ordinario a la Nación dentro del término previsto en tal artículo.

NOVENO.—La sentencia proferida por la Corte Suprema en el juicio breve y sumario a que se refiere el hecho 5º de la presente demanda fue notificada el 22 de abril de 1957 y de acuerdo con los siguientes fallos de la Corte, es la fecha de la ejecutoria de la sentencia, que no puede ser anterior a la fecha de la notificación, la que debe tenerse en cuenta para fijar el término de dos años de que había el mencionado artículo 5º de la Ley 160: a) Fallo 29 de Agosto de 1955, publicado en la Gaceta Judicial, Tomo 81, página 324, Nos. 2157 y 2158; b) Fallo del 13 de Abril de 1955, publicado en el Tomo 80, página 161, Nº 2151; c) Fallo de 7 de marzo de 1955, Tomo 79, página 1035, Nº 2151; d) Fallo 21 de Septiembre de 1953, Tomo 74, página 498, Nº 2126.

DECIMO.—El señor Roberto Wills Pinzón, es mayor y vecino de Bogotá con cédula de ciudadanía Nº 3032 expedida en Bogotá y su carácter de heredero y albacea del señor Roberto Wills Piedrahita, está acreditado en el juicio de sucesión de éste que adelanta en el Juzgado 2º del Circuito de Bogotá".

Los fundamentos de derecho que se alegan son los siguientes:

"Fundo esta demanda en el Decreto Extraordinario Nº 1056 de 20 de abril de 1953, especialmente artículos 5º, 36 y 69; en el artículo 5º de la Ley 160 de 1936; en los artículos 26 y ss. de la Ley 37 de 1931; en los Decretos Reglamentarios de dichas Leyes, en las reales cédulas de la Corona Española sobre tierras y en la Legislación de Indias y demás disposiciones coloniales en materia de tierra; en las Leyes de 11 de octubre de 1821, 7º de 1866, en el Código Fiscal de 1873 y demás disposiciones pertinentes".

Admitida la demanda por auto de 4 de mayo de 1959, se dio en traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien la contestó en 21 del mismo mes, manifestando ignorar los hechos aducidos por el actor, y que se opone a que las súplicas del libelo sean resueltas en forma favorable.

El negocio ha recibido todos los trámites del juicio ordinario de única instancia.

En el alegato de fondo del señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, que ha llevado la personería de la Nación en este negocio, aparece expresado lo siguiente:

"... III. **Elementos del juicio de petróleos.**

"La H. Corte Suprema de Justicia ha decidido uniforme y reiteradamente que para obtener sen-

tencia favorable en los juicios en los cuales se debate la propiedad privada del sub-suelo petrolífero es necesario que el actor acredite plenamente los siguientes hechos (Sala de Negocios Generales, sentencias de 10 de febrero de 1960, G. J., Tomo XCII, pp. 284 a p. 288; mayo 12 de 1955, G. J., T. LXXX, pp. 564):

"1.—Propiedad actual del inmueble o inmuebles materia del litigio".

"2.—Identidad del inmueble o inmuebles en cuestión, es decir, demostración de que las lindes contenidas en los títulos actuales corresponden a la realidad topográfica del terrezo".

"3.—Plena comprobación de que dicho inmueble o inmuebles salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, bien por prescripción mediante exploración económica, bien mediante títulos originales emanados del Estado".

"4.—En caso de que se alegue, como en este caso, que el inmueble o inmuebles salieron del patrimonio del Estado antes de 1873 por virtud de títulos originarios, es necesario presentar dichos títulos o demostrar su existencia mediante documentos públicos oficiales emanados de autoridad competente; acreditar que las lindes contenidas en ellos corresponden a la realidad topográfica del terreno y probar que el inmueble o inmuebles litigiosos están comprendidos en todo o en parte dentro de los terrenos salidos del patrimonio del Estado antes de la reserva fiscal".

"5.—Demostración de que el inmueble o inmuebles materia del juicio se superponen en todo o en parte a una propuesta para explotar y explorar petróleo formulada al gobierno nacional y aceptada por éste.

"Conviene analizar si en el caso presente se han acreditado plenamente los requisitos antes enumerados.

"III. Propiedad actual del actor. Según anotamos anteriormente el demandante debe demostrar su propiedad sobre los inmuebles objeto del litigio. Este requisito no es exclusivo de los juicios de petróleos. Constituye postulado general y básico de las controversias sobre el dominio".

"En el juicio de la referencia no se ha acreditado, en absoluto, la propiedad o el derecho que pueda tener el señor Roberto Wills Pinzón, demandante, sobre el suelo o el sub-suelo de los inmuebles litigiosos. Por el contrario, obran en autos documentos varios que tienden a demostrar la propiedad o el derecho sobre el sub-suelo de los referidos terrenos en cabeza de don Roberto Wills Piedrahita, particularmente la escritura Nº 1391 de 22 de septiembre de 1928, otorgada ante el Notario 3º del Circuito de Bogotá (cuaderno Nº 2, fls. 33 vto. y ss., sin nota de registro) y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ambalema, que en su aparte final dice lo siguiente:"

"11.—Que el señor Roberto Wills (léase Roberto Wills Piedrahita), es en la actualidad el poseedor y dueño inscrito de los bienes enumerados en el punto primero de la presente certificación..." (fl. 73 vto. del cuaderno Nº 2. El paréntesis es nuestro)".

"Se afirma, sinembargo, en el memorial-poder otorgado por el señor Roberto Wills Pinzón al doctor Eduardo Zuleta Angel (cuaderno Nº 1, fl. 1) y en la demanda presentada en su nombre por este último, que Roberto Wills Pinzón actúa como heredero y albacea de don Roberto Wills Piedrahita (párrafo inicial de la demanda, cuaderno Nº 1, fl. 2: petición segunda cuaderno Nº 1, fl. 2: hecho primero, cuaderno Nº 1, fl. 2 vuelto) por muerte de don Roberto Wills Piedrahita (demanda, hecho sexto, fls. 3 vuelto y ss. del cuaderno Nº 1)".

"Empero no obra en autos prueba alguna del fallecimiento de don Roberto Wills Piedrahita, ni del carácter de heredero y albacea que pueda tener don Roberto Wills Pinzón. No ha encontrado esta Procuraduría, luego de un detenido análisis de los elementos probatorios allegados a autos, ni el acta de defunción de Roberto Wills Piedrahita, ni el testamento por él otorgado designando como albacea y heredero al señor Roberto Wills Pinzón, ni tampoco el auto del Juez de la causa mortuoria en el cual se le reconoce como tal.

"No se ha acreditado pues, el primero de los requisitos esenciales del juicio de petróleo, cual es la propiedad sobre el subsuelo o el suelo que asista al demandante. Aún más, no se ha acreditado la personería sustantiva de la parte actora".

"La circunstancia anterior es suficiente para que se dicte sentencia absolutoria en favor de la Nación. Ha dicho a este respecto la H. Corte Suprema de Justicia:

"Por consiguiente cuando no está legalmente demostrada en el juicio la propiedad actual del demandante sobre el inmueble en cuyo subsuelo se encuentra el petróleo objeto de la acción de dominio, no se requiere avanzar en el estudio de

los otros presupuestos'". (Sentencia de 12 de mayo de 1955, G. J. T. LXXXIV, pág. 633).

Como bien anota el señor Representante de la Nación, la radicación en cabeza del demandante del dominio del inmueble cuyo subsuelo petrolífero se disputa a la Nación, es uno de los requisitos o elementos estructurales de acciones como la presente, y que resulta, lo mismo que los otros, de los artículos 5º y 36 del Código de Petróleos.

Con relación a este requisito debería, pues, aparecer demostrado, tal como se enuncia en el hecho primero del libelo, que Roberto Wills Pinzón, que se dice heredero de Roberto Wills Piedrahita, es dueño de los terrenos indicados en el mismo hecho, a lo menos en comunidad con los otros herederos. Ahora bien, tal comprobación no resulta de los autos, en los que apenas hay escrituras públicas y certificaciones del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados tendientes a acreditar que dichos inmuebles son de propiedad de Roberto Wills Piedrahita y si bien en el hecho 10º de la demanda el apoderado del actor afirma que "el señor Roberto Wills Pinzón, es mayor y vecino de Bogotá, con cédula de ciudadanía Nº 30832 expedida en Bogotá, y su carácter de heredero y albacea del señor Roberto Wills Piedrahita, está acreditado en el juicio de sucesión de éste que se adelanta en el Juzgado 2º del Circuito de Bogotá", ningún intento hizo para traer a este proceso las pruebas de tales calidades; ni siquiera hay constancia del fallecimiento del señor Wills Piedrahita. De manera que no puede admitirse que el demandante, como uno de los herederos del citado Wills Piedrahita, sea actual propietario de los terrenos objeto de la demanda. Y si no es propietario, mal puede pretender que se le declare dueño del petróleo que se encuentre en ellos.

Es cierto, pues, como indica el señor Procurador Delegado, que falta este requisito indispensable para la prosperidad de la acción, lo que sería suficiente para desestimarla, sin necesidad de entrar en otras consideraciones.

Con todo, para mayor abundamiento la Sala anota que tampoco aparece acreditado el requisito de la salida del patrimonio estatal con anterioridad al 28 de octubre de 1873, de los predios objeto del litigio, lo cual también observó el señor Procurador.

Con el ánimo de producir tal comprobación el apoderado de la parte actora pidió la práctica de una inspección ocular y el dictamen de expertos.

Reza el acta de la inspección en lo pertinente:

"...Se procedió en seguida a hacer la identificación del lote general objeto de la propuesta Nº 247 de la Funza Petroleum Company, tomando por base los linderos dados en la misma propuesta, tal como aparece publicada en el Diario Oficial de que se hablará adelante. En estos momentos el señor apoderado del interesado manifestó que a virtud de la claridad de los linderos y por la posición en que se encontraba el personal de la diligencia, casa de la hacienda, estimaba innecesario el recorrido, toda vez que los linderos señalados hablan de que la propuesta citada comprende la quebrada "Tautao" y el río Recio y el río Venadillo puntos claves en donde precisamente se hallan localizados los inmuebles de Pajonales y Tautao, objeto de la inspección. Los Sres. peritos manifestaron igualmente que por las razones dichas consideraban innecesario también recorrer los linderos generales de la propuesta. La Sala encontró justificados los motivos expuestos y con anuencia del interesado y de su apoderado prescindió del recorrido, ordenando se diera en cambio lectura a los linderos de la propuesta, para información de los peritos. En estos momentos el doctor Zuleta Angel presentó, para ser incorporados al acta, los siguientes documentos: (...). Con anuencia de la Sala el mismo señor apoderado propuso a los peritos los siguientes cuestionarios como únicos para el dictamen: 1º Los linderos que figuran en los títulos coloniales y especialmente los que aparecen varias veces descritos en el certificado de veintitrés hojas útiles expedido por el Director del Archivo Nacional, certificado que acabo de presentar coinciden o no con los linderos del conjunto de lotes a que se refiere el hecho primero de la demanda? — 2º. Dada la alinderación y la extensión a que se refiere la resolución de admisión de la propuesta 247 que aparecen en el número del Diario Oficial que ha presentado es o no incuestionable que dentro del área a que se refiere tal propuesta están comprendidos los linderos de que habla el punto primero de la demanda". En este estado dispuso la Sala hacer la identificación especial de los lotes "Pajonales" y "Tautao", pero nuevamente el doctor Zuleta Angel, apoderado del interesado, manifestó que no era necesario toda vez que hallándose la audiencia en un punto estratégico, de clara visibilidad, de los linderos arcifinios de los mencionados lotes, o sea con vista especial sobre el río Magdalena, sobre los ríos Recio y Venadillo y la que-

brada de Tautao, consideraba inútil toda identificación. Inquirida por la Sala la opinión de los peritos, se manifestaron de acuerdo con el concepto del apoderado, y la Sala misma, tuvo el mismo concepto por cuanto en efecto desde la casa de la hacienda "Tautao", donde se halla el personal de la diligencia se puede hacer la identificación por los linderos señalados tanto en la propuesta como en la demanda y sobre todo atendiendo la voluntad de la parte interesada en la diligencia....".

Como puede obviamente apreciarse, en dicha diligencia no se identificaron los diversos predios objeto de la demanda, ni tampoco las tierras adjudicadas según los títulos coloniales, por lo que mal podría deducirse de ella que unos y otras coinciden en sus linderos.

Del dictamen de los señores peritos tampoco resulta establecido el requisito de que se viene hablando:

Tal dictamen es del siguiente tenor:

"....**Punto Primero:** Hemos revisado cuidadosamente los documentos y certificados expedidos por el Director del Archivo Nacional, que presentó el apoderado de la parte demandante durante la inspección ocular y encontramos que los linderos que figuran en los títulos coloniales a que se refieren tales certificados, coinciden con los linderos del conjunto de lotes a que se refiere el hecho primero de la demanda, o sea con los linderos de las tierras hoy de propiedad de la sucesión del señor Roberto Wills. Tal coincidencia es muy fácil de establecer por medio del mapa que presentamos anexo al presente concepto, pues todos los títulos coloniales se refieren a tierras comprendidas entre el río Recio y el río Venadillo en la parte en que tales ríos desembocan en el "Río Grande" o "Río Magdalena" y las tierras de propiedad de la sucesión del Sr. Wills están comprendidas precisamente entre los ríos nombrados". Debemos anotar que durante la diligencia de Inspección Ocular y aunque sí se recorrieron minuciosamente todos los linderos, sí reconocimos claramente algunos puntos importantes tales como la desembocadura de los ríos Venadillo y Recio en el Magdalena, puntos que, por lo demás son muy conocidos por todo el mundo y por nosotros y nos dimos cabal cuenta de que las tierras a que se refiere el hecho primero de la demanda están comprendidas precisamente entre los dos ríos nombrados sin lugar a duda".

De conformidad con el artículo 761 del C. J. los peritos deben expresar "en todo caso, con precisión exactitud y claridad los fundamentos de su concepto y de las conclusiones a que lleguen". Relacionado este precepto con lo dispuesto en los artículos 721, 722 y 723 ibidem, se impone concluír que la fuerza probatoria del dictamen pericial está indisolublemente vinculada a su debida fundamentación, si bien en la crítica de ésta la libertad del juzgador puede ser menor o mayor, según los casos. Pero en todo evento el dictamen debe estar fundamentado, y no de cualquier manera, sino con "precisión, exactitud y claridad".

Ahora bien, carece de esas notas esenciales el dictamen de que se viene hablando. En él se limitan a afirmar los señores peritos que, examinados los documentos coloniales que el señor apoderado del demandante llevó a la inspección ocular, encontraron que los linderos en ellos indicados "coinciden con los linderos del conjunto de lotes a que se refiere el hecho primero de la demanda", como si se hubiera tratado de hacer un simple cotejo entre dos titulaciones claras. Pero fue muy diferente la tarea que debieron llevar a cabo. Tenían que estudiar, en primer lugar, una serie de titulaciones coloniales, y localizar sobre el terreno (desde luego, podían utilizar un mapa oficial) las extensiones de tierra adjudicadas mediante ellas, teniendo en cuenta los puntos ardinios e inclusive las medidas, si fuera el caso, a que las mismas hacen referencia. Identificados así los terrenos adjudicados, debían hacer la localización de los predios sobre que versa la demanda, con base en los linderos dados en sus correspondientes títulos y las indicaciones expresadas en el libelo. Por último debían verificar que estos predios están constituídos por las mismas extensiones de tierra objeto de las adjudicaciones coloniales. Labor por demás compleja y delicada, que no puede resumirse, sin faltar a la exigencia legal de la debida fundamentación, en la escueta forma como lo hacen los peritos, tanto menos cuanto que los linderos contenidos en los documentos coloniales no se distinguen propiamente por su precisión y claridad.

En cuanto a la afirmación de que tanto las tierras a que se refieren los títulos coloniales como las que son objeto del pleito se encuentran ubi-

cadas entre determinados ríos, no constituye tampoco una suficiente fundamentación ya que bien pueden estar situadas entre tales accidentes geográficos sin superponerse unas a otras.

Faltando, pues, una adecuada fundamentación al experticio, debe rechazarse, con lo que queda sin establecer, como se había indicado, este otro requisito de la acción, y son así dos por lo menos de sus elementos esenciales los que carecen de comprobación, lo que es más que suficiente para desestimarla.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Absuélvese a la Nación de los cargos de la demanda que dio lugar al presente juicio.

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 Moriano, Secretario.





SE CONFIRMA LA SENTENCIA QUE ABSOLVIO A LA NACION DE LOS CARGOS CONTENIDOS EN UNA DEMANDA SOBRE PROPIEDAD PRIVADA DEL PETROLEO EN TERRENOS UBICADOS EN EL MUNICIPIO DE BARRANCA

La confirmación era requisito necesario, según la Cédula de San Lorenzo de 1754, para que el título de propiedad sobre tierras realengas fuera completo y eficaz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES — Bogotá, veintiseis de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

El apoderado de la "Comunidad de Palmarito", según poder conferido por el Administrador Gratiniano Gómez y por el copropietario Mario C. Gómez (fs. 129 y 130 C. Nº 1º), demandó a la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, fundado en el abrogado artículo 5º de la Ley 160 de 1936, con el fin de que en la sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaratorias:

"PRIMERA—Que son de propiedad privada, o sea de la 'COMUNIDAD DE PALMARITO', los yacimientos de petróleo y demás substancias minerales que se encuentren o puedan encontrarse en el globo de tierra denominado 'Palmarito', ubicado en el Municipio de Barranca, del Departamento del Magdalena, y comprendido dentro de estos linderos:

" 'Desde el paso de Santa Rita, colindando con tierra de Simón Carrillo, hasta la punta del cerro de la embocada de Pascual, Paso de las Ahuyamas, del río Palomino, colindando con el dicho señor carrillo, y de aquél, cortando por la cumbre del cerro de las cabeceras de Agua Nueva, y de aquí cortando derechamente a la boca del Arroyo Hondo, a dar al primer lindero'.

"SEGUNDA.—Que en consecuencia, respecto del globo de tierra antes alinderado, carece de valor o efecto el contrato sobre exploración y explotación de petróleos celebrado por la Nación con la Compañía de Petróleos del Cravo el dia doce (12) de mayo de mil novecientos cuarenta y siete (1947); y que por ende son de propiedad de la 'COMUNIDAD DE PALMARITO' los petróleos explotados en virtud de dicho contrato, en cuanto tal explotación se haya realizado dentro de los límites del globo de tierra 'Palmarito'."

Como fundamento de las peticiones formuladas, el apoderado de la parte actora enumeró los siguientes hechos:

"1º.—Por resolución de fecha 20 de septiembre de 1945 el Ministerio de Minas y Petróleos aceptó la propuesta de exploración y explotación de petróleos Nº 234, formulada por el señor Roberto Botero Londoño sobre un lote de terreno de 49.999 hectáreas, ubicado en los municipios de Barranca y Fonseca, del Departamento del Magdalena, y en el corregimiento de Maicao, de la comisaría de la Goajira....."

"2º—El término para formular oposiciones a la propuesta de exploración y explotación de petróleos Nº 234, cuyos linderos se han determinado, venció el dia veinte (20) de febrero de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

"3º.—Dicha propuesta Nº 234 fue traspasada por el señor Roberto Botero Londoño a la Compañía de Petróleos del Cravo, lo que fue aceptado por el Ministerio de Minas y Petróleos por resolución Nº 99 de 3 de marzo de 1947.

"4º.—Como consecuencia de dicha propuesta Nº 234, se celebró entre la Nación y la Compañía de Petróleos del Cravo el contrato sobre exploración y explotación de petróleos de fecha doce

(12) de mayo de mil novecientos cuarenta y siete (1947), el cual aparece publicado en el Diario Oficial Nº 26552 de 13 de octubre del mismo año.

"5º.—Dentro de la concesión de petróleos solicitada por el señor Roberto Botero Londoño, y otorgada después a su sucesora la Compañía de Petróleos del Cravo, se halla comprendido el globo de tierra denominado 'Palmarito', ubicado en el municipio de Barrancas, cuyos linderos se han especificado en la petición PRIMERA de esta demanda.

"6º.—El globo de tierra 'Palmarito' por los linderos atrás mencionados, salió del dominio del Estado y pasó a ser de propiedad particular en virtud de merced que la Corona Española, por medio de sus legítimos representantes para tales fines, le hizo a Eusebio José Noriega en el año de 1778, según resulta de los títulos correspondientes.

"7º.—Los títulos de propiedad privada del globo de 'Palmarito' fueron registrados para los efectos de la ley de 13 de octubre de 1821, por el Comisionado del Gobernador de la Provincia de Riohacha, don José Mª de Robles, el día 19 de diciembre de 1829, según aparece de la respectiva constancia.

"8º.—El globo de tierra "Palmarito" también salió del dominio del Estado por virtud de tradiciones de propiedad y explotación económica por el tiempo que exigían las leyes de la época, con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

"9º.—Por razón de haber salido del dominio del Estado el globo de tierra 'Palmarito', antes del 28 de octubre de 1873, el subsuelo petrolífero de dicho globo ha sido y continúa siendo de propiedad privada.

"10º.—Después de muchas tradiciones de dominio, el globo de tierra 'Palmarito'es hoy de propiedad de los condueños de la 'COMUNIDAD DE PALMARITO', con el consiguiente derecho al subsuelo petrolífero: condueños cuyos nombres aparecen en la escritura pública Nº 121 de octubre de 1947 de la Notaría de Riohacha, por la cual se protocolizó el ACTA DE ORGANIZACION DE LA COMUNIDAD DEL GLOBO DE 'PALMARITO'." (fs. 131 vto. a 132 C. Nº 19).

En derecho invocó el artículo 10 de la Ley 160 de 1936, las demás disposiciones concordantes y el Capítulo III Título 33, Libro IV del C. C.

Contestó la demanda, en representación de la Nación, el Fiscal del Tribunal, quien, a más de manifestar que no le constaban los hechos alegados, a excepción de los que atañen a la concesión y propuesta de contrato, de acuerdo con las publicaciones hechas en el Diario Oficial, se opone a que se hagan las súplicas formuladas por la parte actora.

El Fiscal del Tribunal, comentando el título inserto en su vista o alegato de conclusión, observa: "Con las transcripciones precedentes, parece que se llega a demostrar los hechos siguientes: Que fueron denunciadas las tierras llamadas de 'Palmarito' por don Eusebio José Noriega; que fueron medidas y avaluadas ellas, por el Agrimensor, Antonio de Acosta, en 16 fanegas y en ocho pesos y cuatro reales; hecho el pago antedicho, el señor Juez Subdelegado de Tierras, por nombramiento que le hiciera don Benito Casal y Montenegro, Oidor Alcalde de Corte de la Real Audiencia y Juez General de Tierrás del Reino para dicha diligencia, el Dr. Almarza, expidió el título correspondiente.

"Se echan de ver en estas pruebas que falta la confirmación de la expedición del título y por ende, faltan también, el concepto que ha debido emitir, en ese entonces, el señor Fiscal de la Real Audiencia y el del señor Oidor Honorario de la misma Real Audiencia de Santa Fé. En las tierras adquiridas por composición, la confirmación era uno de los requisitos que debían llenarse para complementar las pruebas que llevaban a la titulación perfecta. Aquí no aparece por ninguna parte que tal hecho se hubiera operado y por ende, debe decirse, que no se cumplieron todas las exigencias que para componer exigía la Cédula de San Lorenzo del Real expedida el día 15 de octubre de 1754 por Don Fernando VI.

"Estima el señor apoderado de los demandantes, que la ausencia de confirmación apenas daba oportunidad a las pérdidas de las tierras adjudicadas. Pero que esa sanción, la de la reincorporación de las tierras al patrimonio del Estado, debe declararse por la vía administrativa y que por lo pronto, el señor Agente del Ministerio Público, no ha aportado esa prueba. Cabe advertir, para efectos futuros, que en la oportunidad en que las pruebas debían solicitarse y producirse, el suscrito no ejercía el cargo de colaborador de este Tribunal.

"Pero fuere de ello lo que sea, es lo cierto, que esta Agencia Fiscal, estima, que así como la parte demandante ha aportado la documentación necesaria para demostrar que las tierras de 'Pal-

marito' fueron denunciadas por don Eusebio José Noriega; que fueron medidas por de Acosta; que el Dr. Almarza, a la sazón de Juez Subdelegado de Tierras, expidió el correspondiente título de las mismas, también ha debido aportar, siguiendo su línea de conducta, la prueba de que el título del globo de tierra 'Palmarito' fue confirmado.

"Al parecer el Gobierno de entonces era exigente en el lleno de los requisitos predicados en la legislación de la época para tener por plena y legalmente realizadas las composiciones y ventas. Tal se desprende del análisis del Capítulo VI de la Cédula de San Lorenzo. Por esas razones, yo estimo imperfecto el título exhibido y sobre el cual se fundamenta la demanda". (fs. 154 y 155 ib.).

Agotada en forma normal la primera instancia, el Tribunal absolvió a la Nación de los cargos de la demanda, mediante sentencia de 14 de enero de 1959, principalmente con fundamento en estos motivos:

"Se hace necesario estudiar si de los documentos presentados con el libelo o dentro del juicio, resulta la prueba de que la tierra reclamada ha salido del poder del Estado, y si los actuales interesados o demandantes son dueños de ella.

"El documento que se presenta con la demanda o sea donde se apoya la acción incoada, tiene la deficiencia de no poderse leer, porque está destruído por la acción del tiempo y del agua. Así lo ha estimado la misma parte actora al sacar una copia simple del mencionado documento para hacerlo conocer, copia que por no estar autorizada por ninguna autoridad es inaceptable como prueba legal.

"Dispone el artículo 652 del Código Judicial que los instrumentos originales o en copias, rotos, enmendados, suplantados o alterados en parte sustancial de su contenido, no se estiman como prueba, salvo las excepciones que allí mismo se determinan; pero en ninguno de estos casos se encuentra el mencionado documento; y por ello se hace imposible conocer su contenido primitivo.

"El señor apoderado de los demandantes en su alegato de conclusión dice: 'En relación con el título de 1778 a que me vengo refiriendo, debo hacer las siguientes advertencias:

"'1º — .....

"'2º.—Que si en el título no consta la confirmación prevista en la Cédula de veinticuatro (24) noviembre de 1735, que apenas fue modificada por la Real Instrucción de 1754 en cuanto a las entidades encargadas de impartirla, tampoco se ha comprobado en autos que a causa de aquella omisión se decretara la reincorporación del globo de 'PALMARITO' al patrimonio del Estado.....'

"Como se asegura que el título donde se fundamenta la acción fue expedido en el año de 1778, quedó necesariamente sometido a la legislación indiana existente entonces o sea la Cédula de San Lorenzo, que fue expedida el quince (15) de octubre de 1754 y que rigió hasta el dos (2) de agosto de 1780, que entró a regir la de San Ildefonso.

"Acepta, pues, el interesado que la confirmación era necesaria, luego le faltó este elemento para que la tierra hubiera salido del poder de la Corona Española o sea del Estado. Así lo estima la H. Corte Suprema de Justicia al estudiar la Cédula de San Lorenzo:

" 'Según lo estableció la Cédula, las ventas y composiciones hechas desde 1700 valen siempre que respecto de ellas se obtenga confirmación; las anteriores a 1700 valen sin necesidad de confirmación'. (G. J. Nº 1987 pág. 841).

"De acuerdo con lo dicho, no aparece que el documento presentado como título haya podido dar a conocer todo su contenido, y especialmente los linderos, por ser ilegible, como se dijo, y por ello no se puede determinar lo que fue objeto de adjudicación al señor Eusebio José Noriega. Además, caso de que pudiera leerse, le falta la confirmación del Soberano o de su representante, según lo asegura la parte actora". (fs. 171 a 171 vto. ib.).

La sentencia del Tribunal fue apelada por el apoderado de la parte actora, la cual se procede a revisar una vez agotada la segunda instancia de este juicio, iniciado antes de la vigencia del Decreto-Ley 1.066 de 20 de abril de 1953.

En esta instancia se abrió a prueba el juicio para establecer, mediante concepto pericial, la posibilidad de conocer el contenido del título exhibido, no obstante hallarse en el estado de deterioro a que alude la sentencia de primera instancia, cuyo resultado y estudio se hará más adelante.

De acuerdo con las alegaciones de las partes, en segunda instancia, se ha debatido en forma principal lo concerniente a la necesidad de la

confirmación como a la identificación del inmueble Palmarito.

Confirmación.—Respecto de la confirmación, la parte actora, en el resumen de su alegato oral, se expresa así:

"Se alega ahora y en este negocio, por parte de la Procuraduría, que no debe accederse a las peticiones de la demanda, por cuanto falta la prueba de la confirmación. Sin embargo, y es fácil comprobarlo, en el juicio ordinario seguido por la Comunidad de Isabel López contra la Nación, el doctor Márquez Páez, Procurador Delegado en lo Civil, expuso:

" 'Pues bien, a este instrumento cabe hacerle un reparo, es el de que en él no aparece la prueba de haberse dispensado la confirmación del título que se aduce. A pesar de ello, su validez no se marma, ya que en el expediente tampoco hay prueba de que las tierras aludidas se hayan reincorporado al patrimonio del Estado con posterioridad a la expedición del referido título'.

"Es un concepto, muy respetable, contrario a lo que ahora se alega. Y tiene toda la razón el doctor Márquez Páez, ya que es esa la interpretación más ajustada a la índole de los textos que hicieron de ley al respecto. En efecto, la Cédula de 1735 dice:

" 'que los que entrasen en los bienes realengos de aquellos Dominios (de los Reinos de las Indias) acudiesen precisamente a mi Real Persona a impetrar su confirmación en el término que se les asigne, bajo la pena de su perdimiento si no lo hiciesen'.

"Se desprende de lo anterior, que la falta de confirmación no trae otra sanción que la del perdimiento del dominio, por lo que ha de entenderse que el bien ha salido del patrimonio o había salido del patrimonio de la Corona, por cuanto nadie pierde lo que no tiene. Esto significa que al adjudicar el bien, y antes de la confirmación, éste salía del patrimonio de la Corona para incorporarse al del adjudicatario". (fs. 28 a 28 vto. C. Nº 4º).

Conviene advertir que las diligencias administrativas, en relación con las tierras realengas nominadas Palmarito, se llevaron a efecto en el año de 1778, antes de que se hubiese expedido la Cédula Real de San Ildefonso de 2 de agosto de 1780; por tanto, conforme a las Cédulas de San Lorenzo del año de 1754, se imponía la necesidad de la confirmación respectiva, para completar la actuación administrativa de antaño y así obtener un título completo y eficaz, pues, sin la memorada confirmación, quedaba trunco o mutilado, tal como ocurriría ahora si las diligencias para la adjudicación de tierras baldías no culminan con la Resolución del Ministerio de Agricultura sobre adjudicación de la parcela descrita, identificada y medida en la inspección ocular practicada por el Alcalde o por el comisionado, aún en el supuesto de que el colono, en caso de oposición, hubiese obtenido sentencia favorable sobre mejor derecho, lo cual no podría invocar o presentar como título de propiedad, sino simplemente como un jus ad rem o derecho personal para obtener preferentemente la adjudicación definitiva. (Artículo 77 del C. F.; artículos 5º y 6º L. 97 de 1946; artículos 6º 8º, 9º, 10º del Decreto número 547 de 17 de febrero de 1947 D. O. Nº 26.364).

Reversión.—De acuerdo con las argumentaciones de la parte actora..... "la falta de confirmación no trae otra sanción que la del perdimiento del dominio, por lo que ha de entenderse que el bien ha salido del patrimonio o había salido del patrimonio de la Corona, por cuanto nadie pierde lo que no tiene....."; y de esta premisa o supuesto deduce que el Estado debe presentar la prueba de la reversión de la propiedad, mediante la exhibición del acto, resolución o sentencia que así lo hubiese dispuesto, ordenado o resuelto; sin embargo, la tesis resulta del todo desprovista de fundamento e inadmisible, por estas razones:

Desde luego el razonamiento del actor incide en petición de principio, porque lo que se discute es, precisamente, si la confirmación era o no necesaria para adquirir la propiedad o jus in re sobre las tierras realengas, porque las disposiciones o normas de la Corona se dictaron con el fin de armonizar la situación de hecho de algunos colonos con la de derecho, o mejor aún, de trocar una situación de hecho con otra de derecho, mediante el cumplimiento de determinados requisitos o formalidades, entre las cuales se hallaba la confirmación o aprobación por las autoridades superiores (Presidente, Virrey, Real Audiencia etc.) de lo actuado por los inferiores o por los comisionados, en su caso.

El aparte de la Real Cédula, antes copiado, a más de la primordial finalidad de convertir en regular la posesión de hecho de algunos colonos o de los excesos en las tierras adjudicadas, por errores en la mensura, previo el lleno o cum-

plimiento de las formalidades allí previstas, como la de obtener la correspondiente confirmación, con el objeto de estimular a los poseedores de hecho, les confirió un derecho preferente a la adjudicación o un jus ad rem, siempre que acudiesen a "impetrar su confirmación en el término que se les asigne"; pero si no lo hacían, perdían el derecho, no el de propiedad, que no lo tenían, sino ese derecho de preferencia o ad rem para obtener la adjudicación definitiva. Si así no se interpreta el pasaje comentado, la Cédula habría incurrido en una flagrante contradicción al ordenarles, por una parte que "acudiesen precisamente a mi Real Persona a impetrar su confirmación en el término que se les asigne", y por otra, sin más fundamento que la mera posesión de hecho, reconocerles la propiedad sin necesidad de cumplir con las diligencias ordenadas en la misma Cédula.

Por último, nótese que la Cédula no habla de "perdimiento del dominio", sino "bajo la pena de su perdimiento", que obviamente se refiere al derecho de "impetrar su confirmación", vale decir, la adjudicación definitiva de las tierras poseídas de hecho.

Identificación.—Como lo observa la sentencia de primera instancia, el título original, presentado con la demanda, resulta imposible de leer o de informarse de su contenido en forma directa, por el deterioro en que se encuentra (fs. 18 a 30 C. Nº 1º), como efecto de las manchas, roturas, acción del tiempo y de otros factores; sin embargo, con el objeto de solucionar esta dificultad, en segunda instancia, se solicitó un dictamen pericial, que lo rindió el doctor Miguel Aguilera, designado por el procurador delegado y aceptado por la contraparte.

Antes de transcribir el texto descifrado, el experto hace las siguientes advertencias o aclaraciones: "Dichos documentos se hallan gravemente afectados por la edad, la humedad y la gran negligencia en su conservación. Tales perturbaciones han hecho que su lectura resulte hoy bien laboriosa, quedando ilegibles algunas contadas zonas, que no parecen alterar ni esconder el sentido general de la actuación administrativa sobre dominios de tierras que allí se contiene. De una vez conviene advertir que si las piezas examinadas prosiguen expuestas a la luz, al manipuleo incontrolado y al trato desconsiderado de ellas, al cabo de tres o cuatro años no podrá identificarse su contenido sino muy fragmentariamente, y ello con el auxilio de instrumental adecuado.

"Me atrevo a conjeturar que la versión que obra bajo folios 31 a 34 del primer cuaderno, debió ser tomada hace muchos años, cuando la acción de la humedad y del sudor de las manos sobre las sales tánicas de la tinta usada, no habían consumado íntegramente la eliminación de ciertas regiones de lo actuado en la época colonial.

"Con el uso de lámpara adecuada para el efecto y observando las inclinaciones de los planos, según las necesidades propias de casos paleográficos semejantes, logré realizar la lectura en los términos que se reproducen en la siguiente versión. Anoto que he reproducido con fidelidad la ortografía original, y que he distribuido el texto siguiendo el orden lineal de las piezas originales, a fin de que pueda identificarse con rapidez y facilidad cualquier signo o palabra dudosa". (fs. 24 vto. C. Nº 5º).

Para dar una noticia exacta del contenido del título descifrado, en lo conducente, se transcriben los apartes más importantes, con la misma ortografía antigua y con los puntos suspensivos que reemplazan las palabras que el experto no pudo leer, pero sin observar el orden lineal o de renglones, por ser innecesarios para los fines actuales.

El colono presentó la petición, sobre composición o adjudicación, en estos términos:

"Señor Juez Subdelegado Eusevio Josef Noriega vezino de..... San Josef de Barroncas ante Vtra. Mrd..... mas aya lugar en derecho paresco y digo que en el partido..... de esta jurisdiccon..... tierra y descando obten..... denuncio en forma..... para que enconformidad de la Real Zedula instruiba de este asunto se sirva darme la memorada composición desde la ..... Paso de Santa Rita colindando con tierras de Simón Carrillo hasta la..... cada..... Serro....., bocada de Pacual, Pazo de las Aullamas del Rio Palomino colindando con linderos de Simón Carrillo y de aquí cortando por la cumbre del Serro a la Cavezeras de Agua Nueba, y desde aquí colindando con linderos de..... Landaeta, cortando por..... Arroyo hondo en el Rio Rancheria, y de aqui aguas arriba hasta dho. pazo Santa Rita de la Roza de Pablo Castro, que estoy pronto a satisfacer a los correspondientes dros. — Por tanto a Vmd pido y suplico se sirba prover como solicito que juro lo ness?. — Eusevio Joseph Noriega Fonzeca..... mil setecientos setenta y

ocho— Admítese a la Parte acompoción de las trras. que denuncia y para su medida, deslinde, amojonamiento y abaluo se da comición en forma a Dn Francisco Antonio de Acosta quien prestando ante S. M. el Juramento de Solem..... de personas prácticas, experimentadas y de conciencia a practicar dha. mensura y abaluo, procediendo citación a los circumbecinos y colindantes assi Indios como Españoles haciéndoles manifestar los títulos suficientes de las trras. que poseyeren..... estas diligencias les remitirá al Juzgado con citación de la parte interesada, Y líbrese despacho en forma". (fs. 25 a 25 vto. C. Nº 59).

El comisionado cumplió su cometido así:

"En el mismo dia, mes y año este hato Palmarito del Partido señor Josef de Barrancas Yo el comicionado Agrimensor en conformidad de lo mandado por el Señor Juez Subdelegado de trras. formé la mensura pedida por Eusevio Noriega y al efecto hallé desde el primero lindero Roza de Pablo de Castro, pazo de Santa Rita colindando con linderos de Simón Carrillo tres mil quatrocientas varas caste..... a la punta del Serro de la..... orada de Pascual, pazo de las aullamas del Río Palomino colindando con el dho. Simón Carrillo, y desde aquí corriendo por derecho a las cavezeras de Aguanueba colindando con el lindero de Dn. Nicolás Landaeta huvo..... desde aquí atravezando con la Punta del Serro la medida en la boca de Arroyohondo colindando con el dho. Landaeta siendo tierra de a ocr quatro rreales fanga, que según la figura quadrilonga que resulta y numero de varas..... monta la cantidad de ocho pesos y siete rreales, quedando el terreno amojonado y util con lo demas se me previene firmelo con los acompañantes, y entrego estas diligencias tla parte". (fs. 25 vto. a 26 C. Nº 59).

El 20 de marzo de 1778, el Juez Subdelegado ordenó pasar lo actuado "al Sr. Alcalde Pedaneo del Citio de Barrancas" para que recibiese el valor de las tierras avaluadas, quien, al día siguiente (21 marzo 1778), expidió este comprobante: "Yo Don Joaquín Fernandez Alcalde Pedaneo del sitio de Barrancas y Recetor de Reales Maravedises Certifino que en este dia ha enterado en esta Receteria de mi cargo Eusevio Josef Noriega ocho pesos siete rrealos veinte y siete mrs. (con rebaja de un rreal dies y seis mrs. que por razón del dos por ciento pertenezen al Sr. Juez Subdelegado del..... Zedula Instrutiba) corresponden nocho pesos quatro rreales en que como consta a su Agrimensor, se abaluaron las dies y siete fanegs. sitas en el paraje nombrado Palmarito en jurisdicción del dho. Barrancas. Y en que se incluyen tres rreales veinte mrs. del Real Dro. a media annata, con veinte y dos mrs. del dies y ocho por ciento de Conduzn. y aberia a los Ros. de España. Y al referito total me tengo hecho cargo en el..... da Receteria del....." (fs. 26 a 27 ib.).

Finalmente, el Juez Subdelegado puso término a la actuación, así:

"Vista la Certificación antecedente que acredita haver satisfecho Eusevio Josef Noriega vezino del Citio de Barrancas el valor de estas trras. con los demas dros. pertenecientes a S. M. Líbresele el titule de propiedad y poccion. — **Doctor Almarza Joahin de Ibarra — Juan Antonio.....** Por tanto libro el presente y por él en nombre del Rey Ntro. Señor (Que Dios Gue.) y en virtud de la Real facultad qe. me tiene conferida por la Real Zedula Instrutiba dada en San Lorenzo el Real a quinze de octubre de mil sete..... y Subdelegación que se me hizo por el Señor doctor don Benito Casal y Montenegro, Oydor Alcalde de Crte. de la Real Audiencia del distrito, y Juez Gral. de trras. de este Reyno para esta Intendencia, y aten..... Eusevio Josef Noriega exibido de..... los ocho pesos quatro rls. con lo demas respectibo al dro. de medida annata de dies y ocho por ciento de Conduzn. y haberia a los Reynos despaña cuya cantidad fue en la que se abaluaron las enunciadas trras. según que assi se me hizo constar por la certificación incerta. Desde luego hago merced, y gracias de ellas al referido Eusevio Jph. Noriega para que la gose por si y sus herederos y subsesores como suyas propias por todos los dias de su vida como abidas y adquiridas con justo y Dr. titulo sembrándolas, labrandolas y cultibandolas como mejor le combenga, cuya merced y gracias de ellas la..... con todas sus entradas y salidas, Aguas, Pastos, abrevaderos, usos, costumbres bajo los Limites y linderos que se comprehenden en la diligencia de Menzura. Entendiendo esta gracia sin perjuicio de los naturales, Patrimonio Real, ni de otro tercero que mejor dro. tenga." etc. (fs. 27 a 28 ib.).

En resumen, a Eusebio José Noriega se le adjudicaron, el 23 de marzo de 1778, diecisiete (17) fanegadas en el punto denominado Palmarito, por las lindes descritas en las diligencias respectivas, pero que no aparecen completas: sin em-

bargo, la adjudicación del inmueble se efectuó por cabida o por área, más que como cuerpo cierto.

Con el fin de identificar el globo de terreno Palmarito, tal como aparece descrito en las diligencias realizadas en el año de 1778, el tribunal del conocimiento llevó a efecto una inspección ocular, dentro de la cual recibió los testimonios de Salvador Díaz y Mauricio Solano, quienes, por conocer la región desde su infancia, como por referencias de los antepasados y a todo el vecindario, el "punto donde desemboca el río Palomino en el Ranchería, se llama el PASO DE SANTA RITA". Posteriormente, hecho el recorrido necesario, los testigos Juan Gómez, Rafael y Maximiliano Solano, interrogados por el magistrado ponente, dijeron "que este sitio o paso del río Palomino se conoce por los vecinos con el nombre de 'Paso de las Ahuyamas', y que así lo aprendieron de los mayores y se nombra así hoy en día"; más adelante añadieron: "que el cerrito que llega hasta la orilla izquierda del río Palomino en este sitio de las Ahuyamas se conoce desde tiempo inmemorial con el nombre de Cerro de Pascual, que es lindero y arcifinio en esta parte limita los globos de Palmarito y Pascual". Los testigos Rafael Solano y Nicolás Bonilla, interrogados según el cuestionario del apoderado de los actores, manifestaron que, por ser de la región, "saben que el punto donde se les interroga se llama CABECERA DE AGUA NUEVA, llamada así por ser la cabecera o nacimiento del arroyo que se llama ARROYO HONDO, lo que así quedó constatado por la Sala". Los mismos testigos, llegados con los funcionarios a otro paraje, declararon: "Sabemos que este punto se llama la BOCA DE ARROYO HONDO que es la desembocadura de este arroyo en el río Ranchería, porque así lo nombramos nosotros cuando se ofrece y porque así lo llama el vecindario y también porque ese nombre era el que le daban los mayores".

"En esta forma —dice el acta— quedó constatado el punto a) de pruebas del actor", en el cual el apoderado de la parte demandante solicitó: "La determinación o localización sobre el terreno de los linderos de las tierras de 'Palmarito' tomando como base para ello los linderos que aparecen en el título que obra de autos y que acompañé a la demanda".

No obstante la terminante declaración sobre identificación del predio con los títulos presentados, según se dice en el acta, el valor probatorio de tal afirmación queda contrarrestada con la siguiente del fallo, suscrito por dos de los magistrados que concurrieron a la diligencia: "..... no aparece que el documento presentado como título haya podido dar a conocer todo su contenido, y especialmente los linderos, por ser ilegible, como se dijo, y por ello no se puede determinar lo que fue objeto de adjudicación al señor Eusebio José Noriega...."

Además, resulta evidente que, con los medios a disposición de los magistrados en la fecha de la inspección ocular, el día 3 de diciembre de 1948, no era posible conocer a cabalidad el contenido en relación con las lindes del predio, como puede verse a la vuelta del folio 20 del expediente; y aún más, ni siquiera el perito doctor Aguilera pudo leer todo el contenido del documento, como aparece en la transcripción hecha antes y como puede verificarse a la vuelta del folio 25 del C. Nº 59.

Las declaraciones de los testigos tampoco pueden considerarse decisivas, con el fin de identificar los puntos claves de las lindes del predio, porque a más de ser de mera referencia a la tradición, no consta ni existe elemento alguno para concluír que son los mismos a que alude las diligencias de mensura, hecha ciento setenta años antes (1778 a 1948).

Sin embargo, la falta de identificación aparece de bulto, en forma manifiesta y palpable, si se tiene en cuenta la cabida o área adjudicada de diecisiete (17) fanegadas, con la actual, pues el perito nombrado por las partes, en el dictamen dice: "La superficie del globo de tierra denominado 'Palmarito' es de dos mil doscientas diez hectáreas con seis mil treinta y cinco metros cuadrados (2.210 hects. 6.035 metros cuadrados) según plano que se adjunta y carteras de trabajo y cálculo que se han entregado al abogado demandante". (fs. 17 C. Nº 29).

Si se tiene en cuenta, según se advirtió antes que la "composición" se llevó a efecto respecto del área, no tanto como cuerpo cierto, resulta del todo evidente la falta de identificación, porque 17 fanegas o fanegadas, por las cuales pagó el adjudicatario Noriega la suma de ocho pesos cuatro reales, no pueden convertirse en más de

dos mil hectáreas; y si esto no fuese así, correspondía a la parte actora, mediante la técnica conversión de las unidades de medida, demostrar lo contrario, es decir, establecer que las 17 fanegas de antaño equivalen o comprenden las actuales 2.210 hects. con 6.035 M2., con el fin de la cabal identificación del área adjudicada o en el proceso de adjudicación en 1778, con la actual cabida del inmueble circunscrito por las lindes descritas en el acta de inspección ocular, practicada por el tribunal de primera instancia; pero como tal equivalencia no se probó, la falta de identificación del inmueble aparece de modo evidente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada, en virtud de la cual se absuelve a la Nación de los cargos contenidos en la demanda presentada por la Comunidad de Palmarito, según poder conferido por el Administrador.

Publíquese, notifíquese, cópiese, 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.

SE ABSUELVE A LA NACION DE LOS CARGOS FORMULADOS EN LA DEMANDA RELACIONADOS CON UNA PRETENDIDA LESION ENORME SUFRIDA POR EL ACTOR AL VENDER UN PREDIO CON DESTINO A LA CONSTRUCCION DE LA AUTOPISTA

Contrato de promesa de compraventa y lesión enorme

1.—Nuestro Código Civil sólo consagra la rescisión por lesión enorme en relación con determinados actos o contratos, como éstos: la compraventa (artículo 1947 del C. Civil); la aceptación de la herencia, en el evento de que las disposiciones testamentarias ignoradas por el aceptante, impliquen una rebaja de la asignación en más de la mitad (artículo 1281); la partición, cuando el heredero es perjudicado en más de la mitad de su cuota (artículo 1405); el mutuo de dinero, cuando el interés convencional exceda de la mitad del corriente (artículo 2231); la anticresis, cuando se hubieren estipulado intereses como en el caso contemplado del mutuo (artículo 2463); la cláusula penal, "cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él" (artículo 1861); la permuta, pues la jurisprudencia ha aceptado la acción de rescisión por enorme engaño en la permuta al interpretar el artículo 1958 del C. Civil. (Casación de 18 de mayo de 1920).

2.—A diferencia de otras legislaciones modernas que consagran la lesión como principio general aplicable a todas las convenciones en que una de las partes ha abusado de la necesidad, la mala situación, la ligereza o la inexperiencia del otro contratante, creándose así un desequilibrio entre las prestaciones correspondientes, el sistema adoptado por nuestro Código Civil no enmarca la lesión en la teoría de los vicios del consentimiento, ni la extiende a todos los actos jurídicos en que concurran las anotadas circunstancias de inferioridad en la parte agraviada, pues sólo la establece en forma excepcional para determinados actos y contratos, haciéndola reposar sobre un criterio objetivo, matemático.

3.—Como lo ha expresado la jurisprudencia nacional (T. LXXXVIII, 338) son elementos configurantes de la acción de rescisión de la venta por lesión enorme: a)—Que verse sobre inmuebles y que la venta no se haya hecho por ministerio de la justicia (artículo 32 de la ley 57 de 1887); b)—Que no recaiga sobre ventas mercantiles (artículo 213 del C. de Comercio); c)—Que el engaño sea enorme (artículo 1947 del C. Civil); d)—Que no se trate de un contrato de carácter aleatorio (casaciones XXXVII-38, XLI-531, LXX1-456); e)—Que después de la celebración del contrato de compraventa no se haya renunciado a la correspondiente acción rescisoria; f)—Que la cosa no se haya perdido en poder del comprador (artículo 1953 C. C. g) —Que la acción se instaure dentro del término legal (artículo 1954 ibidem).

4.—En el ejercicio de la acción rescisoria del contrato de compraventa por lesión enorme, el factor primordial materia de la controversia y sobre el cual debe recaer el fallo es el de la confrontación y determinación del precio estipulado en la venta y del

justo precio de la cosa vendida, en la fecha de la convención, para deducir jurídicamente si entre esos guarismos o elementos de estimación existe el desequilibrio determinante del engaño enorme (XLVII-41 y 335, LXXI-451). Y para la demostración del anotado extremo de la litis, según jurisprudencia reiterada, la prueba conducente y adecuada es la pericial (LV, 618).

5.—La promesa bilateral de compraventa es, desde luego, distinta del contrato prometido, puesto que engendra la obligación de prestar el consentimiento para la celebración de este último. Por lo tanto, las obligaciones nacidas de aquélla son de hacer y se cumplen prestando el consentimiento que se ha convenido prestar para la celebración del futuro contrato prometido. Y si el contrato objeto de la promisión no se perfecciona de conformidad con los términos estipulados en el escrito respectivo, es porque el prometiente o prometientes no han pagado las obligaciones contractuales a su cargo. En tal evento, por así preceptuarlo el artículo 1610 de C. Civil, el acreedor del prometiente constituido en mora tiene derecho a elegir entre que se apremie al deudor para la celebración del contrato y exigir del mismo indemnización compensatoria de los perjuicios resultantes de no pago, en que la obligación se resuelve.

6.—Si la promesa de compraventa de una finca raíz se cumple de libre y espontánea voluntad tanto por el prometiente vendedor como por el prometiente comprador, sujetando la enajenación a las condiciones determinadas y ciertas especificadas en el contrato de promisión, y por lo mismo la compraventa de la cosa se hace por el precio o suma fijada en dicha convención y en cumplimiento de la promesa celebrada, o sea, para pagar las obligaciones preexistentes de hacer que de ésta se derivan, es claro que la compraventa sólo viene a ser el desarrollo exacto o ejecución de la promesa y esta última la vía conducente a la enajenación. Al estudiar esta especial cuestión y sus efectos jurídicos el tratadista doctor Jaime Rodríguez Fonnegra expone la tesis de que "entre nosotros no es rescindible por lesión enorme la compraventa hecha en cumplimiento de promesa de celebrarla".

7.—Desde antes de perfeccionarse el contrato de venta que dio origen al presente juicio de rescisión por lesión enorme la Compañía vendedora, dando en este punto cumplimiento anticipado al contrato de promesa de venta que se había firmado entre las partes, hizo entrega a la Nación del inmueble prometido en venta y destinado a la construcción de la autopista, con el resultado de que desde antes de efectuarse la tradición del dominio aunque con posterioridad a la promesa, se produjo un indudable aumento de valor en la finca, debido no a imprevisible suceso, sino a la cuantiosa inversión de dineros públicos en la construcción de la citada obra nacional. Resulta así claramente inequitativa la pretensión de que para fijar el justiprecio del inmueble se tenga en cuenta la valorización ocasionada por la construcción de la vía, porque aquélla constituye un factor o elemento extraño al valor del mismo predio y, además, se deriva del costo de la ejecución de la obra que ha llevado a efecto solamente la Nación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES — Bogotá, abril veintiséis de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

Por medio de apoderado judicial, la "Compañía de Inversiones Caribe S. A." demandó a la Nación colombiana para que, con citación del Ministerio Público que la representa y previos los trámites de ley, se hicieran contra la entidad querellada las siguientes declaraciones y condenas:

"Primero—Que se declare que la 'COMPAÑIA DE INVERSIONES CARIBE S. A.' sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa que consta en la escritura número 2.631 otorgada el 19 de julio de 1955 ante el Notario Primero del Circuito de Bogotá, según la cual transfirió a la Nación colombiana un inmueble cuya determinación y linderos aparecen en dicho instrumento y se transcriben también en el presente libelo.

"Segundo.—Que, en consecuencia, se decrete la rescisión, por lesión enorme, del contrato contenido en la escritura citada en el punto anterior.

"Tercero.—Que se condene a la Nación colombiana a pagar a la Compañía de 'INVERSIONES CARIBE S. A.' o a quien la represente, en el término que se fije, el complemento del justo precio del inmueble que se dio en venta según la ya citada escritura 2.631 de 19 de julio de 1955 de la Notaría Primera de Bogotá, y según el avalúo que fijen los peritos dentro de este juicio, deduciendo de tal complemento el porcentaje que ordena la ley.

"Cuarto.—Si no se considerare legal hacer condena en la forma pedida en el punto anterior, solicito que se declare que con motivo de la rescisión la Nación puede a su arbitrio consentir en ella o completar el justo precio en dinero efectivo determinado pericialmente, con la deducción de ley. Se debe hacer expreso que la restitución, si por ella se optare, se hará previo cumplimiento del artículo 1953 del C. C., y se debe ordenar la cancelación de la escritura de venta y de su registro y se debe ordenar igualmente que el bien se devuelva por los linderos por los cuales fue vendido y reconociendo y ordenando que se entreguen los frutos o su valor, que hubieran podido percibirse con mediana diligencia.

"Quinto.—Que se condene a la Nación colombiana a pagar a la Compañía demandante intereses comerciales a una rata razonable y superior en todo caso a la legal, sobre la suma que constituye el complemento del precio, intereses que deben computarse desde la fecha de la demanda hasta cuando se haga el pago. En el fallo pido que se establezca el guarismo que se debe pagar por concepto de intereses hasta la fecha en que se pronuncia, y que se diga el monto mensual de los intereses moratorios que se causan de allí en adelante, por mes o fracción, hasta cuando se haga el pago, tanto del capital, como de la totalidad de los intereses".

El actor sustenta las anteriores súplicas con los siguientes hechos:

1º.—La Compañía demandante vendió a la Nación, según escritura pública mencionada en la declaración primera del libelo petitorio, un lote de terreno con cabida de 11.280 varas cuadradas, el cual formaba parte del inmueble marcado con el número 5 en el plano que se protocolizó con la escritura pública 702 de 26 de abril de 1940, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá, lote ubicado en esta ciudad, distinguido en su nomenclatura con el número 84-75 bis de la Avenida 13 de Bogotá (hoy Paseo de los Libertadores o Autopista del Norte) y particularizado por los siguientes linderos en la parte que es objeto del contrato de compraventa: "Norte con el lote número seis (6) del mismo plano, propiedad del Banco de Bogotá, el cual está destinado para calle; Sur, con el lote número cuatro (4) del plano citado, propiedad del Banco de Bogotá que también está destinado para Calle; Oriente, con la Avenida Caracas o antigua línea del Ferrocarril del Norte; y, por el Occidente, con terrenos del propietario". El inmueble lo adquirió la Nación con destino a la construcción de la Autopista o Paseo de los Libertadores, según reza la propia escritura de enajenación.

"2º.—La compañía vendedora adquirió en mayor extensión el inmueble que vendió a la Nación colombiana por compra hecha al doctor Francisco Urrutia, según escritura número 2427 de 24 de noviembre de 1943, de la Notaría 5ª de Bogotá.

"3º.—El precio que recibió la Compañía demandante, por la venta de que se viene hablando, fue muy inferior a la mitad del justo precio del bien en la época del contrato.

"4º.—La Nación colombiana recibió real y materialmente el inmueble enajenado; lo destinó a la construcción de una obra que le pertenece y no lo ha transferido, ni se ha destruído en su poder.

"5º.—La Compañía vendedora enajenó el predio ya valorizado. Basta ver que en la propia escritura se dice que el precio se deja a buena cuenta de esta contribución.

"6º.—Estoy en término para instaurar la acción.

"7º.—Los H. H. Magistrados de la actual Corte ya sentaron jurisprudencia sobre la cuestión central a que se refiere la presente demanda al decidir un caso idéntico, cómo fue el del señor Miguel de Germán Ribón, juicio en el cual también actuó como apoderado el suscrito abogado Alberto Preciado Peña".

En derecho, se funda la demanda en el capítulo 13, título 23, Libro 4º del C. Civil; artículos 1946, siguientes y concordantes de la misma obra; artículo 2º de la Ley 67 de 1943; artículos 40, 737 y concordantes del C. Judicial.

Con el libelo de demanda presentó la parte actora varios documentos que serán materia de posterior análisis.

Corrido el traslado legal de aquélla al señor

Procurador Delegado en lo Civil, éste lo evacuó en el sentido de negar el derecho invocado y de oponerse a las peticiones allí formuladas, expresando, en cuanto a los hechos, que se atendría a la eficacia y conducencia de las pruebas presentadas con el libelo principal para acreditarlos y de las que se produjeran posteriormente con ese fin durante el juicio.

Abierto el negocio a pruebas, se decretaron las pedidas por el apoderado de la parte actora, las cuales se estudiarán más adelante. Y como ha llegado la oportunidad de pronunciar sentencia, agotado como está el trámite legal correspondiente, a ello procede la Sala mediante las siguientes consideraciones:

La acción de rescisión por lesión grave o enorme la sufre el vendedor "cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella" (artículo 1947 del C. Civil). Debe tenerse en cuenta que en las ventas susceptibles de rescisión por causa de lesión enorme, o sea, las referentes a inmuebles, el justo precio de la cosa a que se refiere la ley es el común o corriente en el lugar del bien y en el tiempo de la celebración del contrato.

Además del citado caso, nuestro Código Civil sólo consagra la rescisión por lesión enorme en relación con determinados actos o contratos, como éstos: la aceptación de la herencia, en el evento de que las disposiciones testamentarias ignoradas por el aceptante, impliquen una rebaja de la asignación en más de la mitad (artículo 1291); la partición, cuando el heredero es perjudicado en más de la mitad de su cuota (artículo 1405); el mutuo de dinero, cuando el interés convencional exceda de la mitad del corriente (artículo 2231); la anticresis, cuando se hubieren estipulado intereses como en el caso contemplado del mutuo (artículo 2466); la cláusula penal "cuando —como reza el artículo 1601— por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él"; la permuta, pues la jurisprudencia ha aceptado la acción de rescisión por enorme engaño de la permuta al interpretar el artículo 1958 del C. Civil (Casación de 18 de mayo de 1920).

A diferencia de otras legislaciones modernas que consagran la lesión como principio general aplicable a todas las convenciones en que una de las partes ha abusado de la necesidad, la mala situación, la ligereza o la inexperiencia del otro contratante, creándose así un desequilibrio entre las prestaciones correspondientes, el sistema adoptado por nuestro Código Civil no enmarca la lesión en la teoría de los vicios del consentimiento, ni la extiende a todos los actos jurídicos en que concurran las anotadas circunstancias de inferioridad en la parte agraviada, pues sólo la establece en forma excepcional para determinados actos y contratos, haciéndola reposar sobre un criterio objetivo, matemático. Por lo tanto, para que se cause la rescisión o el reajuste del acto jurídico, como lo indica el tratadista doctor Pérez Vives, es menester que "se produzca la desproporción aritmética, objetiva de las prestaciones contractuales de las partes; en otras palabras, que se haya traspasado hacia abajo o hacia arriba, el límite aritmético fijado por la ley. Basta el desequilibrio contractual entre lo que se da o se promete y lo que se recibe en cambio, para que el acto quede expuesto a ser anulado, sin que importen consideraciones relativas a la intención que se tuvo al emitir la declaración de voluntad". (Teoría General de las Obligaciones, volumen 1, Nº 110).

Ahora bien: como lo ha expresado la jurisprudencia nacional (T. LXXXVII, 336) son elementos configurantes de la acción de rescisión de la venta por lesión enorme: a) Que verse sobre inmuebles y que la venta no se haya hecho por ministerio de la justicia (artículo 22 de la Ley 57 de 1887); que no recaiga sobre ventas comerciales (artículo 218 del C. de Comercio); que el engaño sea enorme (artículo 1947 citado); que no se trate de un contrato de carácter aleatorio (casaciones, XXXVII 39, XLI-501, LXXI-450); que después de la celebración del contrato de compraventa no se haya renunciado a la correspondiente acción rescisoria; que la cosa no se haya perdido en poder del comprador (artículo 1951 ibidem); que la acción se instaure dentro del término legal (artículo 1954).

Según antes se expresara en el ejercicio de la acción rescisoria del contrato de compraventa por lesión enorme, el factor primordial materia de la controversia y sobre el cual debe recaer el fallo

es el de la confrontación y determinación del precio estipulado en la venta y del justo precio de la cosa vendida, en la fecha de la convención, para deducir jurídicamente si entre esos guarismos o elementos de estimación existe el desequilibrio determinante del engaño enorme (XLVII 41 y 335, LXXI, 451). Y para la demostración del anotado extremo de la litis, según jurisprudencia reiterada, la prueba conducente y adecuada es la pericial. Ha dicho la Corte a este respecto (LV, 616): "Las leyes de procedimiento no indican de manera categórica cómo debe demostrarse esta situación jurídica: mas jurisprudencia repetida y constante, dando interpretación a cierta norma legal que establece que en toda causa cuyo esclarecimiento dependa de apreciaciones o avalúos ha de hacerse la regulación mediante la prueba pericial, ha fijado o entendido que, siendo el fundamento objetivo de la lesión enorme consecuencia de la simple relación entre la cuantía del precio convenido y el que realmente hubiese sido justo, para conocer este indispensable extremo, ha de aprovecharse precisamente esta prueba del dictamen pericial, para con certeza poder determinarlo. Tiene entendido la jurisprudencia que la prueba pericial es la adecuada, la eficaz para poder definir con acierto acciones sobre rescisión por lesión enorme, como es la contemplada en esta controversia".

Con el libelo inicial se presentó copia de la escritura pública número 3.631 de 19 de julio de 1955, ya citada, en que consta el contrato de compraventa celebrado entre la Compañía de Inversiones Caribe S. A., como vendedora, y el Estado como comprador, del lote de terreno materia del litigio, utilizado para la construcción de la Autopista "Paseo de los Libertadores" que conduce de Bogotá al Puente del Común, por el precio de $ 21.659,40, precio que la Compañía enajenante "deja en su totalidad en poder de la Nación compradora en abono al impuesto de valorización con que ha sido gravada la finca de su propiedad distinguida en el Registro Catastral Nº Manzana A-78-A13 Nº 37 de esta ciudad", inmueble del cual fue segregado el lote de terreno así vendido.

En la cláusula séptima se expresa: "Que el propietario ya hizo entrega total a la Nación del inmueble por su ubicación, cabida y linderos, libre de servidumbres e impuestos de cualquier naturaleza".

Además, en el encabezamiento de la escritura en referencia manifiesta la Compañía que procede a la celebración y perfeccionamiento de tal convención, "para dar cumplimiento al contrato de promesa de compraventa del inmueble que en seguida se nombra, suscrito en esta ciudad el nueve (9) de enero de mil novecientos cincuenta y tres (1953) por el doctor Camilo de Brigard Silva en nombre de la citada 'Compañía de Inversiones Caribe, S. A.', que en el texto de esta escritura se denominará 'El Propietario', y el señor Ministro de Obras Públicas en nombre del Gobierno Nacional", el cual se presenta para su protocolización con las aprobaciones de rigor y el concepto del Honorable Consejo de Estado que declara dicho contrato ajustado a las autorizaciones legales.

De este último documento se desprende: que por medio de la promesa de celebrar esta compraventa, contrato que reune los requisitos señalados por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y que recibió la correspondiente aprobación ejecutiva, la Compañía se obligó a vender a la Nación el lote de terreno objeto de esta acción por la suma de $ 21.659,40; que el predio materia de la promesa se destina para la construcción de la Autopista Paseo de los Libertadores de Bogotá al Puente del Común, conviniendo el prometiente vendedor "en abonar en su totalidad, la suma de dinero, precio del lote, al impuesto de valorización con que ha sido gravada la finca de su propiedad distinguida con el Registro Catastral Nº Manzana A-78-A 13 Nº 37 de esta ciudad".

Además de la copia del plano de la zona ocupada, expedida por el Ministerio de Obras Públicas, se presentó una certificación del Departamento Técnico de Bogotá, Sección de Catastro y Nomenclatura, en la cual se hizo constar: "que el predio situado en la Avenida 13 Nº 84-75, cédula catastral Nº A-78 A-13/37, inscrito a nombre de Inversiones Caribe S. A. avaluado en la suma de trescientos cuarenta y tres mil pesos ($ 343.000.oo) vigente desde el primer semestre de 1956. Por medio del boletín Seve C-022485, se comunicó la disminución del Area para vía pública, según escritura Nº 2631 Notaría 1ª de julio 19 de 1956..... En Bogotá se expide el presente a 1º de julio de 1957".

También se acompañó una certificación del Ingeniero Jefe de la Oficina de Valorización, Ministerio de Obras Públicas, del cual aparece. Que el predio distinguido con el Registro Catastral Nº Mz. A-78 A-13 Nº 37 de Bogotá D. E., y de pro-

piedad de la Compañía de Inversiones Caribe S. A., fue gravado con el impuesto de valorización correspondiente a los trabajos adelantados en la Autopista 'Paseo de los Libertadores'; que dicho impuesto ascendió en la fecha de su liquidación a la cantidad de veintidos mil ochocientos pesos con veintiún centavos ($ 22.800.21) moneda corriente; que a esa suma se abonó el valor de la faja de terreno interceptada por la obra de la Autopista, por compra hecha por la Nación según escritura pública Nº 2631 de 19 de julio de 1955, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá, o sea la cantidad de veintiun mil seiscientos cincuenta y nueve pesos con cuarenta centavos ($ 21.659.40); que el 4 de diciembre de 1952 (sic) se canceló el saldo a su cargo, según recibo Nº 037767 de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca; que el día 19 de julio de 1955 se expidió el paz y salvo correspondiente con el Nº 1477 de este Ministerio". Dicho certificado fue expedido el 15 de abril de 1957.

Asimismo se acompañó un certificado del Jefe de la Sección II Recibos Predial, de la Tesorería Distrital, en el cual se expresa: "Que el inmueble inscrito a nombre de la Compañía de Inversiones Caribe S. A., situado en la Avenida 13 Nº 84-75 CC. Nº A-78 A13/37 de esta ciudad, ha tenido un avalúo de $ 90.500 m/c. para 1/55 y de $ 452.000 por el segundo semestre de 1955. Se expide en Bogotá a los 27 días del mes de marzo de 1957".

Durante el término probatorio, además de haberse traído al juicio certificados sobre propiedad y libertad del inmueble y sobre registro de las escrituras número 1708 y 1706 de 27 de septiembre de 1941 referentes a la protocolización de los estatutos de la Compañía y al poder general conferido por ésta al doctor Camilo de Brigard Silva, se ordenó la práctica de una inspección ocular, con intervención de peritos, para la identificación de la zona ocupada con la construcción de la Autopista y para la fijación del justo precio en la fecha del contrato de compraventa.

El doctor Gualberto Rodríguez perito nombrado por el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, expresa:

"**Justo precio del inmueble en julio de 1955.**— El lote sobre que versa esta controversia, ubicado sobre la que hoy es 'Avenida o Paseo de los Libertadores', en el sector comprendido entre las calles 83 y 85, formaba parte de otro de mayor superficie. Las 47.036,71 varas que lo formaban, fueron adquiridas por la Compañía de Inversiones Caribe por la suma de $ 47.036.71 o sea a razón de a $ 1.oo la vara, conforme a escritura Pública Nº 2427 de 24 de noviembre de 1943.

"Para el primer semestre de 1955, poco más de nueve años después, época en que precisamente se suscribió la promesa de venta que luego se solemnizó a través de la escritura Nº 2631 de 19 de julio de 1955 otorgada en la Notaría Primera, el avalúo de dicho inmueble en el Catastro era de $ 90.500.oo, que proporcionalmente corresponde al acordado por las 11.280.94 varas cuadradas que la Compañía le vendió a la Nación, con valor de $ 1,91 la vara cuadrada. Sin embargo, ya para el segundo semestre, el Catastro elevó aquel avalúo a la suma de $ 452.000.oo, resultando así estimada la vara cuadrada a $ 9.60".

Dicho experto, luego de relacionar algunas compras de terrenos hechos por la Nación en ese sector durante el año de 1954, agrega en su concepto pericial: "En el caso de los lotes adquiridos por la Nación para la construcción de la Autopista o Paseo de los Libertadores, antes mencionados, el de la Compañía de Inversiones y el del señor Ribón, vendidos al mismo precio aproximado de $ 1.90 la vara cuadrada, aparecen situados cinco y más cuadras hacia el norte, de la urbanización ASTURIAS y señores Vergara López, que se vendieron a $ 18.50. Pero acontece que de esos dos sectores, es el del extremo sur el que ofrece una superficie regularmente plana, y se encuentra completamente urbanizado: el del extremo norte presenta aún ahora, huellas muy claras y definidas de tierra encenegada y pantanosa, y que, sobre todo para la época en que se suscribió la promesa y se solemnizó la venta, tenían que demeritarle en sus posibilidades urbanísticas, en términos de que ni aún siquiera hoy, seis años después de la promesa y cuatro de firmada la venta, ha logrado aún urbanizarse. Así me explico la apreciable diferencia de precios a que para la misma época fueron negociados los lotes de cada uno de estos dos sectores, razonable y claramente justificada en fuerza de la misma diferencia de localización y de aptitudes urbanísticas que cada uno ofrecía al juicio de posibles adquirientes.

"Contra esta conclusión se han expuesto algunos argumentos que, inclusive sirvieron para fundar la lesión enorme en el pleito de Ribón, pero que a mi juicio carecen de toda significación demostrativa:

"Que en la época del contrato ya estaba abierta la Autopista, por lo cual —si dicha obra valorizó

el predio— el vendedor gozaba de la plus valía, por lo cual pagó la cuota correspondiente. Y esto, señores Magistrados, no es exacto: porque si para la fecha en que se firmó la escritura, que no para la en que se suscribió la promesa, estaba ya abierta la Autopista e incorporado el lote comprado por la Nación a Inversiones, esto no quiere decir que el expresado lote como parte integrante de la obra con que se valorizaban las propiedades aledañas, pudiera hacer de alguna manera su propia valorización: era la obra la que valorizaba los predios vecinos, y no ella la que así misma se iba a valorizar, máxime cuando por razón de sus destinación para vía pública quedaba fuera del comercio.

"Que para el segundo semestre de 1955 el propio catastro elevó el precio de la vara cuadrada de $ 1.92 a $ 9.60 lo cual demuestra que por lo menos este último debía ser el valor comercial de la vara en el momento de la escritura. Tampoco es argumento de ningún valor; porque ni el acuerdo sobre el precio se hizo al suscribirse la escritura en 1955, sino al firmarse la promesa de venta de 1953; ni para ese segundo semestre la realidad comercial era la misma vigente hasta entonces, precisamente porque ya se había abierto la Autopista y esa obra había determinado una valorización, que desde luego, y como lo he dicho, no podía recaer sobre parte alguna del terreno incorporado a esa Avenida.

"Ni puede tampoco sostenerse razonablemente, que los precios de venta de las urbanizaciones del antiguo Country y del Chicó, en mucho superiores a los acordados para la zona de la controversia, estén demostrando lesión de ninguna naturaleza para los vendedores del último. Pues en aquellos se trata de urbanizaciones perfectamente organizadas con todos sus servicios, calles, andenes, energía, agua, etc. y de ubicación residencial muy superior a la otra; en tanto que, según lo dejo observado, las zonas que delimitan por el costado occidental de la Autopista, en el sector de la ubicación del lote vendido por Inversiones, ni siquiera para el momento actual ha logrado entrar en estado urbanístico, por carencia de la mayor parte de tales servicios".

Y luego concluye así: "Si las adquisiciones realizadas por la misma entidad, la Nación, ofrecen tan distintos precios, como los que aparecen, es porque ellos correspondieron en su momento a otras tantas distintas calidades o condiciones comerciales que así lo determinaban y nada más.

"En suma: el justo precio del inmueble a que se refiere este juicio, y en la época en que fue adquirido por la Nación era el de $ 1.92 por vara cuadrada a que se le enajenó por la Compañía de Inversiones Caribe.

"**Consecuencias:** El precio a que se vendió el inmueble no es, por consiguiente, inferior ni distinto al que consideró el justo precio en el tiempo en que se efectuó la venta.

"Por lo tanto, no cabe hacer regulación alguna sobre los supuestos intereses comerciales que habrían de corresponder a esa diferencia durante ningún tiempo".

El perito nombrado por el actor y el tercero, según aparece de los conceptos respectivos y de las ampliaciones, llegaron a las siguientes conclusiones: a) que al tiempo de la fecha del contrato cuya rescisión se demanda (10 de julio de 1955), se llevaron a cabo en el sector que se estudia ventas de lotes de terreno a precios superiores al fijado para el predio objeto de esta acción, tal como ocurrió con la llamada urbanización "La Castellana", la cual "comenzó ventas en el segundo semestre de 1955 a razón de $ 30.oo v2 los solares peor situados y los demás a un promedio de $ 35.oo y con estos precios, en el primer semestre de ventas, tenía vendidos aproximadamente un 30% de los lotes, lo cual confirma que el precio era comercial y tenía amplia aceptación por parte de los compradores"; b) que "la calidad de los terrenos en la urbanización 'La Castellana' y en el predio objeto de la demanda es la misma", por lo cual, al deducir del precio comercial de la vara cuadrada en bruto el valor de las obras necesarias para la urbanización y el de las zonas que deben cederse para tal fin, "se llega a un valor de $ 20.oo por vara cuadrada bruta, urbanizable en el sector de 'La Castellana'; que "en el mes de julio de 1953, o sea dos años antes del contrato que se estudia", la Compañía de Inversiones Bogotá vendió a las Escuelas Pías un terreno situado en el mismo sector occidental de la Autopista a razón de $ 7.05 la vara cuadrada bruta, y que la Nación demandada también compró en dicho sector a la Compañía "Asturias Limitada" y al señor Vergara Galvis lotes de terreno a razón de $ 16.50 la vara cuadrada, sin obras de urbanización, compras estas últimas que se llevaron a cabo un año antes de la fecha del contrato cuya rescisión se pide; que

un predio vendido por el señor Miguel de Germán Ribón a la Nación, ubicado entre la calle 83 y 85 del mismo lado de la Autopista y que fue materia de un litigio similar al presente, fue avaluado en dicho juicio a $ 17.00 v2 en el año de 1954, por lo cual al lote objeto de la demanda le corresponde un avalúo de $ 18.70 la vara cuadrada para la época de la escritura de venta o sea para el mes de julio de 1955", por el fenómeno innegable de la desvalorización de la moneda y según la tabla del Banco de la República sobre el valor adquisitivo de ésta; que al comparar el precio por vara cuadrada fijado por los peritos— con el pagado por la Nación por las 11.280.94 varas cuadradas, o sea, la suma de $ 21.659.40 que contiene el contrato de compraventa objeto de esta acción, se tiene una diferencia de $ 189.294.18, cantidad a la cual "se le debe deducir la décima parte o sea $ 18.929.42, llegando entonces el resultado a $ 170.364.76 que es el valor exacto en que avaluamos el daño emergente y que equivale al precio que debe pagar la Nación a los demandantes en dinero efectivo"; que el interés corriente aplicable al caso de autos y que la Nación colombiana debe pagar al demandante por el complemento en dinero del justo precio, es el de 10% anual, es decir, el que comunmente se deriva de inversiones en papeles de Bolsa, en virtud de lo cual, "determinando en un guarismo concreto el valor mensual del interés, se tiene que sobre la suma objeto de la indemnización o sea sobre $ 170.364.76 resulta al 10% anual un interés mensual de $ 1.419.70, que se debe pagar como lucro cesante....."; además, expresa el perito tercero que "me he limitado a estudiar lo que me fue pedido o sea el avalúo en el año de 1955", y no "en la época en que se hizo la promesa de venta, época que antecede en dos años al contrato de venta", "pero en todo caso sí anoto que la situación es fundamentalmente distinta según que se tome el año de 1953 o el año de 1955".

También se trajeron al proceso estos otros documentos: copias de las escrituras públicas números 1706 y 1708, ambas otorgadas el 27 de agosto de 1941 en la Notaría Quinta de Bogotá, por medio de las cuales se protocolizaron los estatutos de la Compañía 'Inversiones Caribe S. A.' y el poder general conferido por dicha sociedad al doctor Camilo de Brigard Silva; copia del concepto pericial rendido por los expertos Guillermo Morales Peña, Germán Rueda Escobar y Alvaro Aparicio Hernández, dictamen que obra en el ya citado juicio iniciado contra la Nación por Miguel de Germán Ribón en el año de 1956 y que culminó con sentencia de esta Sala datada el 5 de febrero de 1958; copia de la escritura pública número 732, pasada ante el Notario Sexto de Bogotá el 22 de mayo de 1954 y debidamente registrada por la cual "Urbanización Asturias Limitada" dio en venta a la Nación colombiana el derecho de dominio de una zona de terreno situado en Bogotá, barrio de Chapinero, en la Avenida 13 con calle 78, a la cual corresponde en la nomenclatura urbana el número 78-55 de la misma Avenida, con una cabida de 13.378 varas cuadradas con 75 centésimas de vara cuadrada, por la cantidad de $ 224.040.37, o sea a razón de $ 16.50 la vara cuadrada; copia de la escritura número 1.139 otorgada ante el Notario 4º de Bogotá el 29 de abril de 1954, por medio de la cual Santiago Vergara y Alfonso López Michelsen venden a la Nación un lote de terreno de una extensión superficiaria de 30.466 v2, distinguido en la nomenclatura urbana con el número 78-00 de la Avenida 13, por la suma de $ 502.689.00, a razón de $ 16.50 la vara cuadrada.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil, en su alegato de bien probado, solicita se absuelva a la Nación de los cargos formulados en la demanda porque siendo erróneos y carentes de toda fundamentación los dictámenes del perito de la parte actora y del tercero, ellos no pueden servir de base "para establecer que el inmueble tenía su justo precio en la cuantía que le atribuyen, y por consiguiente no se efectuó la pretendida lesión enorme que dé base a la rescisión incoada".

"De tal manera —agrega el Procurador— que, para considerar que el lote enajenado a la Nación por la sociedad actora, destinado a la construcción de la Avenida 'Paseo de los Libertadores', tenía en la época de la enajenación un 'justo valor' de $ 210.659.40 tuvieron en cuenta primordialmente entre otros factores extrínsecos a las cualidades intrínsecas de tal lote, la misma obra de la Avenida construída por el Gobierno Nacional, la cual fue la causa de la valorización o plus-valía no sólo del lote enajenado, sino de la mayor porción restante en poder o bajo el dominio de la Sociedad 'Compañía Inversiones del Caribe S. A.'. Fue entonces la obra del Gobierno Nacional, construída con fondos obtenidos de las contribuciones de todo el pueblo invertidas allí como uno de los ser-

vicios que el Estado en cumplimiento de sus fines públicos realiza así como presta los de vigilancia, defensa nacional, justicia, construcción de vías de comunicación, servicios administrativos, etc., etc., la que dio ese extraordinario valor o precio que le atribuyen los señores peritos a todo el globo de propiedad de la Compañía demandante. Esta obtiene por este medio una fabulosa ganancia sin empleo de esfuerzo suyo en obtenerla, en forma tal, que habiendo adquirido todo el globo general a razón de un peso ($ 1.00) la vara cuadrada, tomando 47,036.71 varas cuadradas en 1943 por la suma de $ 47.036.71, y enajenando al Gobierno Nacional mediante la valorización efectuada por la obra construída por éste o para la construcción de ella 11.280.94 varas cuadradas, once mil doscientas ochenta varas cuadradas con noventa y cuatro centésimas, esto es, menos de la cuarta parte del lote o globo general por la cantidad de $ 21.659.40. Y por efecto cuya causa no fue empleo (sic) por la sociedad actora de dineros destinados a valorizar intrínsecamente el globo o lote, sino la obra efectuada por la Nación, hace enajenaciones de otras porciones del mismo a diversas personas (a la Orden de la Escuelas Pias de la Comunidad de Padres Escolapios) otros lotes con grandes ganancias.

"Son todos estos factores completamente extrínsecos, y no los intrínsecos, los que toman en cuenta los señores peritos principal doctor Ramiro Castro Duque y tercero doctor Guillermo Morales Peña, para conceptuar que el justo precio del lote enajenado a la Nación para la construcción de la Autopista 'Paseo de los Libertadores' era el fijado por ellos. Amén de que consideraron, atenerse en este punto al criterio de la propia sociedad demandante, a la misma plus-valía originada en la obra de la Autopista o Avenida construída por la misma Nación, puesto que dicha sociedad actora sostiene que 'vendió el lote ya valorizado', alegando que precisamente con ello cubrió el impuesto que le fue derramado con causa en la obra valorizadora.

"El error de los peritos es manifiesto. Y la carencia de debida fundamentación del dictamen y el avalúo igualmente manifiesta. No puede servir de plena prueba, para ser estimada por la Corte, dentro del juicio, al proferir el fallo mediante sana crítica de esos dictámenes, al tenor de la disposición del artículo 123 del Código Judicial. Porque como la misma Corte lo ha dicho, el justo precio o valor de un bien, no puede tomarse por los factores extrínsecos al mismo bien, sino por los factores intrínsecos determinantes de ese justo valor o precio. Tal cosa expresó en la sentencia proferida por esa Sala de Negocios Generales, de fecha 2 de junio de 1960 dentro del juicio 'ordinario' en acción de rescisión por lesión enorme adelantado por Hernando Martínez Rueda contra la Nación, y precisamente resolviendo un caso semejante al de autos, con relación a un lote de terreno ubicado en el mismo sector de éste y en el que la valorización provino de la construcción de la Autopista o Avenida 'Paseo de los Libertadores'. El dictamen y avalúo de ésta, por demás, desvirtuado por el rendido por el perito principal doctor Gualberto Rodríguez Peña, ponderado, expuesto con claridad, que toma en cuenta ese sí factores intrínsecos para la determinación del justo precio o valor del lote de terreno en la época en que fue enajenado.

"Error de los peritos que de ser admisible su dictamen y avalúo como prueba en favor de la parte actora, conduciría a una aberrante situación de verdadero enriquecimiento injusto, enriquecimiento sin causa lícita. Porque, tomando la causa por el efecto, en una inversión de valores, resultaría la Nación que con dineros percibidos de todos los contribuyentes ha efectuado una obra pública que valorizó todo el globo de la sociedad actora, habría a su vez valorizado la porción que le fue enajenada por causa de esa misma obra. Y de contera, enriqueciendo a dicha sociedad actora, tendría que pagar una plus-valía en este globo adscrito ya al dominio público como parte de la Avenida o Autopista a quien se benefició en su patrimonio con la valorización del globo que de éste formó parte. No ha habido valorización intrínseca, ni debida a obra o mejoramiento introducido por la sociedad enajenante. Pero tal sociedad, en el libelo de demanda, incluso llega a atribuir a la Nación que efectuó coerción, fuerza, aprovechamiento injusto, obligando a la sociedad a enajenarlo para poder cubrir el impuesto de valorización que le había derramado.

"Por lo visto, siendo erróneo y carente de debida fundamentación el dictamen y avalúo de dichos peritos, no puede servir de base como prueba para establecer que el inmueble tenía un justo precio en la cuantía que le atribuyen tales peritos, y por consiguiente no se efectuó la pretendida lesión enorme que dé base a la rescisión incoada".

La lesión, según ya se indicara, tiene en nues-

tro Código Civil un fundamento primordialmente objetivo o material y reviste carácter de enorme en cuanto rompe el equilibrio de contraprestaciones contractuales en la medida que la misma ley señala, lo cual justifica la acción rescisoria correspondiente a fin de que se restablezca la proporción entre "la prestación procurada y la ventaja obtenida del contrato". Y así, por ejemplo, nuestro estatuto civil lo establece en relación con la compraventa de inmuebles, al preceptuar que "el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que pago por ella". En el evento sub-judice —como aparece de los documentos ya transcritos— la compraventa cuya rescisión se demanda fue hecha en cumplimiento de promesa de celebrarla, promesa suscrita en esta ciudad de Bogotá el 9 de enero de 1953 y en virtud de la cual la 'Compañía de Inversiones Caribe S. A.' se obliga a vender a la Nación y ésta a comprar el terreno objeto de la presente acción, destinado a la construcción de la Autopista 'Paseo de los Libertadores', por la suma de veintiun mil seiscientos cincuenta y nueve pesos con cuarenta centavos ($ 21.659.40) y demás determinaciones allí especificadas, conviniendo el prometiente vendedor en abonar la totalidad del precio estipulado a la cancelación del impuesto de valorización "con que ha sido gravada la finca de su propiedad distinguida con el Registro Catastral Nº A-78 A-13 Nº 37 de esta ciudad". Dicho contrato recibió la correspondiente aprobación ejecutiva y el concepto del Consejo de Estado que lo declaró ajustado a las autorizaciones legales y a los requisitos que para esta clase de negocios determina el artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

Tiénese, pues, que la promisión en referencia es una verdadera convención bilateral, ya que la Compañía y la Nación se obligaron recíprocamente a celebrar el contrato de vender por una parte y de comprar por la otra el inmueble en cuestión, por el precio pactado y dentro del plazo y demás términos concertados, promesa a la cual ambos prometientes dieron su consentimiento por escrito y de conformidad con los requisitos de rigor legal. Ella, en consecuencia, constituye un acto contractual y solemne.

Dicha promesa bilateral de compraventa es, desde luego, distinta del contrato prometido, puesto que engendra la obligación de prestar el consentimiento para la celebración de este último. Por lo tanto, las obligaciones nacidas de aquella son de hacer y se cumplen prestando el consentimiento que se ha convenido prestar para la celebración del futuro contrato prometido. Y si el contrato objeto de la promisión no se perfecciona de conformidad con los términos estipulados en el escrito respectivo, es porque el prometiente o prometientes no han pagado las obligaciones contractuales a su cargo. En tal evento, por así preceptuarlo el artículo 1610 del C. Civil el acreedor del prometiente constituido en mora tiene derecho a elegir entre que se apremie al deudor para la celebración del contrato y exigir del mismo indemnización compensatoria de los perjuicios resultantes del no pago, en que la obligación se resuelve.

Más en el presente caso la promesa de compraventa de la finca raíz ya indicada, fue cumplida de su libre y espontánea voluntad por el prometiente vendedor y el prometiente comprador, sujetando la enajenación a las condiciones determinadas y ciertas especificadas en el contrato de promisión, por lo cual la compraventa de la cosa se hizo por el precio o suma fijada en dicha convención y en cumplimiento de la promesa de celebrarla, o sea, para pagar las obligaciones preexistentes de hacer que de ésta se derivaban. Y así la compraventa sólo ha sido el desarrollo exacto o ejecución de la promesa y esta última la vía conducente a la enajenación.

Al estudiar esta especial cuestión y sus efectos jurídicos anota el tratadista doctor Jaime Rodríguez Fonnegra ("Del contrato de compraventa y materias aledañas, págs. 1084-85): Entre nosotros tampoco es rescindible por lesión enorme la compraventa hecha en cumplimiento de promesa de celebrarla. Establécese en el Código, en efecto, que el justo precio es el que tenía el inmueble al tiempo del contrato de venta, y este criterio, indispensable en el sistema del Código para fijar si ha existido lesión enorme o si no la ha habido, no podría aplicarse con justicia en el caso a que me refiero: Si al tiempo de la compraventa 'la cosa' vale más del doble o menos de la mitad de la suma fijada en el contrato sobre promesa o de la acordada al aceptarse la opción, no importa ello en lo relativo a los efectos de ese contrato —que puede haber producido obligaciones absolutamente equivalentes en cuanto a sus respectivos montos, el cual en ningún caso es res-

cindible por lesión enorme y el que determina, para el caso de incumplimiento de una de las partes, que se indemnice a la otra de los perjuicios resultantes de la no celebración del contrato de venta— o de aquella opción -que está en circunstancias análogas y para cuya obtención o mantenimiento puede haberse pagado cantidad enorme—; y la compraventa,que se hace para pagar, no está en las condiciones del contrato cuya rescisión se permite, pues en el pago no cabe lesión alguna y menos enorme. Si acaso, la habrá en el contrato u otro acto causante de la obligación que se paga; más, repito, la promesa de contrato no es rescindible por ese motivo. Otra cosa podrá decirse en el Derecho Francés, puesto que en el Código Napoleónico hay texto según el cual trae compraventa la promesa de celebrarla".

Pero prescindiendo de las consecuencias jurídicas que la tesis expuesta determina en la solución del caso sub-lite, cabe destacar otras características especiales que éste ofrece y las cuales influyen en apreciación de la existencia o inexistencia del desequilibrio en las prestaciones contractuales de la venta cuya rescisión se pide por causa de lesión enorme. Pues bien; aparece de cláusulas pertinentes de la escritura de enajenación del inmueble que, antes del perfeccionamiento de dicho contrato, ya la Compañía vendedora le había hecho entrega del mismo a la Nación para la construcción de la Avenida 'Paseo de los Libertadores'. Se tiene, en consecuencia, que existe un indudable aumento del valor de la finca, posterior a la promesa y anterior a la tradición del dominio, debido, no a imprevisible suceso, sino a la cuantiosa inversión de dineros públicos en la construcción de la citada obra nacional y que fué la causa determinante del mayor precio alcanzado por los inmuebles aledaños a la vía y por la zona a ella incorporada. Los anotados hechos surgen con evidencia de los dictámenes periciales, del contrato de promesa y del de compraventa hecho en cumplimiento de aquella. Y si para la procedencia de la acción rescisoria por lesión enorme es menester la certeza del detrimento, de la pérdida constitutiva de la lesión por desequilibrio entre las prestaciones recíprocas de las partes, no se alcanza a ver cómo en este negocio jurídico querido por los contratantes a través de sus distintas etapas de desarrollo y cumplimiento, pueda uno de ellos —el vendedor— haber sufrido leonino agravio patrimonial derivado de una obligación que no ha pagado en desproporción, si se considera: que la promesa y la posterior celebración de la compraventa fueron convenios realizados en atención a la construcción de la Avenida 'Paseo de los Libertadores' y a las consecuencias de valorización de los terrenos aledaños que iban a beneficiarse de ella, por lo cual tales circunstancias algún valor debieran tener para los contratantes en la fijación del precio de venta del inmueble; que resulta claramente inequitativa la pretensión de que para fijar el justiprecio del bien raíz referido, incorporado a esa obra pública desde antes de la tradición del dominio y cuya entrega material ya había efectuado la Compañía seguramente en cumplimiento anticipado de la promesa de venderlo, se tenga en cuenta la valorización ocasionada por la construcción de la vía, como lo hacen los peritos mayoritarios porque aquella constituye un factor o elemento extraño al valor del mismo predio y, además, se deriva del costo en la ejecución de la obra que ha llevado a efecto solamente la Nación. Una solución contraria implicaría que las obras realizadas por iniciativa del Estado y con dineros del erario, a la vez que determinarían un incremento del valor de los inmuebles beneficiados con ellas, también se convertirían en nueva fuente de beneficios para esos propietarios territoriales, aunque exclusivamente emanen de desembolsos del tesoro fiscal en la ejecución de esas obras y de mejoras que recibieron los terrenos incorporados a la construcción de la vía pública, como en el caso de autos. Entonces y dadas las características que este último ofrece, para apreciar si ha existido lesión enorme en la cuestionada venta inmobiliaria, debe tenerse en cuenta el momento en que por medio de la promesa se fijaron las condiciones del contrato futuro y en que el vendedor se comprometió a cumplirla, haciendo entrega del bien raíz con la destinación ya indicada, y no cuando ya elementos extraños al patrimonio de la parte actora han actuado en esa valorización, sólo determinada por la ejecución de la obra en mención. En este evento adquiere especial importancia y necesaria aplicación lo que esta misma Corte expresó en sentencia de reciente data, al explicar "que el valor de un inmueble, destinado a la construcción de una obra pública, debe estimarse en sí mismo, sin tener en cuenta la valorización ocasionada por la obra, pues constituye un elemento extraño o extrínseco al valor del mismo predio, valorizado o mejorado por la inversión de dineros públicos,

ajenos al patrimonio del vendedor, a quien no le es lícito enriquecerse sin causa, menos todavía a expensas del erario público, formado por las contribuciones de todos los ciudadanos, con evidentísimo desconocimiento de las más elementales normas de la justicia. Precisamente, para restablecer las exigencias de la justicia distributiva, siquiera parcialmente, se ha establecido el impuesto de valorización o de plusvalía, que afecta al resto del predio beneficiado; pero el propietario no tiene derecho alguno para exigir una prestación semejante del erario, respecto de la zona incorporada en la obra pública, porque, además de invertir los papeles, impondría al Estado la obligación de pagar, como precio de la propia inversión de los dineros públicos, hecha en la obra, causa determinante del mayor valor obtenido por los inmuebles aledaños, comprendido dentro de la zona de influencia de la obra respectiva; en consecuencia, si el propietario se beneficia con la valorización del resto del inmueble, no puede suceder lo propio respecto de la zona destinada a la construcción de la obra pública, sin incurrir en una palmaria y manifiesta injusticia y en una petición de principio, considerando como propio lo que ha pasado a ser un bien de uso público, en virtud de que el aprovechamiento útil de la propiedad privada ha desaparecido con el **jus utendi, fruendi y abutendi**". (G. J. T. XCII, pág. 1.180).

Y no cabe duda que los dictámenes de los peritos mayoritarios incurren en el grave error de incluír, como precio de la zona, elementos extraños al patrimonio de la parte actora, como son los dineros públicos invertidos en la construcción de la Avenida 'Paseo de los Libertadores', por lo cual no puede aceptarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ABSUELVE a la Nación de los cargos hechos por el actor en la demanda de fecha 29 de abril de 1958, objeto de este fallo.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente, previas las cancelaciones de rigor.

Luis Carlos Zambrano. — Ramiro Araújo Grau. — Efrén Osejo Peña. — Carlos Peláez Trujillo. — Jorge García Meriano, Secretario.



CONFIRMASE EL AUTO QUE, A CAUSA DE UNA INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES, NEGO LA ADMISION DE UNA DEMANDA SOBRE PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO PETROLIFERO

El artículo 209 del Código Judicial permite la acumulación objetiva de acciones, pero no ad libitum sino dentro de la debida unidad en el desarrollo del proceso; y así, si se trata de varios objetos —como la propiedad del subsuelo petrolífero de distintos inmuebles — impónese la necesidad de una sola parte actora contra un solo demandado, porque la realidad procesal, al igual que la material o sustancial, debe trabarse entre los mismos sujetos activos o pasivos, porque si intervienen otros, la pretendida acumulación objetiva conllevaría a la par la subjetiva, con evidente daño de la unidad procesal, cuya sentencia definitiva tendría que pronunciarse sobre varias situaciones jurídicas sin conexidad entre sí. Lo dicho no excluye la posibilidad de que las partes estén integradas por varias personas, siempre que tengan por fundamento un litis consorcio simple o necesario, lo cual presupone conexidad en los otros elementos de la relación como por ejemplo en el nexo por la unidad del título.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES — Bogotá, veintisiete de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

El apoderado de Bernardo Vargas Marroquín y Mercedes Rocha de Vargas interpuso el recurso de súplica contra el auto de fecha 20 de febrero de este año, por medio del cual, el señor Magistrado ponente, no admitió la demanda por cuanto se había hecho una indebida acumulación de acciones; y como el dicho recurso ha sido debidamente tramitado, se procede a resolverlo, con la advertencia de que el memorial sobre desistimiento, presentado en la misma fecha, no puede ser considerado en esta providencia, destinada a la revisión de la protestada; porque si se procediera en otra forma, se pretermitiría el estudio y la decisión del ponente, en cuanto atañe al memorial de desistimiento, además de apreciar ahora elementos distintos a los que sirvieron para proferir el proveído revisado.

En toda relación de derecho, además del nexo y del objeto, concurren como elementos esenciales el sujeto activo o titular del derecho y el término o sujeto pasivo. Si respecto de alguno de éstos se promueve un litigio, en el juicio o proceso deben aparecer los mismos elementos que están ligados con la respectiva relación material o sustancial, porque si así no ocurre, el juez tendría que pronunciarse, en una misma sentencia, sobre materias extrañas, sin conexidad alguna entre sí.

Como aplicación de este principio, el artículo 209 del C. J. permite la acumulación objetiva de acciones, pero no ad libitum sino dentro de la debida unidad en el desarrollo del proceso; y así, si se trata de varios objetos —como la propiedad del subsuelo petrolífero de los inmuebles descritos en el libelo— impone la necesidad de una sola parte actora contra un solo demandado, porque la relación procesal, al igual que la material o sustancial, debe trabarse entre los mismos sujetos activos o pasivos, porque si intervienen otros, la pretendida acumulación subjetiva conllevaría a la par la subjetiva, con evidente daño de la unidad procesal, cuya sentencia definitiva tendría que pronunciarse sobre varias situaciones jurídicas sin conexidad entre sí.

Si de hecho se acumulan varias acciones, res-

pecto de otros tantos sujetos de la relación sustancial, se produce el fenómeno de la falta del presupuesto procesal de **demanda en forma**, el cual conduce o bien a que no se admita el libelo presentado, como sucedió en este caso, o bien a que no pueda dictarse sentencia de fondo, si el defecto no fue observado por el juez o por la parte demandada, que puede alegar la excepción dilatoria de "inepta demanda", dentro del plazo señalado al efecto por la ley.

Sin embargo, lo dicho no excluye la posibilidad de que las partes, tanto la actora como la demandada, estén integradas por varias personas, siempre que tengan por fundamento un litisconsorcio simple o necesario, lo cual presupone conexidad en los otros elementos de la relación, como por ejemplo en el nexo por la unidad del título; pero en este caso no se ha alegado ni se ha citado siquiera que los distintos inmuebles hayan salido del dominio del Estado en virtud de una misma merced, composición o adjudicación de las tierras realengas de antaño o de los baldíos de ahora, antes del 29 de octubre de 1873.

En mérito de lo expuesto, se confirma el auto suplicado.

Notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Carlos Zambrano. — Con salvamento de voto, **Ramiro Araújo Grau.** — **Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.** — **Jorge García M.**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. RAMIRO ARAUJO GRAU.

RESUMEN: **Si durante el término de la ejecutoria del auto que rechaza una demanda por contener una indebida acumulación objetiva de acciones, el apoderado de los demandantes desiste de una de dichas acciones y pide se dé curso exclusivamente a la otra, no se alcanza a ver qué principio superior pudiera quedar conculcado, ni a quién pudiera perjudicarse, porque al resolver el recurso de súplica interpuesto por el mismo demandante, se acceda a su pedimento, y en consecuencia, se admita la demanda con relación a la sola acción que él indica.**

Como es bien sabido, las normas de procedimiento son esencialmente instrumentales, como el propio legislador se ha encargado de poner de manifiesto en el artículo 472 del C. J. Estando, pues, preordenadas a la efectividad de los derechos reconocidos en las leyes sustantivas, dichas normas no deben ser aplicadas con un rigor lógico tal que las convierta en fines en sí mismas si, por lo demás, no resultan comprometidos principios superiores ni a nadie se causa perjuicio.

Si durante el término de la ejecutoria del auto que rechaza una demanda por contener una indebida acumulación objetiva de acciones, el apoderado de los demandantes desiste de una de dichas acciones, y pide se dé curso exclusivamente a la otra, no se alcanza a ver qué principio superior pudiera quedar conculcado ni a quién pudiera perjudicarse, porque al resolver el recurso de súplica interpuesto por el mismo demandante, se acceda a su pedimento, y en consecuencia, se admita la demanda con relación a la sola acción que él indica.

Que la Sala decisoria tendría que hacer uso de un material procesal distinto del que tuvo a la vista el funcionario que dictó el fallo recurrido, es cierto, pero esto no puede ser óbice para la solución que propugno, basada precisamente en la naturaleza especial del derecho procesal, que debe permitir una cierta amplitud de criterio en la aplicación de sus normas. Aparte de que tal prohibición, que, por cierto, no está establecida en texto alguno, no puede ser considerada como absoluta, como quiera que el propio legislador permite a veces que el funcionario que decide un recurso tenga en cuenta material procesal distinto del que tuvo a la vista el juez a-quo, como en las apelaciones de sentencias o en las de autos interlocutorios a cuyo pronunciamiento precedió término de prueba. (Artículo 505 del C. J.).

Dejo así expresados los motivos que me llevan a disentir de mis distinguidos colegas de Sala con relación al auto que precede, en que se negó la súplica interpuesta por el apoderado de Bernardo Vargas Marroquín y Mercedes Rocha de Vargas.

Fecha ut-supra.

RAMIRO ARAUJO GRAU

CONDENASE AL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA A PAGAR EL TRATAMIENTO MEDICO DE LAS LESIONES FACIALES SUFRIDAS POR UNA NIÑA EN UN ACCIDENTE OCASIONADO POR UN VEHICULO OFICIAL

1.—Como bien es sabido la responsabilidad de las entidades de derecho público puede quedar comprometida por el daño que ocasionen a terceros los hechos culposos de sus agentes o dependientes. Precisando los elementos de una tal responsabilidad se ha dicho que ella surge del concurso de los siguientes factores: a)—un daño; b)—una culpa en el agente o dependiente; c)—una relación de causalidad entre dicha culpa y el daño. Si falta, pues, alguno de tales elementos no queda comprometida la responsabilidad; como tampoco queda, aunque concurran todos, si la entidad demandada puede prevalerse de una circunstancia eximente.

2.—La culpa del chofer resulta, en el caso de autos, de la misma comprobación del accidente, establecida mediante declaraciones de testigos, ya que tratándose de una actividad peligrosa como es la conducción de vehículos automóviles, los daños causados por ella se presumen derivados de culpa de su autor, de conformidad con la presunción que al respecto consagra el artículo 2.356 del Código Civil.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE NEGOCIOS GENERALES — Bogotá, veintiocho de abril de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

La señora Delia García Ruiz, vecina de Ciénaga, a nombre de su menor hija natural Gladys Judith Güete García, presentó demanda, por medio de apoderado, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, pidiendo que se hicieran contra el Departamento del Magdalena los siguientes pronunciamientos:

"1º.—Que se declare que el Departamento del Magdalena, es responsable civilmente, por descuido, imprevisión o negligencia culpable del accidente de tránsito ocurrido en la ciudad de Ciénaga el día 11 de enero de 1958 y en el cual fue lesionada la menor Gladys Güete García.

"2º.—Que la Entidad demandada sea condenada a pagar a la menor Gladys Güete García, representada por mi mandante, su madre natural Delia García Ruiz, los perjuicios materiales y morales que estimo conjuntamente en la suma de $ 10.000.oo pesos m/cte. o en la cuantía que se fije pericialmente o mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial".

Para fundamentar tales peticiones relacionó los siguientes hechos:

"Primero.—Mi mandante es madre natural de la niña Gladys Judith Güete García.

"Segundo.—El día 11 de enero de 1958 en las horas de la mañana fue atropellada por una volqueta de propiedad del Departamento Sección de Obras Públicas, marca Ford, modelo 1953, con placa Nº 26, manejada por el 'chofer' José A. Torres, la niña Gladys Güete García en la población de Ciénaga en un sector de la calle Bolívar con la carrera César.

"Tercero.—Como consecuencia del siniestro a que se refiere el hecho segundo la niña Gladys Güete García sufrió una lesión grave con desgarramiento de sustancias óseas como epidérmicas en el frontal izquierdo, y tuvo que ser operada de urgencia por los doctores Alfredo Lomanto Morán, Marcelino Brugés y otros en el

hospital San Cristóbal de la ciudad de Ciénaga.

"Cuarto. Según certificados médicos la menor Gladys Güete debe hacerse tratamientos médicos especiales pues le queda deformación facial permanente.

"Quinto. El accidente se produjo por descuido, imprevisión y negligencia del 'chofer' José A. Torres quien iba a gran velocidad por la calle de Bolívar en dirección Este a Oeste y no pitó cuando se acercaba al callejón César. Y además hacia el recorrido sobre la acera izquierda de la vía.

"Sexto.—El conductor José A. Torres cuando se produjo el accidente ejercía el cargo de empleado público del Departamento como 'chofer' de la volqueta a que se refiere los hechos anteriores.

"Séptimo.—El día 12 de enero de este año el Inspector de Circulación y Tránsito de Ciénaga manifestó a mi mandante que los perjuicios serían pagados por el Departamento, pues éste tenía asegurados sus vehículos contra daños a terceros.

"Octavo.—El señor Secretario de Obras Públicas del Departamento doctor Rafael Castañeda Sales en los días siguientes al accidente a que se refieren los hechos anteriores manifestó a mi mandante que él arreglaría el asunto de la indemnización pues eso lo pagaría la Empresa de Seguros, y fue así como en nombre de mi mandante pedí en escrito de 29 de enero de 1958 dirigido al señor Gobernador se le pagaran los perjuicios sufridos por la niña Gladys Güete García.

"Noveno.—El señor Secretario de Obras Públicas doctor Rafael Castañeda Sales contestó mi requerimiento con el oficio Nº 173 de 25 de febrero de este año en el cual se niega al pago de los perjuicios.

"Décimo.—Tanto el Inspector de Tránsito y Circulación de Ciénaga como el Secretario de Obras Públicas del Departamento manifestaron a mi mandante y a personas interesadas en la defensa de la niña Gladys Güete García que para que la Compañía de Seguro pagara era necesario levantar por parte del Inspector de Tráfico una diligencia que eximiera de responsabilidad al chofer José A. Torres.

"Décimo primero.—Mi mandante confió en las ofertas del Secretario de Obras Públicas y del Inspector de Tránsito de Ciénaga".

El señor Gobernador del Magdalena constituyó apoderado especial, que actuó ante el Tribunal, si bien ninguna intervención tuvo ante esta Sala.

El Tribunal puso fin a la primera instancia con sentencia de 25 de julio de 1960, absolutoria del Departamento. Apelada por la demandante, vino el negocio a esta Corporación, donde ha sufrido los trámites legales, correspondientes. El apelante no sustentó el recurso.

Para resolver se considera:

Como bien es sabido, la responsabilidad de las entidades de derecho público puede quedar comprometida por el daño que ocasionen a terceros los hechos culposos de sus agentes o dependientes. Precisando los elementos de una tal responsabilidad se ha dicho que ella surge del concurso de los siguientes factores: a) un daño: b) una culpa en el agente o dependiente; c) una relación de causalidad entre dicha culpa y el daño. Si falta, pues, alguno de tales elementos no queda comprometida la responsabilidad; como tampoco queda, aunque concurran todos, si la entidad demandada puede prevalerse de una circunstancia eximente.

El Tribunal, después de analizar con gran rigor las declaraciones de los testigos presentados por la demandante y de referirse a las otras pruebas, sintetiza su pensamiento así: "de todo lo narrado se desprende que la niña Gladys Güete García sufrió lesiones el día 11 de enero de 1958 por un vehículo motorizado, pero no se encuentra probado en los autos que tal vehículo perteneciera al Departamento del Magdalena, ni que su chofer fuera empleado de esta entidad, porque en el acto de verificarse el atropello nadie ha podido asegurar las citadas circunstancias".

Aceptó, pues, que ocurrió el accidente y que a consecuencia de éste resultó lesionada la menor Gladys; pero niega la calidad oficial tanto del vehículo como del chofer.

En cuanto a lo primero acertó: en efecto, con las declaraciones de José Manuel Barranco, Angel Fernández y Alberto Ponce Rada (fs. 9v., 10v. y 11v. C. Nº 2) que el Tribunal transcribe en lo pertinente, resulta plenamente probado el accidente; y de esas mismas declaraciones y de la rendida por el doctor Alfredo Lemanto (fl. 10v. C. N. 2) se infiere sin lugar a dudas que el accidente produjo a la niña Gladys una lesión facial.

Pero al desconocer que el conductor del vehículo era José A. Torres, empleado del Departamento, y que aquél era de propiedad de la misma

entidad oficial erró el sentenciador de primer grado.

En primer lugar, uno de los testigos antes nombrados, Barranco, señala a Torres como conductor del vehículo, y en segundo lugar, en oficio que el señor Secretario de Obras Públicas del Departamento dirigió al señor apoderado de la demandante aparece también inequívocamente indicado que el citado Torres era conductor de la volqueta que lesionó a Gladys. Reza así dicho oficio:

Oficio Nº 173. República de Colombia. Departamento del Magdalena. Secretaría de Obras Públicas. — Febrero 25 de 1958. Sr. Dr. Juan N. Payares. Ciénaga.— Para su conocimiento atentamente me permito transcribirle apartes del oficio SM-V-59 de fecha 20 del presente mes, dirigido a esta Secretaría por la Compañía Suramericana de Seguros:

"En relación con el siniestro ocurrido el 11 de enero en la ciudad de Ciénaga, del cual resultó lesionada la niña Gladys Güete por la volqueta de placas Nos. 026 manejada por José A. Torres, de la manera más atenta manifestamos a usted que la Sección Jurídica de nuestra Oficina Central con base en los documentos que se sirvieron enviarnos nos acaba de comunicar que el chofer Torres no es responsable del accidente. Esto mismo fue lo que falló la Inspección de Transportes y Tránsito según usted mismo nos lo dice en el informe de Siniestro. No existiendo responsabilidad reconocida legalmente, no se genera ninguna obligación de pago para nuestro asegurado que lo es el Departamento del Magdalena".

"Sin otro particular de momento soy de usted atento seguro servidor, RAFAEL CASTAÑEDA SALES.- Secretario de Obras Públicas".

Ahora bien: para la Sala este oficio, que fue acompañado por la demandante al libelo, tiene el valor de un indicio grave de que Torres fue el conductor de la volqueta oficial que atropelló a Gladys, y unido a la declaración del testigo Barranco, llevan al ánimo del juzgador la plena convicción de que efectivamente Torres conducía el mencionado vehículo.

Que éste era del Departamento lo dicen los ya citados testigos, sin que para esa identificación fuera necesario haberle visto la placa, como quiere el Tribunal, pues las volquetas oficiales suelen tener características especiales que por sí solas las identifican. Además el oficio de la Secretaría de Obras Públicas antes transcrito, que, se dijo, tiene el valor de un indicio grave corrobora en esto a los aludidos declarantes, para producir la plena convicción de la calidad oficial de la volqueta.

Y que Torres era empleado del Departamento cuando ocurrió el accidente aparece claramente establecido con la inspección ocular que el Tribunal practicó en las dependencias de la Secretaría de Obras Públicas. (f. 25 C. Nº 1) sobre las planillas o rolos de trabajo.

La culpa de Torres resulta de la misma comprobación del accidente, establecida mediante las declaraciones de testigos arriba aludidas, ya que tratándose de una actividad peligrosa como es la conducción de vehículos automotores, los daños causados por ella se presumen derivados de culpa de su autor, de conformidad con la presunción que al respecto consagra el artículo 2.356 del C. C.

En el petitum la condena a la indemnización se hace extensiva a los perjuicios materiales y morales, pero en la fundamentación fáctica (hecho cuarto) se circunscribe al valor de los tratamientos médicos especiales a que deberá ser sometida la menor Gladys por razón de la deformidad facial permanente que le quedó. Hay constancia en los autos de tal lesión, pero ninguna prueba hizo allegar la demandante para establecer el valor del tratamiento, por lo cual la condena a pagarlo, deberá hacerse en abstracto, a reserva de fijar su importe mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J.

En el hecho tercero aparece afirmado que Gladys fue operada por varios médicos en el Hospital "San Cristóbal" de Ciénaga, pero nada se afirma con relación a pago de suma alguna al respecto, y acaso para ser consecuente con esta omisión el apoderado de la demandante ningún intento hizo durante el juicio para comprobar la producción de tales gastos, sin que pueda inferirse ella del simple hecho de la operación y hospitalización, ya que en casos como el presente no puede desecharse la gratuidad de dichos servicios. Por consiguiente la condena debe limitarse al pago del valor del tratamiento médico antes aludido. Con relación a éste se tendrán en cuenta las características de la lesión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema

—Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º. Revócase la sentencia apelada.

2º.—Condénase al Departamento del Magdalena como civilmente responsable del hecho culposo de su dependiente José A. Torres, a pagar a la menor Gladys Judith Güete García, representada por su madre natural Delia García Ruiz, el valor del tratamiento médico que haya que hacerle por razón de las lesiones faciales que sufrió en el accidente de tránsito acaecido el 11 de enero de 1958 en la ciudad de Ciénaga y al que se ha hecho referencia en esta providencia.

3º.—Mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J. se fijará dicho valor.

Sin costas.

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

Luis Carlos Zambrano. — Ramiro Araújo Grau. — Efrén Ovejo Peña. — Carlos Peláez Trujillo. — Jorge García Merlano, Secretario.



I N D I C E S

Págs.

SALA PLENA

No hay lugar a imponer sanciones disciplinarias a quienes no hacen parte actualmente de la Rama Jurisdiccional.—Por sentencia de 8 de abril de 1961, la Corte resuelve que no hay lugar a condenar ni a absolver al Dr. Julio Marenco Romero, ex-Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla.—Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau 369

Se declara terminado, por sustracción de materia, un proceso disciplinario.—En providencia de 8 de abril de 1961, así lo resuelve la Corte respecto del adelantado contra los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, acusados por "denegación de justicia".—Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña 371

No hay lugar a imponer sanciones disciplinarias ya que los Magistrados acusados no incurrieron en falta alguna al declarar insubsistente el nombramiento del querellante.—Por sentencia de 10 de abril de 1961, se absuelve a los doctores Ricardo Echeverri Ferrer y Mardonio Salazar, en su condición de Magistrados del Tribunal Superior, de los cargos que les fueron formulados.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 372

La Corte desecha, por improcedente, un recurso de súplica.—En providencia de 12 de abril de 1961, así lo resuelve la Sala Plena respecto del interpuesto contra el auto de 17 de marzo último, por medio del cual se desechó de plano la solicitud formulada por el doctor Alfonso Isaza Moreno, para que se declarara "sin valor legal o inexistente la demanda de inexequibilidad presentada por el doctor Hernando Morales M. contra el Decreto 3346 de 28 de diciembre de 1959, en sus artículos 18, 19 y 20".—Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 375

SALA DE CASACION CIVIL

Errores de valoración probatoria en la sentencia que denegó la restitución de unos predios rurales.—Por sentencia de 4 de abril de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario reivindicatorio promovido por Antonio San Román contra Isabel Romero de Leitón.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava 376

Salvamento de voto del Magistrado doctor José J. Gómez R., en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 388

Errores de hecho en la sentencia acusada, por medio de la cual y en relación con unos predios rurales, se resolvieron en contra de los demandados las acciones de declaración de dominio y restitución.—Por sentencia de 6 de abril de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario reivindicatorio promovido por Haciendas Puerto César Limitada contra Teresa Cárdenas de Gil y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada 399

Antitécnica e ineficaz acusación contra una sentencia que se negó a declarar la rescisión por lesión enorme, de un contrato de compraventa de una finca.—Por sentencia de 14 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el or-

Págs.

dinario adelantado por Aurelio Larrarte Ramírez contra Ana Ramírez de Ireguí.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco .)..... 412

No hubo error de derecho en la sentencia que absolvió de responsabilidad civil al dueño de un vehículo con el cual se causó una grave lesión al demandante en un accidente de tránsito.—Por sentencia de 14 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre indemnización de perjuicios materiales y morales, promovido por Jesús Alberto Acevedo contra Francisco Mejía Cuartas.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 417

No hubo violación de la ley en la sentencia que condenó al padre de familia a indemnizar los perjuicios ocasionados por el hecho delictuoso de su hijo no emancipado.—Por sentencia de 14 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario promovido por Julia Mejía v. de Isaza contra Camilo Antonio Echeverri y otra.—Magistrado Ponente Dr. José Hernández Arbeláez 422

Carecen de fundamento los cargos hechos contra una sentencia que declaró resuelto, por incumplimiento de una de las partes, un contrato de permuta de bienes raíces.— Por sentencia de 14 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario promovido por Antonio Sánchez V. contra Jesús Gómez Arango y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava 428

No existió en el proceso la nulidad alegada como motivo de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición en juicio sucesorio.—Por sentencia de 14 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio de sucesión de Miguel Jerónimo Díaz.—Magistrado Ponente. Dr. Arturo C. Posada 436

Pese al error de hecho en que incurrió el Tribunal, la Corte no invalida la sentencia que se negó a ordenar la restitución de unos predios rurales, pues razones de otra índole imponen idéntica decisión.—Por sentencia de 18 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario reivindicatorio promovido por Andrés Avelino Garzón contra Augusto Sánchez y otros. Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 439

Error de valoración de pruebas en una sentencia que negó la restitución de un predio rural.—Por sentencia de 19 de abril de 1961 se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario reivindicatorio promovido por Antonio San Román contra Deogracias Useche.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 447

Salvamento de voto del Magistrado doctor José J. Gómez R., en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Índice 455

Infundada acusación, por error de hecho en la apreciación de pruebas, contra la sentencia que denegó la restitución de un aparato toca-discos.—Por sentencia de 19 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario promovido por Joaquín Cardona Rúa contra Carlos Arcila Sierra.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava 464

No alcanza la acusación a destruir todos los soportes de la sentencia que se negó a declarar nula, por causa ilícita, el contrato de compraventa de una finca rural.—Estudio de la causa ilícita como motivo de nulidad de los contratos.—Por sentencia de 24 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario promovido por Manuel Tovar González contra María Elena Cabezas de Forero y otro.— Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 468

Se niega el recurso de hecho interpuesto contra la sentencia que decidió el juicio ordinario, sobre reconocimiento de unos servicios profesionales, adelantado por un mé-

Págs

fico contra los herederos de una sucesión.—Por providencia de 26 de abril de 1961, así lo resuelve la Corte respeto del interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario promovido por Francisco Vernaza contra la sucesión de Mercedes Sierra de Pérez.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada 475

No se hallaron los errores que la acusación atribuye a la sentencia que se negó a declarar las peticiones de nulidad y subsidiaria de simulación de un contrato de compraventa de un inmueble urbano.—Por sentencia de 27 de abril de 1961, no se casa la providencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario promovido por Juan San contra Luz Marina Martínez.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 480

Error de hecho en la estimación de las pruebas en la sentencia acusada que se negó a decretar la restitución de un predio rural.—Por sentencia de 27 de abril de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario reivindicatorio promovido por Isabel Pérez de Campo contra Aristides Campo Ramírez.—Magistrado Ponente: Dr. José Gómez R. .. 484

En la medida en que está afectada de extralimitación con relación a lo pedido, se invalida la sentencia que declaró simulados unos contratos de compraventa de inmuebles e hizo declaraciones de feminio.—Por sentencia de 28 de abril de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el ordinario sobre simulación de unos contratos de compraventa promovido por Rafael Albarracín contra María de Jesús Joya de Albarracín y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 490

Error de derecho en la sentencia acusada, en cuanto condenó a la sucesión demandada a pagar intereses legales en vez de los corrientes, en relación con el crédito declarado en su contra y a favor del demandante.—Por sentencia de 28 de abril de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el ordinario sobre pago de una suma de pesos promovido por Joselyn Rodríguez contra la sucesión de Matilde Rodríguez Daza.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 503

SALA DE CASACION PENAL

Por carecer la justicia castrense de competencia para el juzgamiento, se declara nulo un proceso por el delito de homicidio cometido por un Agente de la Policía y se ordena reponer el procedimiento.—Por sentencia de 3 de abril de 1961, se invalida la proferida por el Tribunal Superior Militar en el proceso adelantado contra Telésforo Cepeda Toro.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria 512

No prospera la causal 3ª de casación invocada contra la sentencia que, con base en el veredicto, impuso condena por delito de homicidio.—Por sentencia de 6 de abril de 1961 no se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso adelantado contra Manuel María Peñalosa.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 517

Se declara, respecto de un Magistrado de Tribunal Superior, que no está impedido para seguir conociendo de un proceso por lesiones personales.—Por providencia de 7 de abril de 1961, así lo resuelve la Corte en el proceso adelantado por el Tribunal Superior de Ibagué contra Eliécer Caycedo y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 523

Por absoluta falta de técnica en la demanda, se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria recaída en un proceso por homicidio culposo.—Por providencia de 7 de abril de 1961, así lo resuelve la Corte respecto del interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso adelantado contra Luis Eduardo Suárez

Págs.

Giraldo. Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 525

Invalidación de un fallo condenatorio en proceso de homicidio, por no aparecer la prueba de la celebración de la audiencia pública, y declaración de nulidad de parte del proceso.—Por sentencia de 14 de abril de 1961, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el proceso adelantado contra Campo Elías Carrero Barrera.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 528

Se desechan los cargos que, con invocación de varias causales, se formularon contra la sentencia que profirió condena por delito de homicidio.—Por providencia de 14 de abril de 1961, se desecha el recurso de casación propuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso adelantado contra José Jesús Ramírez Granados.—Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 534

No prosperan los cargos formulados contra la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Aduanas recaída en un proceso de contrabando de mercancías.—Por providencia de 17 de abril de 1961, se desecha el recurso de casación propuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Aduanas en el proceso adelantado contra Roque Hazbun Yidi y otro.—Magistrado Ponente: Dr Humberto Barrera Domínguez 541

Por estar en desacuerdo con el auto de proceder y el veredicto, se invalida parcialmente la sentencia que condenó por asesinato y en su lugar se impone al reo la sanción correspondiente al homicidio simple.—Necesaria correspondencia entre el auto de vocación a juicio, el veredicto y la sentencia.—Por sentencia de 17 de abril de 1961, se invalida parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el proceso adelantado contra Marco Antonio Ruiz Cadena. — Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria 553

Se confirma la sentencia que declaró no ser constitutivos de delito los hechos imputados al Juez sindicado y que ordenó cesar todo procedimiento contra él.—Por sentencia de 17 de abril de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso adelantado contra Santiago Badel González, en su carácter de Juez Segundo Civil de Circuito. Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 572

Se confirma la providencia por medio de la cual el Tribunal sobreseyó definitivamente en favor de un Juez, de las imputaciones que se le hicieron.—Por providencia de 18 de abril de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el proceso adelantado contra el doctor Luis María Ojeda Peña, —ex-Juez Segundo Superior—, por el delito de prevaricato y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 581

Error en la estimación de pruebas en la sentencia impugnada al no haber reconocido que el acusado cometió el homicidio en estado de ira causada por grave e injusta provocación.—Por sentencia de 19 de abril de 1961, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado contra Guillermo Salazar Ospina.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 584

No prosperan los cargos formulados contra la sentencia que condenó por homicidio simplemente voluntario a un agente secreto.—Por sentencia de 19 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso adelantado contra José Mario Martínez Salazar por los delitos de homicidio y abuso de autoridad.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 592

No prosperan los cargos, formulados con invocación de la causal cuarta de casación, contra la sentencia que condenó por homicidio simplemente voluntario a una mujer que dió muerte a su amante.—Por sentencia

Págs.

de 20 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el proceso adelantado contra María del Carmen Galeano.—Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 596

A causa de errores en la interpretación de los hechos, se invalida la sentencia que condenó por delito de homicidio al acusado, y en su lugar se le absuelve.— Naturaleza jurídica de la legítima defensa subjetiva.— Por sentencia de 20 de abril de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso adelantado contra Fabio Giraldo Osorio. Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez Abad 600

Por cuanto la demanda no se sujeta a las exigencias técnicas del recurso de casación, se declara desierto el que se interpuso contra la sentencia condenatoria en proceso por delito de homicidio.—Por providencia de 21 de abril de 1961, así lo resuelve la Corte respecto del interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga en el proceso adelantado contra Luis Antonio Casas Pineda.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 611

Por no ser aplicable el Decreto 0012 de 1959, a cuyas normas se sujetó el proceso de robo que terminó con la sentencia condenatoria acusada, se invalida tal fallo y se ordena reponer el procedimiento.—Por sentencia de 24 de abril de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el proceso adelantado contra Ignacio Robles Ruiz y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 615

No prosperan los cargos formulados contra la sentencia que condenó al acusado por los delitos de falsedad, estafa y abuso de confianza.—Por providencia de 26 de abril de 1961, se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso adelantado contra Manuel Tiberio Duque Ríos.—Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 619

Por haberse incurrido en nulidades constitucionales en la tramitación del proceso por el delito de homicidio frustrado, se invalida la sentencia condenatoria y se ordena reponer la actuación.—Irretroactividad de la ley procesal desfavorable.—Excepción de inconstitucionalidad.—Por sentencia de 26 de abril de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso adelantado contra Ramón Elías Gaviria Idárraga.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez Abad 623

No prosperan los cargos que, con fundamento en varias causales, se hicieron contra la sentencia que condenó por homicidio y robo agravados.—Por sentencia de 26 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado contra Atanael León González y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 632

Por haber carecido los procesados de toda asistencia jurídica, se invalida la sentencia condenatoria proferida por los delitos de triple homicidio y robo, y se ordena reponer la actuación.—El derecho de defensa del procesado a la luz de la Constitución.—La Ley y la Doctrina.—Por sentencia de 27 de abril de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado contra José Santa Sierra y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 641

No prosperan los cargos que, con invocación de las cuatro primeras causales de casación, se formularon contra la sentencia condenatoria por delito de homicidio.—Por sentencia de 27 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso adelantado contra Arturo Moreno Pérez.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 661

Págs.

SALA DE CASACION LABORAL

Se declara inexequible, por haberse proferido fuera de término, el laudo arbitral llamado a decidir el conflicto entre las Empresas Municipales de Buga y el Sindicato de sus trabajadores.—Por sentencia de homologación de 14 de abril de 1961, así lo resuelve la Corte, respecto del laudo proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento constituído para el estudio y fallo del conflicto colectivo de trabajo surgido entre las entidades arriba mencionadas.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 673

No prosperan los cargos que el impugnador le hace a la sentencia que condenó a una Cooperativa de Transportes a pagarle a un trabajador suyo determinadas prestaciones e indemnizaciones.—Por sentencia de 14 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Julio Pérez Monsalve contra la Cooperativa de Transportes de Antioquia.—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 677

Inútil impugnación contra la sentencia que condenó a una Cooperativa de Transportes a pagar ciertas prestaciones e indemnizaciones a un trabajador suyo, despachador de buses.—Por sentencia de 15 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Pompilio Montoya Pérez contra la Cooperativa de Transportes de Antioquia Limitada, en liquidación.—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 686

Ineficaz acusación contra la sentencia que condenó a una Cooperativa de Transportes a pagar a un trabajador suyo varias prestaciones e indemnizaciones que reclamaba.—Por sentencia de 17 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Gustavo Ríos contra la Cooperativa de Transportes de Antioquia.—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez .. 694

No accede la Sala a reponer una providencia anterior por medio de la cual admitió el recurso de casación interpuesto contra una sentencia recaída en juicio ordinario de trabajo.—Por providencia de 20 de abril de 1961, así lo resuelve la Corte en el ordinario laboral adelantado por Juan de Dios Domínguez contra la Empresa Colombiana de Petróleos ("Ecopetrol").—Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C. 702

Se mantiene en su integridad la sentencia que condenó a una Empresa a pagarle a su ex-trabajador el valor de los perjuicios derivados de la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo.—Por sentencia de 22 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por el doctor Manuel A. Caicedo contra Acerías Paz del Río S. A.".—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 704

No prospera la impugnación adelantada contra la sentencia que absolvió a la Empresa constructora de una Refinería, de pagar ciertas indemnizaciones reclamadas por un trabajador.—Por sentencia de 24 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario laboral adelantado por Horacio Rafael Bustillo contra la Compañía Bechtel S. A.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C. 713

Invalídase el fallo absolutorio y en su lugar se profiere sentencia contra la Empresa Pública demandada condenándola a pagar al demandante el valor de la asistencia médica y la indemnización moratoria.—Por sentencia de 24 de abril de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario laboral adelantado por el doctor José D. Ordóñez contra las Empresas Públicas de Cartagena.—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 718

No prospera la impugnación hecha contra la sentencia que condenó a una institución bancaria a pagarle a un ex-trabajador suyo cuantioso excedente de cesantía que recla-

Págs.

mba.—Por vía de doctrina la Sala hace una puntualización al Tribunal.—Por sentencia de 27 de abril de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario laboral promovido por Roberto Riveira Abello contra el Banco Comercial de Barranquilla S. A.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C. 725

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Se decide un recurso de súplica confirmando la providencia recurrida por medio de la cual se rechazó la reforma de una demanda sobre propiedad privada de hidrocarburos.—Condiciones para que sea admisible la corrección de una demanda.—Por providencia de 14 de abril de 1961, así lo resuelve la Sala en el ordinario propuesto por Manuel Antonio Cuéllar Durán y otros contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 730

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Ramiro Araújo Grau, respecto de la parte motiva del auto anterior 733

Se condena al Estado a pagar el valor de unas reses que le fueron requisadas a su dueño para atender al sostenimiento de tropa destacada en los Llanos por motivos de orden público.—Responsabilidad directa e indirecta de la Administración.—Naturaleza de la requisición de semovientes para mantenimiento de tropas.—Por sentencia de 14 de abril de 1961, se reforma la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario instaurado por Saúl Nevardo Espitia Z. contra el Estado Colombiano.—Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña..... 735

Se confirma la sentencia por medio de la cual el Tribunal condenó a una Intendencia Nacional a pagar los perjuicios causados a la víctima de un accidente de tránsito.—Por fallo de 18 de abril de 1961, así lo resuelve la Sala respecto del proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario promovido por Isabelina Torres de Rincón y otra contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau..... 748

Se absuelve a la Nación de los cargos que se formularon en la demanda que dio lugar al presente juicio sobre propiedad del subsuelo petrolífero de unas tierras situadas en Ambalema y Venadillo.—Por sentencia de 21 de abril de 1961, así lo resuelve la Sala en el ordinario promovido por Roberto Wills Pinzón contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau.. 753

Se confirma la sentencia que absolvió a la Nación de los cargos contenidos en una demanda sobre propiedad privada del petróleo en terrenos ubicados en el Municipio de Barranca.—La confirmación era requisito necesario, según la Cédula de San Lorenzo de 1754, para que el título de propiedad sobre tierras realengas fuera completo y eficaz. — Por sentencia de 26 de abril de 1961, así lo resuelve la Sala respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario promovido por la "Comunidad de Palmarito" contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña 760

Se absuelve a la Nación de los cargos formulados en la demanda relacionados con una pretendida lesión enorme sufrida por el actor al vender un predio con destino a la construcción de la autopista.—Contrato de promesa de venta y lesión enorme. — Por sentencia de 28 de abril de 1961, así lo resuelve la Sala en el ordinario promovido por la "Compañía de Inversiones Caribe, S. A." contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano..... 768

Confírmase el auto que, a causa de una indebida acumulación de acciones, negó la admisión de una demanda sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero.—Por providencia de 27 de abril de 1961, así lo resuelve la Sala respecto de la proferida en la acción instaurada por Bernardo Vargas

Págs.

Marroquín y otra contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña.. 780

Salvamento de voto del Magistrado doctor Ramiro Araújo Grau en la providencia de que trata el aparte inmediatamente anterior de este índice..... 781

Confírmase al Departamento del Magdalena a pagar el tratamiento médico de las lesiones faciales sufridas por una niña en un accidente ocasionado por un vehículo oficial.—Por sentencia de 28 de abril de 1961, así lo resuelve la Sala en el ordinario adelantado ante el Tribunal Superior de Santa Marta por Delia García Ruiz, a nombre de su hija menor Gladys Judith Güete García, contra el aludido Departamento.—Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau.. 782

ERRATAS ADVERTIDAS

La fecha de la providencia obrante a páginas 476 y ss. no es la de "veintitrés de abril de mil novecientos sesenta y uno", como allí aparece, sino la de **veintiséis** de abril de mil novecientos sesenta y uno.

Página 624, columna 1ª, renglones 18 y 19, dice "Ramón Elías Idárraga", en vez de **Ramón Elías Gaviria Idárraga.**

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

SALA PLENA

Dr. CARLOS PELAEZ TRUJILLO, Presidente.
Dr. ANGEL MARTIN VASQUEZ ABAD, Vicepresidente.
Dr. RICARDO RAMIREZ L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. ENRIQUE CORAL VELASCO, Presidente.
Dr. RICARDO RAMIREZ L., Secretario.

Magistrados: Doctores ENRIQUE CORAL VELASCO
GUSTAVO FAJARDO PINZON
JOSE J. GOMEZ R.
JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ
ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA
ARTURO C. POSADA

SALA DE CASACION PENAL

Dr. PRIMITIVO VERGARA CRESPO, Presidente.
Dr. PIOQUINTO LEON L., Secretario.

Magistrados: Doctores HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ
SIMON MONTERO TORRES
GUSTAVO RENDON GAVIRIA
JULIO RONCALLO ACOSTA
ANGEL MARTIN VASQUEZ ABAD
PRIMITIVO VERGARA CRESPO

SALA DE CASACION LABORAL

Dr. JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ, Presidente.
Dr. VICENTE MEJIA OSORIO, Secretario.

Magistrados: Doctores LUIS ALBERTO BRAVO
ROBERTO DE ZUBIRIA C.
LUIS FERNANDO PAREDES A.
JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ

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: Doctor **Luis Ignacio Segura A.**

Mayo de 1961.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR LUIS IGNACIO SEGURA A.

RELATOR DE LA CORTE

TOMO XCV | Bogotá - Colombia | Mayo de 1961 | Nº 2240

S A L A P L E N A

MOCION DE DUELO, APROBADA EN SALA PLENA, CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR HERNANDO CASTILLA ANGULO, MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR

"La Corte Suprema de Justicia deplora el fallecimiento del doctor Hernando Castilla Angulo, quien por varios años prestó sus servicios en la Rama Jurisdiccional como Juez de Circuito, de Menores y Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, con rectitud, actividad y competencia encomiables. Transcríbase en nota de estilo a la viuda y demás familiares del extinto. Nómbrese una comisión que ponga en sus manos esta proposición y publíquese en la GACETA JUDICIAL".

(Sesión de 18 de mayo de 1961).

SE ABSTIENE LA CORTE DE CONSIDERAR LA DEMANDA SOBRE INEXEQUIBILIDAD DEL DECRETO EXTRAORDINARIO Nº 1463 DE 5 DE MAYO DE 1954, POR SUSTRACCION DE MATERIA

Manera correcta de acusar aquellos Decretos Extraordinarios que recibieron fuerza legal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA PLENA — Bogotá, seis de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña)

El doctor Rafael Ignacio García C., abogado titulado, mayor de edad y vecino de Bogotá, en ejercicio de la acción conferida por el artículo 214 de la C. N. solicita que se declare la inexequibilidad del Decreto Nº 1463 de 5 de mayo de 1954, publicado en el D. O. Nº 28489, el cual dispone:

"Artículo Primero.—Exonérase a las Empresas Privadas que en forma exclusiva y permanente presten servicio público de Energía Eléctrica, y cuyas tarifas y reglamentos estén aprobados por el Ministerio de Fomento de todos los impuestos, derechos, contribuciones e inversiones forzosas departamentales y municipales, establecidas o que se establezcan en el futuro y que, de acuerdo con las normas de carácter general, no afecten a las Empresas Oficiales de Energía Eléctrica de servicio Público.

"Artículo Segundo.—Quedan suspendidas todas las disposiciones contrarias al presente decreto.

"Artículo Tercero.—Este decreto rige desde su fecha. COMUNIQUESE Y PUBLIQUESE".

Según el actor, el Decreto transcrito viola el artículo 183 de la C. N., según el cual, los bienes y rentas de los departamentos y municipios son de su exclusiva propiedad, gozan de las mismas garantías concedidas a la privada y solamente pueden ser ocupados con las mismas formalidades acordadas a ésta.

"El señor Procurador General de la Nación, al descorrer el traslado de regla, manifiesta lo siguiente:

"Como es sabido las Leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y 79 de 1960, confirieron fuerza legal, es decir transformaron en leyes, con término hasta el último día del presente año, las disposiciones que antiguamente venían rigiendo a título de Decretos Extraordinarios expedidos con fundamento en el artículo 121 de la Constitución Nacional.

"A virtud de tales leyes, y, como ya lo ha declarado la H. Corte en numerosos fallos, los referidos Decretos Extraordinarios dejaron de existir en tal carácter comoquiera que los mismos quedaron convertidos en leyes en el sentido de que la Constitución le dá a esta palabra.

"Ahora bien: como el demandante ha dirigido la acción de inexequibilidad contra el Decreto Extraordinario Nº 1463 de 1954, que quedó cobijado por las declaraciones contenidas en las leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y 79 de 1960 atrás mencionadas, síguese que, por sustracción de materia, la H. Corte no tiene base para ningún pronunciamiento".

Evidentemente, como lo anota el señor Procurador y según la doctrina constante de la Corte, desde que la vigencia de los decretos extraordinarios se prorrogó en virtud de las leyes citadas, dejaron de tener existencia jurídica como tales, para convertirse en leyes, o sea, su fuerza obliga-

toria, tiene como fundamento el artículo 76 de la C. N., no el 121 de la misma Carta.

Sin embargo sobra advertir que los dichos decretos no son intocables, mediante el ejercicio de la acción del artículo 214 de la C. N., sino que la acusación debe hacerse a través de la respectiva ley, para que la Corte pueda entrar a decidir en el fondo la demanda de inexequibilidad.

Por lo expuesto, la Corte en Sala Plena se abstiene de considerar la demanda del doctor Rafael Ignacio García C., sobre inexequibilidad del D. Nº 1463 de 5 de mayo de 1954, por sustracción de materia.

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

Carlos Peláez Trujillo.— Ramiro Araújo Grau.— Humberto Barrera Domínguez.— Luis Alberto Bravo.— Enrique Coral Velasco.— Roberto De Zubiría C.—Gustavo Fajardo Pinzón.—José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava.— Simón Montero Torres.— Efrén Osejo Peña. —Luis Fernando Paredes.— Arturo C. Posada.— Gustavo Rendón Gaviria.— José Joaquín Rodríguez.— Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez.— Primitivo Vergara Crespo.— Luis Carlos Zambrano.— Ricardo Ramírez L., Secretario.

DECLARASE INFUNDADA LA QUEJA FORMULADA CONTRA UN MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR, POR CUANTO LOS HECHOS ATRIBUIDOS AL QUERELLANTE CARECEN DE TODA PRUEBA EN EL EXPEDIENTE

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA PLENA — Bogotá, D. E., mayo doce de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

El Ministerio de Justicia, por conducto del Departamento de Vigilancia Judicial, remitió a esta Corporación el expediente, originario de la Procuraduría General de la Nación, contentivo de la queja formulada por los señores Carlos Borrero Alvarez y Eduardo García Vargas contra el Magistrado del Tribunal Superior de Neiva, doctor David Calderón B.

A la queja se dispuso darle el trámite previsto en el Decreto Nº 3665 de 1950.

Al descorrer el traslado para sus descargos, el Magistrado doctor Calderón negó las imputaciones que se le hacían.

Para resolver, se considera:

Es de observar que en el expediente no figura prueba alguna que acredite los hechos punibles que se le atribuyen al querellado. Más aún, ni con el memorial que los querellantes dirigieron al señor Procurador, ni posteriormente, se acompañó la prueba sumaria que exige el Decreto antes citado. Por consiguiente, no hay base probatoria que sirva de respaldo a las faltas que se dice cometió el Magistrado acusado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, RESUELVE:

Aparece infundada la queja que han formulado los señores Carlos Borrero Alvarez y Eduardo García Vargas contra el Magistrado del Tribunal Superior de Neiva, doctor David Calderón B.

Notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y comuníquese al Tribunal Superior de Neiva y al señor Ministro de Justicia.

Carlos Peláez Trujillo.— Ramiro Araújo Grau.— Humberto Barrera Domínguez.— Luis Alberto Bravo.— Enrique Coral Velasco.— Roberto De Zubiría C.— Gustavo Fajardo Pinzón.— José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.— Enrique López de la Pava.—Simón Montero Torres.— Efrén Osejo Peña.—Luis Fernando Paredes A. — Arturo C. Posada. — Gustavo Rendón Gaviria.— José Joaquín Rodríguez.— Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A.— Primitivo Vergara Crespo.— Luis Carlos Zambrano.— Ricardo Ramírez L., Secretario.

SE DECLARA INEXEQUIBLE EL ARTICULO 2º DEL DECRETO 2807 DE 1960, CONVOCATORIO DEL CONGRESO A SESIONES EXTRAORDINARIAS, COMO TAMBIEN EL PARAGRAFO DE DICHO ARTICULO

Reforma del artículo 121 de la Carta. El veto del Congreso. Sesiones ordinarias y sesiones extraordinarias. Amplias facultades del Congreso durante el estado de sitio.

1.—El veto atribuido al Congreso en el Acto Legislativo Nº 1 de 1960, no excluye el ejercicio de la acción pública, consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, para acusar decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias de estado de sitio, porque el veto, en el primer caso, y el ejercicio de la acción en el segundo, son de distinta categoría y, además, la enmienda del artículo 121 de la Carta por medio del mencionado Acto Legislativo, en lugar de restringir, amplía la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia. No se opone a la acción pública, ni a la excepción de inconstitucionalidad, el establecimiento de una nueva vía, como el veto del Congreso, para asegurar la intangibilidad de la Carta.

2.—La Constitución Nacional en los artículos 214 y 216, respecto de los actos allí determinados, atribuye a la Corte Suprema la facultad de decidir sobre su exequibilidad, mediante sentencia que produce efecto erga omnes, con ocasión del ejercicio de la memorada acción pública. Sin embargo, aun cuando no lo dicen los artículos citados, el dicho control jurisdiccional debe comprender no sólo los vicios materiales o sustanciales, sino también los puramente formales, cuando fueran de tal entidad e importancia que influyen en la existencia o eficacia del acto o tengan consecuencias jurídicas.

3.—Como todas las ramas del Poder Público, de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución Nacional, tienen funciones separadas, los actos de una de ellas no pueden invadir las atribuciones propias de la otra, para limitarlas o condicionarlas a formalidades o hechos no previstos de modo expreso en la respectiva norma constitucional, porque si procede así, además de obrar sin la necesaria competencia, rompe el equilibrio entre las ramas del poder, para subordinar la actividad o las atribuciones de una de ellas a la voluntad de la otra, con evidente violación del artículo citado.

4.—Procede advertir que no siempre es posible ni sería conveniente que el ejercicio de las atribuciones conferidas a las distintas Ramas del Poder Público, en especial a la Ejecutiva, esté determinado y especificado en forma minuciosa y precisa; de ahí que exista una amplia zona sujeta a las llamadas facultades implícitas, porque, dada la variedad de circunstancias, de hechos y acontecimientos, no sería dable trazar de antemano una pauta rígida para todas las actuaciones. Y así ocurre, en cuanto atañe al ejecutivo, con los actos de gobierno o políticos, y respecto del Congreso, en lo tocante a la necesidad de legislar sobre alguna de las materias previstas en el artículo 76 de la Constitución Nacional. De manera, pues, que sobre el ejercicio de estas atribuciones que le fijan su competencia, el Congreso puede por regla general, escoger en forma adecuada las materias sobre las cuales legislará, salvo expresa y clara excepción constitucional que le imponga, por especiales motivos, una limitación, la cual, dada su naturaleza ex-

cepcional, debe interpretarse en forma restrictiva.

5.—Por el aspecto meramente formal las sesiones del Congreso se dividen en ordinarias y extraordinarias, según sea en el tiempo la oportunidad de efectuarse: a)— O porque de ordinario, según el precepto de la Carta, se inician cada año el 20 de julio para durar 150 días; b) - O porque en cualquier otro tiempo, no previsto determinadamente en la Constitución sino que está subordinado a eventualidades extraordinarias, el Congreso haya de reunirse también en forma extraordinaria. Esto último, o sean las sesiones extraordinarias, tienen lugar en los siguientes casos: Cuando el Gobierno convoca las Cámaras Legislativas para que actúen durante cierto tiempo y nada más que sobre los asuntos predeterminados en el correspondiente decreto (artículo 68, ine. 4º, de la Consl. Nal.); cuando por vacancia presidencial debe reunirse el Congreso para elegir designado (artículo 125 de la Consl. Nal. y artículo 5º del Acto Legislativo Nº 1 de 1958); o cuando se declare turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, en conformidad con el artículo 121 de la Carta para el caso de guerra exterior y de acuerdo con la reforma introducida por el Acto Legislativo Nº 1º de 1960, tanto por causa de guerra exterior, como de conmoción interna. Esta división de las reuniones del Congreso, si bien nada más que formal, reviste trascendencia considerable en el campo del derecho público interno. Y así, para dar solemnidad, validez y firmeza a las reformas de la propia Constitución política de la República, la única vía admitida por el Plebiscito de 1º de diciembre de 1957 es la de que sean adoptadas por el Congreso en dos legislaturas ordinarias sucesivas, en los términos del artículo 218 de la Constitución. Es esta una clara y perentoria limitación del constituyente a los poderes propios de las Cámaras Legislativas.

6.—Si no se contemplan exclusivamente las circunstancias externas de la periodicidad o eventualidad en el tiempo, para darle a las reuniones del parlamento el carácter de ordinarias o extraordinarias, sino que se examina íntegramente el fenómeno a la luz de la doctrina constitucional que organiza en Colombia el estado de derecho como república democrática, representativa y con tres ramas señaladas del Poder Público para la realización armónica de los fines de la sociedad, aparece de inmediata el criterio para dividir por su aspecto material las sesiones del Congreso en ordinarias y extraordinarias. Porque entonces lo ordinario consiste en que las Cámaras Legislativas se reúnan por derecho propio emanado directamente de la Carta para cumplir su misión constitucional de hacer las leyes. Lo extraordinario, en que por mandato expreso de la Constitución el Congreso encuentre limitada su tarea legislativa, o condicionada su actividad por actos que dependen exclusivamente del querer gubernamental.

7.—Está escrito en la Constitución que por regla general las Cámaras Legislativas se reúnan por derecho propio cada año durante 150 días a partir del 20 de julio para desempeñar su función de hacer las leyes. Como está previsto que el Congreso se reúna por derecho propio dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se produzca la vacancia presidencial, si el encargado es un Ministro o Gobernador que lo convoca para que se reúna dentro de los diez días siguientes, pero entonces con el exclusivo, expreso y claro fin de elegir el Designado. En tanto que el Acto Legislativo Nº 1 de 1960 estatuye sin restricción alguna, antes bien con ampliación de sus atribuciones y facultades, que el Congreso se reúna por derecho propio, si en oportunidad no se convoca por el Gobierno, en situación de emergencia que ha hecho necesario el estado de sitio. Así, pues, en todas las hipótesis constitucionales de reunión del Congreso por derecho propio, se trata ciertamente de que las Cámaras queden en la necesidad actual de cumplir las atribuciones que les incumben como cuerpo soberano de la nación colombiana, sin otros límites que los señalados expresamente en la Carta.

Eso es lo ordinario, lo que normalmente debe acontecer en el ámbito constitucional del estado de derecho: Que el Congreso pueda cumplir a cabalidad sus funciones, sin pauta, cortapisa o interferencia alguna. La excepción a este principio es lo extraordinario y, para serlo, se requiere indudablemente

expresa prescripción de la Carta Fundamental. Las excepciones, en efecto, nunca surgen por interpretación extensiva de las normas, menos por el criterio de analogía, inexistente, además, en el fenómeno que se analiza.

Si, pues, por excepción consagrada en el inciso 4º, artículo 68, el Congreso no puede reunirse sino por convocación del Gobierno, nada más que para ocuparse en los negocios y por el tiempo señalados en el respectivo decreto, es indudable que estas sesiones a que el Congreso no puede ir constitucionalmente por derecho propio, sino que están condicionadas a un acto del Gobierno, son las únicas extraordinarias dentro del contenido material referente al ejercicio de las atribuciones propias de las Cámaras Legislativas.

8.—En las sesiones extraordinarias de que trata el artículo 68, inciso 4º, de la Constitución, la actividad legislativa del Congreso se encuentra determinada por la voluntad de la convocación gubernamental, en el tiempo y por las materias a que las leyes deben referirse. En las previstas por el artículo 121 de la misma Constitución y su Reforma, el Congreso se reúne por derecho propio, en cumplimiento de su deber y en función constitucional como rama legislativa del Poder Público sin otros límites que los expresamente determinados por la Carta. Y si bien debe colaborar con el Gobierno para restablecer el orden público, nunca podría entenderse, sin perturbación del equilibrio institucional en que se inspira el artículo 55, que el Presidente de la República estuviese capacitado para limitar la actividad legislativa del Congreso como si se tratara de sesiones extraordinarias convocadas por obra de su exclusiva voluntad. Menos todavía cuando la notoria finalidad de la reforma de 1960 al artículo 121 consiste, no en limitar la acción del Congreso, sino precisamente la del Gobierno para evitar distensión, abuso o desvío de las facultades extraordinarias de emergencia que le competen en estado de sitio.

9.—Para zanjar colisiones entre las ramas ejecutiva y legislativa, para moderar la acción de la una y de la otra y, principalmente, para evitar el abuso de los poderes respectivos, quedó ampliada en la reforma contenida en el Acto Legislativo número 1º de 1960 la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia, para emitir por vías de derecho juicio inmediato, bajo apremio de mala conducta, por no fallar dentro del término de seis días. Es la armonía del artículo 55 en la realización de los fines del Estado.

10.—El art. 121 de la Constitución, con la reforma del Acto Legislativo Nº 1º de 1960, está integrado por dos actos distintos: el uno, la declaración del estado de sitio, a juicio del Ejecutivo; y el otro, la convocación del Congreso, en forma imperativa, como una necesaria consecuencia del primero. Por tanto, si la declaración del estado de sitio como acto de gobierno expedido en debida forma, no está sujeto al control jurisdiccional, no ocurre lo propio con la convocación del Congreso, pues si limita o restringe la actividad de las Cámaras a los negocios que el Gobierno someta a su consideración, y al hacerlo así invoca el último inciso del artículo 68 de la Constitución Nacional, hay ya un juicio judídico en cuanto el Ejecutivo considera compatible el memorado inciso del artículo 68 con el artículo 1º del Acto Legislativo Nº 1º de 1960. Y este juicio jurídico está sujeto al control jurisdiccional de la Corte para decidir si viola o no las normas de la Carta.

11.—A juicio de la Corte, el último inciso del artículo 68 de la Constitución Nacional no es compatible con el artículo 1º del Acto Legislativo Nº 1º de 1960, por los siguientes motivos: a)— Porque tal Acto confiere al Congreso la facultad de reunirse por derecho propio, luego las consecuencias deben ser iguales al caso a que se refiere el inciso 1º del citado artículo 68, en el que igualmente el Congreso se reune por derecho propio, y ejerce sus funciones de legislar sin restricción alguna. b)— Porque cuando el Congreso se reúne por derecho propio, tal atribución emana directa inmediatamente del constituyente; en cambio cuando se reúne según el inciso final del artículo 68 lo hace por voluntad directa e inmediata del Gobierno, con el fin de estudiar los negocios

que tenga a bien someterle a su consideración c)— Porque el libre y completo ejercicio de las atribuciones que el artículo 76 de la Carta confiere al Congreso, constituye la regla general, al paso que la restricción o limitación impuesta en el inciso final del artículo 68 tiene el carácter de excepcional, que no puede aplicarse por analogía. d)— Porque la reforma contenida en el artículo 1º del Acto Legislativo, en contraposición con lo que ocurre en el evento previsto en el último inciso del art. 68, conlleva una orden imperativa para el ejecutivo, quien al convocar el Congreso no hace cosa distinta de cumplir con un deber impuesto por la Constitución, sin que le sea permitido condicionarlo en ninguna forma, ni menos limitar la normal competencia del Congreso, ya que el cumplimiento de un deber no puede modificarse a voluntad del obligado. e)— Finalmente, porque el artículo 1º del Acto Legislativo de 1960 no tiene vacíos o oscuridad, para que sea menester completarlo, mediante la aplicación de otra norma de la propia Carta.

12.—Como el Congreso, en el caso del Acto Legislativo Nº 1º de 1960, se reune por derecho propio, los vacíos formales o las omisiones en el decreto de convocación no tienen, en este caso, trascendencia jurídica, pues las sesiones se cumplen o se realizan por ministerio de dicha norma constitucional. De manera que resulta del todo indiferente que el decreto lleve las firmas de todos los ministros o solamente la de alguno o algunos, como quiera que con decreto o sin él, el Congreso tiene el deber de reunirse.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA— SALA PLENA — Bogotá, mayo veinticinco de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

I.— Las demandas.

El doctor César Castro Perdomo, en ejercicio de la acción que consagra el artículo 214 de la Carta, propuso demanda de inconstitucionalidad a fin de que se declaren inexequibles los artículos 1º y 2º del Decreto Nº 2807 de 10 de diciembre de 1960, "pero únicamente en la parte en que tal decreto califica de extraordinarias las sesiones del Congreso a partir del 17 de diciembre de este año en forma indeterminada y en cuanto restringe las funciones constitucionales del Congreso por un lapso indefinido".

Es del siguiente tenor el decreto que contiene las disposiciones acusadas:

"DECRETO NUMERO 2807 DE 1960
(Diciembre 10)

Por el cual se convoca al Congreso Nacional a sesiones extraordinarias.

El Presidente de la República de Colombia, en cumplimiento a lo dispuesto por el Acto Legislativo número 1 de 1960, y en uso de la facultad que le confiere el artículo 68 de la Constitución Nacional, y

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con el Decreto Nº 1 de 1959, se encuentran en estado de sitio los Departamentos de Caldas, Cauca, Huila, Tolima y Valle del Cauca;

Que por Decreto número 3 de 1960, se declaró turbado el orden público en el territorio de los Municipios de Agundos, Albania, Barbosa, Chipatá, Guavatá, El Guacamayo, Güepsa, Jesús María, La Paz, Puente Nacional, Sucre y Vélez, en el Departamento de Santander;

"Que el Gobierno sancionó el Acto Legislativo número 1 de 1960, el cual establece que para ejercer las facultades del artículo 121 de la Constitución, el Presidente deberá convocar al Congreso y que éste permanecerá reunido mientras dure el estado de sitio;

"Que hallándose reunido el Congreso en sesiones ordinarias que terminan el 16 de diciembre del presente año, durante las cuales tiene la posibilidad de ejercer la facultad que le confiere el Acto Legislativo número 1 de 1960, en relación con los decretos que dicte el Gobierno con base en el artículo 121 de la Constitución no es necesario convocarlo para antes de esa fecha;

"Que el Gobierno ha sometido, o se propone someter a la consideración del Congreso, proyectos de ley cuya aprobación considera de vital importancia para el desarrollo de su programa administrativo;

"Que, en consecuencia, debe convocarse al

Congreso a sesiones extraordinarias a partir del 17 de diciembre, con el objeto de que pueda ejercer la facultad que le confiere el Acto Legislativo número 1 de 1960, respecto de los decretos que dicte el Gobierno en desarrollo de las facultades extraordinarias del estado de sitio, y además para que adelante la tarea legislativa en que está interesado el Gobierno,

DECRETA:

"Artículo primero.—Convócase al Congreso a sesiones extraordinarias a partir del 17 de diciembre de 1960 por tiempo indeterminado, y en todo caso por el tiempo que dure el estado de sitio en los territorios nacionales citados en los considerandos de este decreto.

"Artículo segundo—Además de ejercer la facultad que le confiere el artículo 1º del Acto Legislativo número 1 de 1960, el Congreso se ocupará, durante las sesiones a que se refiere el artículo anterior, y de acuerdo con lo establecido en el último inciso del artículo 68 de la Constitución, exclusivamente en los negocios que el Gobierno someta a su consideración.

"Parágrafo.—Una vez iniciada la legislatura extraordinaria, el Gobierno indicará los negocios en que deba ocuparse el Congreso y presentará los proyectos de ley a que se refiere este artículo.

"Artículo tercero.—Este decreto rige desde su fecha.

"Comuníquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá D. E., a 10 de diciembre de 1960.

"ALBERTO LLERAS.

"El Ministro de Gobierno,
"Augusto Ramírez Moreno".

El actor señala como violados varios artículos de la Carta Constitucional que más adelante se indican y expone las razones por las cuales estima que esas normas se infringieron por los ya transcritos artículos del Decreto.

Al mismo tiempo, el doctor Guillermo Hernández Rodríguez ejercitó, ante el Consejo de Estado, "la acción de nulidad consagrada en el artículo 66 del Código de lo Contencioso Administrativo, en relación con el Decreto Ejecutivo Nacional Nº 2307 de 10 de diciembre de 1960, sobre convocatoria del Congreso a sesiones extraordinarias basadas en la reforma del artículo 121 de la Constitución y con el decreto de la misma naturaleza y origen Nº 2880 de 17 de diciembre de 1960, por el cual se determinan los negocios de que debe ocuparse el Congreso Nacional en dichas sesiones extraordinarias....".

"Las solicitudes que formulo para que sean resueltas dentro del contencioso de nulidad y por los trámites ordinarios, son las siguientes:

"PRIMERA: Que es nulo, y por lo tanto no tiene fuerza jurídica el artículo 2º del Decreto Nº 2307 de 10 de diciembre de 1960, por medio de la cual el Gobierno Nacional convocó al Congreso a sesiones extraordinarias a partir del 17 de diciembre de 1960, artículo que es del siguiente tenor:

'Artículo 2º.—Además de ejercer la facultad que le confiere el artículo 1º del Acto Legislativo número 1 de 1960, el Congreso se ocupará durante las sesiones a que se refiere el artículo anterior y de acuerdo con lo establecido en el último inciso del artículo 68 de la Constitución, exclusivamente en los negocios que el Gobierno someta a su consideración'.

"SEGUNDA: Que es nulo y por lo tanto no tiene fuerza jurídica, el parágrafo del artículo 2º del mismo decreto que es del siguiente tenor:

'Parágrafo.—Una vez iniciada la legislatura extraordinaria, el Gobierno indicará los negocios en que deba ocuparse el Congreso y presentará los proyectos de ley a que se refiere este artículo'.

"TERCERA.—Que es nulo y por lo tanto no tiene fuerza jurídica el decreto del ejecutivo nacional número 2880 del 17 de diciembre de 1960, por el cual se determinaron los negocios de que debe ocuparse exclusivamente el Congreso Nacional en sus sesiones extraordinarias convocadas por decreto número 2307 de 1960".

En providencia de 20 de enero de este año, la Corte provocó competencia positiva al Consejo de Estado y en ella expresó que le correspondía el conocimiento privativo de las dos demandas, con base en los artículos 214 y 216 de la Constitución Nacional, en consideración a que el decreto principal acusado se dictó en ejercicio de las atribuciones contenidas en el artículo 121, reformado por el artículo 1º del Acto Legislativo Nº 1º de 1960.

Y en auto de 25 de marzo ppdo. esta Corporación insistió en que le correspondía conocer de

la demanda promovida por el doctor Guillermo Hernández Rodríguez contra el decreto Nº 2807, y, en consecuencia, ordenó la remisión del respectivo expediente previa citación de las partes.

III.— Normas violadas según los actores.

Concuerdan los actores en señalar como violados los artículos 55 y 76 de la Carta por los ya transcritos textos del Decreto y a este respecto sustentan su acción en lo siguiente, según claro resumen que de las acusaciones hace el segundo de los demandantes:

1º.—El sistema de la separación de los poderes consagrado en el artículo 55 y otros de la Constitución que lo desarrollan "se rige por toda la Carta y opera la distribución de potestades entre las diversas ramas del Poder Público"; 2º "Todos los poderes, órganos o ramas del Poder Público emergen del pueblo de la Nación que como constituyente primario los engendra simultáneamente, en plena igualdad de condiciones y de autonomía; 3º. "Un poder no puede interferir el funcionamiento de los otros, sino en los casos en que taxativamente lo autorice la Constitución; 4º. "El ámbito propio de las facultades de cada poder está determinado por la Constitución y en el caso del Congreso principalmente por el artículo 76 de la Carta; 5º. "El Acto Legislativo Nº 1º de 1960," agregó al Parlamento una facultad más de las 24 señaladas por el artículo 76, consistente en que en el caso de declaratoria de estado de sitio puede enjuiciar ante la Corte Suprema de Justicia la legitimidad de los decretos extraordinarios que dicte el Gobierno; 6º. "No habiendo limitado ni calificado el Acto Legislativo Nº 1 de 1960 las facultades del Congreso reunido durante el estado de sitio, se entiende que sus sesiones se verifican con la plenitud de las funciones que le son propias, principalmente las de legislar sobre todas las materias que la Carta le atribuye".

También los demandantes indican que los artículos del decreto acusado infringen el artículo 68 de la Constitución, por las siguientes razones:

La citada norma distingue dos clases de sesiones del Congreso con facultades diferentes: las ordinarias, durante las cuales las Cámaras Legislativas se reúnen, por derecho propio, dentro de un período de tiempo estrictamente establecido a partir del 20 de julio de cada año y por el lapso de 150 días; las extraordinarias, fuera del lapso anterior, en que el Congreso se reúne por convocatoria del Gobierno, durante el tiempo que éste señale, y no puede ocuparse sino de los negocios que el Gobierno someta a su consideración.

El Acto Legislativo Nº 1º de 1960, estableció unas sesiones del Congreso, por derecho propio de éste, en el caso de que el Gobierno no lo convoque en el mismo decreto en que se declare turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, pero no dijo cuáles son las facultades del Parlamento al reunirse en las condiciones allí previstas.

Y como la función ordinaria sustancial del Congreso es la de ocuparse de las materias que le atribuye el artículo 76 de la Constitución, no existe razón alguna para deducir, por interpretación extensiva y desbordada, que aquél fue limitado en sus actividades y funciones cuando se reúne en virtud de lo previsto en la reforma constitucional del artículo 121, ya que en el contenido de ésta, "en su texto y en sus expresiones no aparece el vocablo de sesiones extraordinarias y mucho menos una limitación taxativa de las funciones del Congreso en estado de sitio".

Si el Acto Legislativo Nº 1º de 1960, "establece que el Congreso debe reunirse en estado de sitio", esto quiere decir que se reúne con la plenitud de sus atribuciones constitucionales, sin merma de sus facultades ordinarias. Tiene por delante competencia para ocuparse de todas las materias a que se refiere el artículo 76 de la Carta y los demás textos que le otorgan atribuciones. En consecuencia, concomitante con el estado de sitio tienen lugar unas sesiones extraordinarias del Congreso en el sentido de que no corresponden al lapso ordinario de sesiones. Por este aspecto se presenta un simple problema de calendario. De lo extraordinario frente a lo ordinario y de lo accidental frente a lo periódico. Pero respecto a las atribuciones que el Congreso tiene en estas sesiones extraordinarias que emergen del artículo 121 de la Constitución y de la reforma operada en 1960, no surge limitación alguna a las facultades del Congreso por ausencia del texto que tal restricción establezca.

"Hubiera podido decir la reforma que en caso de estado de sitio el Gobierno está en la obligación de hacer uso de las facultades que le atribuye el último inciso del artículo 68 de la Carta, vale decir, de convocar al Congreso a sesiones extraordinarias. Pero esto no lo dijo la reforma. Creó unas sesiones de naturaleza nueva que son extraordinarias en cuanto no corresponden al período

ordinario, pero en las cuales las funciones del Congreso no están sofrenadas por ninguna disposición que expresamente las limite".

Además, según los acusadores, el decreto demandado quebranta el artículo 121 de la Constitución, reformado y adicionado por el Acto Legislativo Nº 1º de 1960, porque el decreto de convocación del Congreso previsto en dichas normas, si bien podía dictarlo el Gobierno por medio de acto diferente del que declara turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella por preexistir ya esta situación a las reuniones del Parlamento, tal decreto —se repite— debía llevar las firmas de todos los Ministros según las claras voces del artículo 121 citado. Se agrega que este vicio de forma está atado indisolublemente al problema sustantivo planteado a saber: para las reuniones extraordinarias del Congreso previstas en el artículo 68 de la Carta "solo se exige un decreto de convocatoria del Gobierno, vale decir, firmado por el Presidente y el Ministro del Ramo. Si estas 'sesiones son extraordinarias' como categoría jurídica la convocatoria es adecuada y se ciñe a las formas previstas por el artículo 68 que solo exige un decreto del Gobierno, esto es, firmado por el Presidente y Ministro del Ramo..... Si no se puede operar con las formas del artículo 68, es porque tampoco se pueden crear las limitaciones que dicho texto establece para el caso específico que contempla".

De otra parte, el demandante doctor Castro Perdomo agrega que el decreto en cuestión viola los artículos 98, 102 y 103 de la Carta, porque la convocación del Congreso a sesiones extraordinarias y dentro de las limitaciones establecidas en el inciso final del artículo 68 de aquella Carta, restringe las atribuciones constitucionales que las antes dichas normas otorgan, en su caso, a la Cámara de Representantes o al Senado, sin que la reforma introducida del artículo 121 por el Acto Legislativo Nº 1º de 1960, al establecer las reuniones de las Cámaras en estado de sitio, hubiera limitado las facultades plenas y ordinarias del Congreso durante esas sesiones.

III. Concepto del señor Procurador

El señor Procurador General de la Nación, según concepto rendido el 28 de abril de este año, expresa:

"Con motivo de la colisión de competencia suscitada entre esa Corporación y el H. Consejo de Estado, en dos providencias sostuvo la H. Corte Suprema, en disparidad de criterio con el Consejo de Estado, que a ella le correspondía juzgar la exequibilidad o inexequibilidad del decreto acusado, por cuanto éste se apoyaba en el artículo 121 de la Carta, adicionado y modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo Nº 1 de 1960...."

" .....

"Sobre esa base, y siendo extemporáneo hacer consideración alguna en relación con lo que la H. Corte resolvió, basta recordar que de acuerdo con el segundo inciso del citado artículo 121 de la Constitución 'los decretos que dentro de esos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, **siempre que lleven la firma de todos los ministros**' (he subrayado para notar).

"Como el decreto materia de la acusación solamente lleva la firma del señor Ministro de Gobierno pues se omitió la de los restantes miembros del Gabinete Ejecutivo, no sería obligatorio a la luz del mismo artículo 121.

"En consecuencia, de conformidad con la tesis que ya sentó la H. Corte y como simple corolario de ella, se observa que el decreto 2807 de 1960 viola el inciso 2º del citado artículo 121 de la Constitución Nacional, violación de carácter simplemente formal, es cierto, pero suficiente para que se considere inexequible el referido decreto, en su totalidad.

"El suscrito Procurador no estima pertinente, en vista de lo anotado, hacer otras consideraciones, y, en esa virtud, a lo ya dicho limita el concepto que se le solicita para los efectos del artículo 214 de la Carta Fundamental".

IV. Antecedentes de la reforma constitucional.

En un movimiento de la opinión pública encauzado por las directivas de los dos partidos tradicionales colombianos, se encuentra la génesis de la enmienda introducida al artículo 121 de nuestro estatuto fundamental por el Acto Legislativo Nº 1º de 1960, reforma que quedó plasmada en estos términos:

"Artículo 1º. El Presidente de la República no podrá ejercer las facultades de que trata el artículo 121 sino previa convocatoria, etc.".

La norma así consagrada por el constituyente, según lo revela la historia de su establecimiento, tiende a regular con mayor eficacia los poderes gubernamentales de estado de sitio, mediante un nuevo control o veto del órgano legislativo, al cual se entrega una primordial función de vigilancia

en relación con el ejercicio de dichas atribuciones por parte del primer funcionario de la Rama Ejecutiva. Y para que el régimen de estado de sitio se mantenga fiel al objetivo de emergencia para el cual fue constituido, sin posibles desviaciones de poder, y, además, quede más circunscrito a su propia finalidad, se organizó el ya anotado sistema jurídico de controles que, en primer término, faculta al Congreso para suscitar fallo de constitucionalidad ante la Corte en relación con "cualquiera de los decretos que dicte el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias del estado de sitio".

Y para mejor logro de la finalidad ya indicada, o sea, la de precaver el indebido uso de la potestad extraordinaria que el Congreso otorga al Gobierno durante la perturbación declarada del orden público, la última reforma de La Carta establece este otro ordenamiento: el de condicionar el válido ejercicio de todas las facultades del Presidente de la República, conferidas por el artículo 121 de la Constitución a la reunión del Congreso en la forma y términos previstos en aquella reforma, que incluye el de reunirse el Congreso Legislativo por derecho propio.

En la ponencia presentada ante el Senado de la República al discutirse para su aprobación, en segundo debate, el proyecto de acto legislativo "por el cual se modifica el artículo 121 de la Constitución Nacional", se dice lo siguiente:

"Circunscribir en órbitas fijas las atribuciones de quienes ejercen el poder; establecer controles para el desempeño de la autoridad, es cosa esencial al régimen democrático. El estado de derecho no se compadece con el poder omnímodo atribuido a uno solo. Y si el Poder Ejecutivo ha de ser fuerte para imponer el orden, ha de prestar también acatamiento a las leyes que fijan el límite de su autoridad. La reforma aprobada por la Comisión deja en pie las facultades propias del estado de sitio; no las merma: no permite que sean entrabadas con dilaciones o trámites dispendiosos. Por el contrario, las reviste de mayor autoridad, porque se sabe que han sido tomadas con legítimo derecho en cumplimiento de un deber, ejercitando una función expresa.

"Por donde se concluye que no es fundado el reproche de estar debilitando al ejecutivo, ni de estar entrometiendo al Parlamento en campo ajeno a su jurisdicción. Porque si en Francia su exagerado parlamentarismo está inspirado en la necesidad de un ejecutivo fuerte, en Colombia el abuso reiterado de las facultades excepcionales está requiriendo un adecuado control de su ejercicio.

"Y ese control sólo puede adscribirse al Congreso, tanto porque él encarna la voluntad de la Nación como porque siendo el artífice de las leyes, debe fiscalizar su cumplimiento. La labor fiscalizadora es de la naturaleza del Parlamento y así lo establece la Constitución.

"La enmienda aprobada por la Comisión es sencilla y práctica. Sólo introduce dos factores: la reunión del Congreso, en sesiones ordinarias, mientras dure el estado de sitio, y la facultad que se otorga al Cuerpo Legislativo de exigir que la Corte Suprema de Justicia juzgue sobre la exequibilidad de los decretos.

"Es la Corte el propio tribunal a quien la Carta ha confiado la misión de velar por su integridad; y es la Corte la única llamada a resolver la disparidad o conflicto de opiniones sobre temas constitucionales entre el ejecutivo y el legislativo. Es un caso en que las tres ramas del poder público confluyen a dar solución a un problema que puede ser de graves consecuencias, pero es lo mismo que sucede hoy cuando el Presidente objeta las leyes por concepto de ser contrarias a la Carta, en que la Corte falla el punto.

"Como se ve, cada una de las ramas del poder público se contiene dentro de atribuciones que le son propias, y la vigilancia del Congreso aleja la posibilidad de abuso del ejecutivo".

V. Naturaleza de la reforma. Veto del Congreso.

El Acto Legislativo Nº 1º de 1960 estatuye que el Presidente de la República no podrá ejercer las facultades de que trata el artículo 121 sino previa convocación del Congreso en el mismo decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, a tiempo que prescribe que el "Congreso por medio de proposición aprobada por mayoría absoluta de una y otra Cámara, podrá decidir que cualquiera de los decretos que dicte el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias de estado de sitio, pase a la Corte Suprema de Justicia para que decida de su constitucionalidad", dentro del término perentorio de seis días, bajo tacha de mala conducta para los Magistrados por la demora en pronunciar el fallo.

La enmienda del artículo 121 de la Carta, con el fin de someter a mayor vigilancia y contrapeso

el uso de las facultades gubernamentales de emergencia que surgen si por guerra exterior o por conmoción interna se declara el estado de sitio, le dió atribución al Congreso y competencia a la Corte, en su caso, para formular y decidir el veto que aquél apruebe en relación con las medidas de carácter legislativo que dicte el Gobierno durante la legalidad marcial. Antes de la citada reforma y con el claro propósito de estatuir una amplia garantía en defensa de los derechos individuales y sociales de la organización del Estado, el artículo 214 había establecido la jurisdicción constitucional de la Corte al consagrar la acción pública de inexequibilidad, de la cual es titular cualquier ciudadano y la sujeta materia de acusación referirse a leyes vigentes, decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 de la Constitución, o bien, decretos legislativos de estado de sitio.

Del examen de las anteriores normas de la Carta se desprende que el veto atribuído al Congreso no excluye el ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 214 para acusar decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias de estado de sitio, porque el veto, en el primer caso, y el ejercicio de la acción en el segundo, son de distinta categoría y, además, la enmienda del artículo 121 de la Carta, en lugar de restringir, amplía la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, el control jurisdiccional de la constitucionalidad se ha venido desarrollando en Colombia mediante ampliaciones sucesivas de la competencia de la Corte. El sistema del veto mediante objeciones formuladas por el Presidente de la República se estableció desde 1886 (Const. art. 90), mientras que la acción pública no vino a ser consagrada sino en 1904, y únicamente para los decretos de estado de sitio (Ley 2ª, art. 2º) y sólo en 1910 se extendió a todas las leyes y decretos del ejecutivo (Acto Legislativo Nº 3, art. 41). La evolución progresiva de la jurisdicción se ha venido cumpliendo, así, pues, mediante su ampliación sucesiva respecto de la materia y de la titularidad de la acción, y el reconocimiento de distintos procedimientos que no se excluyen entre sí, sino que, por el contrario, guardan armonía con el creciente desarrollo que el control de constitucionalidad ha tenido en el derecho público americano a partir de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos en que por primera vez tuvo aplicación (**Marbury vs. Madison, Fletcher vs. Peck**). No se opone a la acción pública, ni a la excepción de inconstitucionalidad, el establecimiento de una nueva vía, como el veto del Congreso para asegurar la intangibilidad de la Carta.

Ahora bien: en las demandas acumuladas se acusa por la vía de acción pública el decreto que dictó el gobierno para convocar el Congreso en virtud de hallarse en estado de sitio varias regiones del país. Y como tal acto del Gobierno, la convocatoria del Congreso en caso de emergencia, fue dictado por aquél en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución, porque la declaración de que se halla turbado el orden público conlleva la del estado de sitio, a la vez que la convocación del Congreso a sesiones resulta una inherencia de tales declaraciones, en fuerza de lo previsto en el artículo 1º del Acto Legislativo No 1º de 1960, que impone este nuevo y esencial requisito para el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el mencionado artículo 121, resulta que puede ser titular de la acción de inexequibilidad del aludido decreto de estado de sitio, por ser violatorio de la Constitución, cualquier ciudadano al tenor de lo dispuesto en el artículo 214 del estatuto fundamental. Por lo tanto, debe aceptarse que los autores de los libelos acumulados están legitimados para obrar, por ser titulares de la acción de inexequibilidad del decreto acusado.

VI. Funciones de las ramas del Poder Público

La Constitución Nacional en los artículos 214 y 216, respecto de los actos allí determinados, atribuye a la Corte Suprema la facultad de decidir su exequibilidad, mediante sentencia que produce efecto **erga omnes**, con ocasión del ejercicio de la memorada acción pública. Sin embargo, aun cuando no lo dicen los artículos citados, el dicho control jurisdiccional debe comprender no sólo los vicios materiales o sustanciales, sino también los puramente formales, cuando fueren de tal entidad e importancia que influyan en la existencia o eficacia del acto o tengan consecuencias jurídicas.

Como todas las ramas del Poder Público, de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución Nacional, tienen funciones separadas, los actos de una de ellas no pueden invadir las atribuciones propias de la otra, para limitarlas o condicionar-

las a formalidades o hechos no previstos de modo expreso en la respectiva norma constitucional, porque si procede así, además de obrar sin la necesaria competencia, rompe el equilibrio entre las ramas del poder, para subordinar la actividad o las atribuciones de una de ellas a la voluntad de la otra, con evidente violación del artículo citado.

Sin embargo, procede advertir que no siempre es posible ni sería conveniente que el ejercicio de las atribuciones conferidas a las distintas ramas del Poder Público, en especial a la Ejecutiva, esté determinado y especificado en forma minuciosa y precisa; de ahí que exista una amplia zona sujeta a las llamadas facultades implícitas, porque, dada la variedad de circunstancias, de hechos y acontecimientos, no sería dable trazar de antemano una pauta rígida para todas las actuaciones. Y así ocurre, en cuanto atañe al ejecutivo, con los actos de gobierno o políticos y respecto del Congreso, en lo tocante a la necesidad de legislar sobre alguna de las materias previstas en el artículo 76 de la Constitución Nacional. De manera, pues, que sobre el ejercicio de estas atribuciones que le fijan su competencia, el Congreso puede por regla general, escoger en forma adecuada las materias sobre las cuales legislará, salvo expresa y clara excepción constitucional que le imponga, por especiales motivos, una limitación, la cual, dada su naturaleza excepcional, debe interpretarse en forma restricta.

VII. Sesiones ordinarias y extraordinarias

De acuerdo con el artículo 68 de la Constitución, "las Cámaras Legislativas se reunirán ordinariamente, por derecho propio, el 20 de julio de cada año, en la capital de la República", y "sus sesiones ordinarias durarán 150 días".

La misma norma prevé que el Congreso deba reunirse por convocatoria del Gobierno y durante el tiempo que éste señale, en sesiones extraordinarias, y que en tal caso no podrá ocuparse sino en los negocios que el Gobierno someta a su consideración.

De esta normación se desprende como corolario que por el aspecto meramente formal, las sesiones del Congreso se dividen en ordinarias y extraordinarias, según sea en el tiempo la oportunidad de efectuarse:

a) O porque de ordinario, según el precepto de la Carta, se inicien cada año el 20 de julio para durar 150 días;

b) O porque en cualquier otro tiempo, no previsto determinadamente en la Constitución sino que está subordinado a eventualidades extraordinarias, el Congreso haya de reunirse también en forma extraordinaria.

Esto último —sesiones extraordinarias— sucede cuando el Gobierno convoca las Cámaras Legislativas para que actúen durante cierto tiempo y nada más que sobre los asuntos predeterminados en el correspondiente decreto; cuando por vacancia presidencial debe reunirse el Congreso para elegir designado en los términos del artículo 125 (5º Acto Legislativo Nº 1 de 1959); o cuando se declare turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, en conformidad con el artículo 121 para el caso de guerra exterior y de acuerdo con la reforma introducida por el Acto Legislativo Nº 1 de 1960, tanto por causa de guerra exterior como de conmoción interna.

Esta división de las reuniones del Congreso, si bien nada más que formal, reviste trascendencia considerable en el campo del derecho público interno. Y así, para dar solemnidad, validez y firmeza a las reformas de la propia Constitución política de la República, la única vía admitida por el Plebiscito de 1º de diciembre de 1957 es la de que sean adoptadas por el Congreso en dos legislaturas ordinarias sucesivas, en los términos del artículo 218. Es ésta una clara y perentoria limitación del constituyente a los poderes propios de las Cámaras Legislativas.

Pero si no se contempla ya exclusivamente la circunstancia externa de la periodicidad determinada en el tiempo o de su frecuencia eventual más o menos próxima o remota para darle a las reuniones del Parlamento el carácter de ordinarias o extraordinarias, sino que es necesario el análisis que examine integralmente el fenómeno a la luz de la doctrina constitucional que organiza en Colombia el estado de derecho como república democrática, representativa y con tres ramas separadas del Poder Público para la realización armónica de los fines de la sociedad, aparece de inmediato el criterio para dividir por su aspecto material las sesiones del Congreso en ordinarias y extraordinarias.

Porque entonces lo ordinario consiste en que las Cámaras Legislativas se reúnan por derecho propio emanado directamente de la Carta para cumplir su función constitucional de hacer las leyes. Lo extraordinario, en que por mandato expreso de la Constitución el Congreso encuentre limitada

su tarea legislativa, o condicionada su actividad por actos que dependen exclusivamente del querer gubernamental.

Está escrito en la Constitución que por regla general las Cámaras Legislativas se reúnan por derecho propio cada año durante 150 días a partir del 20 de julio para desempeñar su función de hacer las leyes. Como está previsto que el Congreso se reúna por derecho propio dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se produjo la vacancia presidencial, si el encargado es un Ministro o Gobernador que no lo convoca para que se reúna dentro de los diez días siguientes, pero entonces con el exclusivo, expreso y claro fin de elegir al Designado. En tanto que el Acto Legislativo Nº 1 de 1960 estatuye sin restricción alguna, antes bien con ampliación de sus atribuciones y facultades que el Congreso se reúna por derecho propio, si en oportunidad no se convoca por el Gobierno en situación de emergencia que ha hecho necesario el estado de sitio.

Así, pues, en todas las hipótesis constitucionales de reunión del Congreso por **derecho propio** se trata ciertamente de que las Cámaras queden en la necesidad actual de cumplir las atribuciones que les incumben como cuerpo soberano de la nación colombiana, sin otros límites que los señalados expresamente en la Carta.

Eso es lo **ordinario**, lo que comunmente debe acontecer en el ámbito institucional del estado de derecho: Que el Congreso pueda cumplir a cabalidad sus funciones, sin pauta, cortapisa o interferencia alguna. La excepción a este principio es lo **extraordinario**, y, para serlo, se requiere ineludiblemente expresa prescripción de la Carta Fundamental. Las excepciones, en efecto, nunca surgen por interpretación extensiva de las normas, menos por el criterio de analogía, inexistente, además, en el fenómeno que se analiza.

Si, pues, por excepción consagrada en el inciso 4º, artículo 68, el Congreso no puede reunirse sino por convocación del Gobierno, nada más que para ocuparse en los negocios y por el tiempo señalados en el respectivo decreto, es indudable que estas sesiones a que el Congreso no puede ir constitucionalmente por derecho propio, sino que están condicionadas a un acto del Gobierno, son las únicas extraordinarias dentro del contenido material referente al ejercicio de las atribuciones propias de las Cámaras Legislativas.

Argüir que en el evento de aplicación del artículo 121 y su reforma por el Acto Legislativo No 1 de 1960, la República por virtud del estado de sitio, total o parcial, se encuentra en situación extraordinaria, y que si el Congreso se reúne las sesiones han de revestir el carácter de extraordinarias, no sería otra cosa que ensayar indebidamente la aplicación extensiva de las hipótesis del inciso 4º, artículo 68, a situaciones de ninguna manera incluídas en la norma, sin motivos de fondo que pudiesen presentar siquiera alguna analogía, y con flagrante olvido de que las excepciones se toman e interpretan con criterio estrictamente ceñido al texto que las consagra, en este caso el dicho inciso 4º.

En las sesiones extraordinarias de este inciso 4º, artículo 68, la actividad legislativa del Congreso se encuentra determinada por la voluntad de la convocación gubernamental, en el tiempo y por las materias a que las leyes deben referirse. En las previstas por el artículo 121 y su reforma, el Congreso se reúne por derecho propio, en cumplimiento de su deber y en función constitucional como rama legislativa del Poder Público sin otros límites que los expresamente determinados por la Carta. Y si bien debe colaborar con el Gobierno para restablecer el orden público, nunca podría entenderse, sin perturbación del equilibrio institucional en que se inspira el artículo 55, que el Presidente de la República estuviese capacitado para limitar la actividad legislativa del Congreso como si se tratara de sesiones extraordinarias convocadas por obra de su exclusiva voluntad.

Menos todavía cuando la notoria finalidad de la reforma de 1960 al artículo 121 consiste, no en limitar la acción del Congreso, sino precisamente la del Gobierno para evitar distorsión, abuso o desvío de las facultades extraordinarias de emergencia que le competen en estado de sitio. Y para zanjar colisiones entre las ramas ejecutiva y legislativa, para moderar la acción de la una y de la otra y, principalmente, para evitar el abuso de los poderes respectivos, ampliada quedó en la reforma la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia, para emitir por vías de derecho juicio inmediato, bajo apremio de mala conducta por no fallar dentro del término de seis días. Es la armonía del artículo 55 en la realización de los fines del Estado.

VIII. Otras consideraciones.

El artículo 121 de la Constitución Nacional, inviste al Presidente de la facultad de emergencia

de declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, a la par, el artículo 1º del Acto Legislativo Nº 1º de 1960, le ordena convocar al Congreso en el mismo decreto, con la advertencia de que si no lo hace, "el Congreso se reunirá por derecho propio". En consecuencia, si la declaración de hallarse turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República o parte de ella, constituye una facultad de emergencia del Gobierno la convocación del Congreso no es ya una facultad sino que le está impuesta como un deber que no puede eludir en ninguna forma, ni limitarlo o condicionarlo.

El artículo 121, con la reforma del Acto Legislativo Nº 1 de 1960, está integrado por dos actos distintos: el uno la declaración del estado de sitio, a juicio del Ejecutivo; y el otro, la convocación del Congreso, en forma imperativa, como una necesaria consecuencia del primero. Por tanto, si la declaración del estado de sitio, como acto de gobierno expedido en debida forma, no está sujeto al control jurisdiccional, no ocurre lo propio con la convocación del Congreso, pues si limita o restringe la actividad de las Cámaras a los negocios que el Gobierno someta a su consideración, y al hacerlo así, invoca el último inciso del artículo 68 de la Constitución Nacional, hay ya un juicio jurídico en cuanto el Ejecutivo considera compatible el memorado inciso del artículo 68 con el artículo 1º del Acto Legislativo Nº 1º de 1960. Y este juicio jurídico está sujeto al control jurisdiccional de la Corte para decidir si viola o no las normas de la Carta.

Este problema sustancial lo planteó el señor Presidente en el mensaje al Congreso, cuando expresó sus deseos de que "se siente en forma inequívoca cuál es el alcance del Acto Legislativo en relación y concordancia con el resto de la Constitución", o sea, si el último inciso del artículo 68 de la Constitucional Nacional es compatible con el artículo 1º del Acto Legislativo Nº 1 de 1960, para la convocación del Congreso en estado de sitio. A juicio de la Corte, el último inciso del artículo 68 no es compatible con el primero del memorado Acto Legislativo, por los siguientes motivos:

a) En el primer inciso del artículo 68, se confiere al Congreso el derecho de reunirse, por 150 días a contar del 20 de julio, por derecho propio, esto es, sin restrición alguna; y el artículo 1º del Acto Legislativo Nº 1º de 1960, también le confiere al Congreso la facultad de reunirse por derecho propio; por tanto, si en los dos casos la reunión se opera por derecho propio, las consecuencias deben ser iguales en cuanto el Congreso conserva su facultad general de legislar sobre todos los negocios respecto de los cuales le atribuye competencia la Constitución Nacional.

b) Cuando el Congreso se reúne por derecho propio, según el inciso 1º del artículo 68 y el artículo 1º del Acto Legislativo de 1960, tal atribución emana directa e inmediatamente del constituyente; en cambio, cuando se reúne según el inciso final del mismo artículo 68, lo hace por voluntad directa e inmediata del Gobierno, con el fin de estudiar los negocios que tenga a bien someterle a su consideración.

c) Como el libre y completo ejercicio de las atribuciones que el artículo 76 de la Carta le confiere al Congreso, constituye la regla general, la restricción o limitación impuesta en el inciso final del artículo 68 tiene el carácter de excepcional, que no puede aplicarse por analogía.

d) La reunión del Congreso en el evento previsto en el último inciso del artículo 68 depende de la voluntad del Gobierno, pero en el caso del artículo 1º del Acto Legislativo Nº 1º de 1960, ocurre todo lo contrario, porque la dicha reforma conlleva una orden imperativa para el ejecutivo, o sea, que al convocar al Congreso en tal caso no hace el Gobierno sino cumplir con un deber impuesto por la Constitución, sin que le sea permitido condicionarlo en ninguna forma, ni menos limitar la normal competencia del Congreso, porque, se repite, se trata de cumplir con un deber, no de ejercer una facultad, cuyo cumplimiento no puede modificarse por voluntad del obligado.

e) Finalmente, el artículo 1º del Acto Legislativo de 1960 no tiene vacío u oscuridad alguna para que sea menester completarlo, mediante la aplicación de otra norma de la propia Carta. Por tanto, al aplicar el último inciso del artículo 68 se modifica el artículo 1º del Acto Legislativo citado, porque eleva a la categoría de regla una excepción, es decir, limita o restringe la competencia normal del Congreso en casos distintos a los expresamente previstos en el último aparte del artículo 68.

En conclusión, el artículo 2º del Decreto Nº 2807 de 10 de diciembre de 1960 infringe directamente el artículo 1º del Acto Legislativo Nº 1º

de 1960, en cuanto limitó la normal competencia del Congreso para ocuparse de los negocios a que se refiere el artículo 76 de la Constitución Nacional; y también quebranta el último inciso del artículo 60, por indebida aplicación, porque como excepción que es, no podía invocarse o aplicarse a casos distintos a los previstos en la misma norma.

Como el Congreso, en el caso del Acto Legislativo de 1960 se reúne por **derecho propio**, los vacíos formales o las omisiones en el decreto de convocación no tienen, en este caso, trascendencia jurídica, pues las sesiones se cumplen o se realizan por ministerio de dicha norma constitucional. De manera que resulta del todo indiferente que el decreto lleve las firmas de todos los Ministros o solamente la de alguno o algunos, como quiera que con el decreto o sin él, el Congreso tiene el deber de reunirse.

En resumen, ES EXEQUIBLE el artículo 1º del Decreto Nº 2807 de 10 de diciembre de 1960; por el contrario, es INEXEQUIBLE el artículo 2º y su parágrafo, por los motivos antes expuestos, como también, por conexidad y consecuencia queda sin fuerza obligatoria el decreto Nº 2880 de 17 de diciembre de 1960, dictado en desarrollo del artículo 2º que se declara inexequible.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la jurisdicción que le confiere el artículo 214 de la Constitución,

FALLA:

Primero.—Es EXEQUIBLE el artículo 1º del Decreto Nº 2807 de 10 de diciembre de 1960;

Segundo.—Es INEXEQUIBLE el artículo 2º y el parágrafo del mismo decreto Nº 2807.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, comuníquese al señor Ministro de Gobierno y archívese.

Carlos Peláez Trujillo.— Ramiro Araújo Grau.— Humberto Barrera Domínguez.— Luis Alberto Bravo.— Enrique Coral Velasco.— Roberto De Zubiría C.— Gustavo Fajardo Pinzón.— José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Enrique López de la Fava.— Simón Montero Torres.— Efrén Osejo Peña.— Luis Fernando Paredes.— Arturo C. Posada.— Gustavo Rendón Gaviria.— José Joaquín Rodríguez.— Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A.— Primitivo Vergara Crespo.— Luis Carlos Zambrano.—Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

SE INVALIDA EL FALLO DE INSTANCIA Y SE CONDENA AL DEMANDADO A RESTITUIR UNA CASA A FAVOR DE LA SUCESION DE QUIEN LA CONSTRUYO, CON RECURSOS PROPIOS, EN TERRENO AJENO

Efectos jurídicos de la accesión. Derecho de retención en favor de quien edifica de buena fe en predio ajeno. Acción restitutoria que ampara a quien es despojado del bien sobre el cual recae el derecho de retención.

1.—Por la naturaleza misma de las cosas, desde la antigüedad está reconocida la norma de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y que todo cuanto sobresale de la superficie accede al suelo en que descansa: superficies solo cedit. Si pues el propietario del terreno le incorpora materiales, plantas o semillas suyos en construcciones, cultivos o sementeras, ningún fenómeno adquisitivo se produce. Nadie, en efecto, puede a sí mismo transferirse el dominio de lo que ya le pertenece. El fenómeno adquisitivo se consuma en tales hipótesis de edificación, plantación o sementera cuando, entre otros eventos, alguien de su peculio las efectúa en terreno ajeno. Entonces por accesión el dueño del suelo adquiere automáticamente la propiedad de las mejoras. Pero se encuentra en el impedimento legal de recobrar el objeto, si no es mediante el abono del valor de las obras realizadas con su consentimiento expreso o tácito, esto es, cuando han sido puestas sobre el terreno 'a ciencia y paciencia del dueño', en los términos del inciso 2º, artículo 738, del Código Civil.

2.—El derecho de dominio sobre la tierra se prolonga de inmediato a las mejoras. La legitimación para reivindicar lo uno y lo otro corresponde precisamente al propietario de la totalidad, que por accesión ha llegado a integrarse en una sola cosa. Pero como no queda en desamparo de las normas quien de buena fe enriquece el suelo ajeno, no puede el dueño, y menos todavía una tercera persona, despojar al mejorante y privar de acción recuperatoria a quien tiene por ley derecho perfecto a ser indemnizado plenamente, con garantía real sobre el objeto que ha recibido el beneficio (debitum cum re junctum).

3.—No es que quien construya, plante o siembre de lo suyo en tierra ajena sea dueño de las mejoras, como sin juridicidad suele decirse, puesto que por accesión lo es el propietario del terreno, según las leyes civiles. No es titular tampoco de la acción reivindicatoria, que está atribuida asimismo al dueño del suelo. Pero sí tiene en relación directa con el objeto mejorado la facultad legal inviolable de mantenerlo en su poder mientras no sea resarcido por el pago del precio de las mejoras, como derecho oponible al dueño y a terceros en general.

4.—Si el derecho real del verdadero dueño no puede contraponerse con éxito al derecho de retención de quien de buena fe edifica, planta o siembra en tierra ajena, si no es por efecto del pago del valor del edificio, plantación o sementera, con razón más poderosa todavía ese mismo derecho de retención se puede erga omnes. Con énfasis mayor aún contra el tercero usurpador, quien por grave yerro de entrada se coloca voluntariamente por fuera de la tutela jurídica.

5.—Mal podría el sujeto activo del derecho de retención por mejoras (artículo 739 del C. Civil) pretender que los principios orgánicos de la accesión se transmutaran en

su favor para adquirir el dominio sobre el terreno que las sustenta y al cual acceden; o que esos mismos principios se desviaran para que pudiera ser dueño de las mejoras con abstracción de la tierra. No puede tener tampoco en puridad la acción reivindicatoria con que el dominio está amparado. Pero le basta titularidad para retener, y en ese sentido específico para enfrentar a toda persona, en general, su derecho de garantía; inclusive para contradecir con éxito la acción de recobro del dueño, mientras este último no se legitime en la causa por virtud del pago de la obligación así garantizada realmente.

6.—La misma titularidad para retener que asiste al mejorante de buena fe de un predio ajeno, lo autoriza para recuperar por medios jurídicos el objeto sobre el cual la retención se encuentra reconocida por las normas, mientras no haya prescrito la acreencia de ese modo garantizada. Si así no fuese, bastaría que por maneras soslayadas o directas el deudor de las mejoras obtuviese el despojo del acreedor por mecanismos de usurpación en esa forma legitimados. Así que, salvo la prescripción del crédito, permanecen abiertas las vías jurídicas para restituir en su derecho a quien ha sido despojado por vías de hecho.

7.—Una consecuencia que pugna abiertamente con los principios esenciales del orden jurídico sería consagrada si se negara la acción restitutoria al despojado del inmueble mejorado por él, frente al despojante, por la sola consideración de que un tercero, absolutamente extraño a la litis —el dueño del terreno en calidad de tal— sería el titular de la acción reivindicatoria y no el demandante. Cuando lo cierto es que dentro de la relatividad del litigio entre el despojado y el despojante, se busca apenas determinar cuál de las dos partes frente al objeto se encuentra en posición prevaleciente, sin perjuicio de los derechos del dueño, quien tampoco podría pretender el recobro sin abonar al mismo tiempo el valor de las mejoras. Para que el derecho de retención desaparezca sin que se haya extinguido la deuda vinculada al objeto, es indispensable que el acreedor se desapodere o entregue voluntariamente la que por ley constituye seguridad real de su acreencia.

8.—Si quien retiene queda privado del objeto por obra de su voluntad o por vías de derecho, es indudable que la garantía legal desaparece por sustracción de materia. Pero cuando es despojado por vías de hecho, el orden jurídico exige que sea restituido, precisamente para que pueda hacer valer su posición exceptiva absoluta contra todo el mundo, mientras el crédito que garantiza no se extinga por alguna causa legal. Lo que en su origen e por pasiva constituye una excepción tan poderosa que se enfrenta con éxito a toda persona y vale aun contra el dueño del objeto, dejaría de ser facultad legal inviolable, si por activa, la justicia denegara la acción restitutoria del acreedor ante las vías de hecho del deudor o de terceras personas. La titularidad de quien por ministerio de la ley está dotado del derecho de retención sobre un bien determinado, lo legitima obviamente para la súplica restitutoria, salvo renuncia voluntaria o extinción del crédito así garantizado. La acción restitutoria, en efecto, no se da por la tenencia como hecho, sino por la retención como derecho, que por modo inviolable relaciona directamente al sujeto activo con el objeto y, por lo mismo, se predica erga omnes.

9.—La causa petendi no es otra cosa que los hechos relacionados en la demanda, que deben comprobarse plenamente con el fin de provocar la actividad concreta de las normas sustanciales mediante el pronunciamiento. Y es precisamente el poder jurisdiccional del Estado quien define la trascendencia y efectos de los hechos, aunque el actor no haya acertado a darles el calificativo jurídico que en realidad les corresponda. Esta es misión del juez, que por autoridad de la ley dice el derecho; pero no de las partes, a quienes solo incumbe probar los hechos generadores o extintivos de las relaciones jurídicas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL.—Bogotá, tres (3) de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

María de Jesús Hernández Góngora, como heredera y para la sucesión de su hermano José María Hernández Góngora, fallecido el 31 de diciembre de 1956, dirigió la demanda inicial contra Alfonso Aldana por vía ordinaria y para que se hicieran las siguientes o parecidas declaraciones:

"1ª—Pertenecen en dominio pleno y absoluto a la sucesión ilíquida de José María Hernández Góngora, representada por su hermana legítima María de Jesús Hernández Góngora, mujer mayor y vecina del Municipio del Guamo, las mejoras que con sus propios recursos levantó el señor José María Hernández Góngora, en terrenos que se dice pertenecen a la sucesión de Domingo Triana, mejoras consistentes en una casa de inquilinato, situada en la ciudad de Flandes, en la carrera 8ª entre calles 13 y 14, edificación que consta de siete piezas con puertas a la calle..... y que se halla alinderada así.....

"2ª—Como consecuencia de esta declaración de dominio en favor de la sucesión ilíquida de José María Hernández Góngora, representada por María de Jesús Hernández Góngora, condénase al mismo demandado Alfonso Aldana, mayor y vecino de Flandes, a restituír seis días después de ejecutoriada esta sentencia, en favor de la sucesión ilíquida de José María Hernández Góngora, representada por la señora María de Jesús Hernández Góngora, mayor y vecina del Guamo, las mejoras situadas en la parte urbana de Flandes, consistentes en una casa de inquilinato, situada en la carrera 8ª, entre calles 13 y 14...

"3ª—El demandado Alfonso Aldana pagará a la sucesión de José María Hernández Góngora, que no se ha liquidado, representada por su hermana María de Jesús Hernández Góngora, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, el valor de los frutos civiles o naturales del inmueble antes determinado, y no solamente los recibidos o percibidos, sino también los que hubiere podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, a juicio de tasación de peritos (sic) la sucesión de José María Hernández Góngora representada por la señora María de Jesús Hernández Góngora, desde el día 1º de enero de 1957 en que el poseedor de mala fe señor Alfonso Aldana se apoderó de estos bienes, hasta el momento en que se haga entrega de ellos, más el precio del costo de las reparaciones que él (sic) hubiera sufrido por culpa del poseedor.

"4ª—La sucesión demandante representada por la señora María de Jesús Hernández Góngora, no está obligada a indemnizar las expensas necesarias, porque el demandado Alfonso Aldana es poseedor de mala fe.

"5ª—En la entrega o restitución de las mejoras de que se ha hablado se comprenderán también las cosas que forman parte del inmueble o que se reputan como inmuebles por formar parte de él, según lo prescrito en el Título 1º del Libro II del Código Civil.

"6ª—Inscríbase esta sentencia en el libro número 1º del Registro de la correspondiente oficina de este Circuito, inmediatamente quede ejecutoriada.

"7ª— El demandado Alfonso Aldana pagará a la sucesión de José María Hernández Góngora representada por María de Jesús Hernández, las costas del presente juicio".

Los hechos se refieren a que Hernández Góngora con sus recursos propios en terreno ajeno, que se dice pertenecer a la sucesión de Domingo Triana, construyó aquella casa de inquilinato y durante el resto de su vida, hasta su muerte en una de las piezas de la misma casa, "fue reputado como único dueño de dichas mejoras y ejerció sobre ellas actos de dominio y posesión, arrendando las piezas que había construído, reparándolas, pagando los impuestos municipales de ellas, viviendo en una de dichas piezas, en su condición de dueño"; y a que el mismo día de la muerte de Hernández Góngora "en ausencia de sus familiares, se presentó el señor Alfonso Aldana y arbitrariamente se posesionó de las mejoras ya mencionadas anteriormente, y desde entonces ha venido poseyéndolas en forma abusiva y arbitraria, cobrando los cánones de arrendamiento, alquilando las habitaciones, en una palabra, ejerciendo actos de señorío, alegando que es hijo natural del causante José María Hernández Góngora, sin que éste le hubiera reconocido en ninguna forma y sin que la justicia le haya declarado como tal".

Notificada la demanda el 9 de julio de 1958, quedó sin respuesta, y proseguida la tramitación se clausuró el primer grado procesal por sentencia de 17 de abril de 1959 en que el Juez Civil del Circuito del Espinal despachó en conformidad las súplicas de la actora e impuso las costas al demandado, quien por apelación abrió la segunda instancia, concluída en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué a virtud de pronunciamiento confirmatorio del 9 de abril de 1960.

Corresponde ahora resolver el recurso de casación interpuesto por la parte vencida.

EL FALLO ACUSADO

Estimó el sentenciador que la acción declaratoria de dominio y restitutoria de mejoras en terreno ajeno es procedente cuando las obras fueron hechas por la parte actora o con sus dineros porque "bastará —dice— para crear su interés en la relación procesal, que demuestre el estado de hecho de una posesión ejercida sobre ellas anterior a la posesión del demandado, pues careciendo de tradición el inmueble, no se puede exigir que se preste (sic)".

Consideró que en este litigio " a una posesión dada se le opone una posesión anterior" y que "este elemento de la acción de dominio" se probó con una serie de testimonios que el fallo estudia nominativamente, para expresar a continuación:

"De esta prueba testimonial se saca en conclusión lo siguiente: que la casa materia del pleito está o estaba destinada al negocio de inquilinato; que el señor Hernández Góngora vivía en ella como poseedor material; que era él quien arrendaba los cuartos de la casa y percibía los frutos civiles, en un tiempo anterior a su muerte, acaecida en uno de los cuartos de la casa, superior a los diez años; que la posesión del señor Hernández era quieta y pacífica, sin interrupción hasta la hora de su deceso; y que nadie más, fuera de él, era reputado como señor y dueño de la casa".

Sostiene que la prueba estudiada "es suficiente para cumplir el elemento de la acción relacionado con el dominio de la sucesión demandante sobre el inmueble"; y en cuanto atañe a la posesión material del demandado, halla que los testigos "están acordes en decir que una vez muerto D. José María se apoderó de la casa el citado señor Alfonso Aldana, quien diciéndose hijo natural del primero sacó de ella a la señora María de Jesús Hernández, hermana de D. José María y dispuso de los muebles y enseres de la casa, tomando posesión de ella".

Dice que se trata de cosa singular, "porque puede determinarse por una ubicación y unos linderos y distinguirse meridianamente de las demás de su especie", y encuentra que por inspección ocular se probó la identidad de la casa demandada con la que el demandado posee.

LA IMPUGNACION

Se invoca la causal 1ª por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa y aplicación indebida".

Se comentan las peticiones del libelo y la resolución jurisdiccional, para decir:

"De lo anterior se destacan con toda claridad los siguientes hechos: 1º.—Que la demandante alega derecho de **propiedad plena y absoluta** de su causante sobre la **edificación** que especifica la demanda, como cosa independiente del terreno en que tal edificación se halla levantada. 2º.—Que ese pretendido derecho de propiedad lo hace derivar del hecho de haber levantado el causante **con sus propios recursos** la edificación en referencia. 3º.—Que la sentencia confirmada por el Tribunal declaró a favor de la sucesión de José María Hernández la existencia de tal derecho sobre la edificación levantada a sus expensas por el causante sobre **terreno ajeno**, que se dice pertenecer a la sucesión de Domingo Trianna".

Se pasa en seguida al texto de los artículos 946 y 950 del Código Civil para señalar la naturaleza de la acción reivindicatoria, se alude al 948 según el cual "los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio, excepto el derecho de herencia".

Se considera evidente que en el caso del litigio la sucesión no tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa objeto de la acción, ni podría tenerla de acuerdo con el sistema colombiano sobre los efectos jurídicos de la edificación en terreno ajeno; se asevera que "tampoco tiene ni podría tener otro derecho real en la sola edificación, distinto de la propiedad que reclama en la demanda. Y aun cuando lo tuviera —se agrega— el fallo no podría recaer sobre él, por cuanto es elemental que la sentencia no puede versar sino sobre el derecho cuyo reconocimiento ha sido pedido en la demanda"

Se expone en seguida:

"La edificación en terreno ajeno es según nuestro Código Civil una de las figuras de **accesión** de bienes muebles a inmuebles. Y como modo de adquirir el dominio está regida por el mismo sistema del derecho romano, que descansa en el principio "Omne quod inaedificatur solo cedit", el cual a su vez es la aplicación de la regla "Superficies solo cedit".

"De acuerdo con este sistema, consagrado en el artículo 739 del Código Civil, cuando una persona edifica con materiales propios en terreno ajeno, se forma un solo inmueble integrado por

la edificación y el suelo que ésta cubre, inmueble que queda siendo de propiedad del dueño del terreno, porque es la edificación la que accede a aquél y no al contrario. Se considera que la edificación es la cosa accesoria y el terreno la principal, y se aplica la norma también romana, de que lo accesorio sigue a lo principal.

"Pero a fin de evitar que se produzca en estos casos el resultado irregular del enriquecimiento sin justa causa, se ha dado al edificador de buena fe un derecho personal a que el dueño del terreno le pague el valor de la edificación cuando reivindica el inmueble así formado, como dueño que es de él. Derecho personal garantizado con un derecho accesorio de retención a favor del edificador".

Se extiende en la misma idea, para continuar: "Es necesario no perder de vista que en la demanda sólo se reclama la propiedad de las mejoras, vale decir de la edificación, sin incluir el terreno, que se dice pertenecer a otro, y que en esos mismos términos fue hecha por el sentenciador de primera instancia la declaración de dominio pleno y absoluto de tales mejoras, independientemente del terreno. Declaración confirmada por el Tribunal en el fallo materia del recurso".

Se hacen además varias citas doctrinales para sostener indebida aplicación de los artículos 946 y 950 del Código Civil, así como también del artículo 739 ibidem, en cuanto se declararon las mejoras de propiedad de la sucesión, cuando la norma atribuye el dominio del todo al propietario del terreno y no al edificador.

Se adiciona el cargo por los siguientes aspectos:

a) Que como las edificaciones no son susceptibles de propiedad ni de posesión por sí solas, el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 762 del Código Civil, en cuanto consideró que por haber tenido Hernández-Góngora la posesión de las mejoras, debe reputársele dueño mientras otra persona no justifique serlo;

b) Que por cuanto la demandante no es ni puede ser legalmente dueña de las mejoras y el sentenciador condenó al demandado a entregarlas, violó el artículo 961 por indebida aplicación, lo mismo que el 964 ibidem, con respecto a la restitución de frutos; y

c) Que igualmente fueron violados los artículos 948, 960, 961 y 964 del Código Civil, por razón de que, además, en el proceso hay "ausencia completa de prueba del hecho de que las mejoras de que trata el fallo fueron levantadas por José María Hernández Góngora, con sus propios recursos".

Por otra parte, en el libelo de casación se lee: "Séame permitido, finalmente recalcar sobre el hecho evidente de que la demanda versa únicamente sobre el derecho de propiedad que en ella se reclama en las mejoras o edificaciones construídas en terreno ajeno, que se dice pertenecer a la sucesión de Domingo Triana, según la propia manifestación de la parte demandante. Ningún otro derecho real, distinto de la propiedad, se reclama en la demanda.

"Así las cosas, el fallo de instancia no podría ni puede recaer sobre derecho real distinto del que ha sido objeto de la acción..... Digo esto únicamente para que el impugnador de la presente demanda de casación no pretenda que si no se ha probado la propiedad de las mejoras, puede decretarse la restitución en virtud del derecho de retención que sobre ellas tenía el edificador o sus causahabientes. Sería esto cambiar en el fallo, no sólo el objeto sino la causa petendi de la acción restitutoria, en la cual no se invocó el tal derecho de retención como causa de dicha acción.

"Como tampoco puede pretenderse que a falta de derecho de propiedad alegado en la demanda, puede decretarse la restitución de las mejoras, en virtud de la acción publiciana que instituye el artículo 951 del Código Civil, toda vez que tampoco se ejercitó dicha acción en la demanda, ni en el caso de que lo hubiera sido podría prosperar, por cuanto ella se ha instituído a favor de quien ha perdido la posesión regular de una cosa, hallándose respecto de ella in via usucapiendi; y no habiendo exhibido la parte demandante título alguno de adquisición de la posesión de las mejoras, no puede tratársele como poseedor regular, ni, por consiguiente, puede ser sujeto activo de la acción publiciana".

SE CONSIDERA:

1.—Por la naturaleza misma de las cosas, desde la antigüedad está reconocida la norma de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y que todo cuanto sobresale de la superficie accede al suelo en que descansa: superficies solo cedit.

Si pues el propietario del terreno le incorpora materiales, plantas o semillas suyos en construcciones, cultivos o sementeras, ningún fenómeno adquisitivo se predica. Nadie, en efecto, puede

así mismo transferirse el dominio de lo que ya le pertenece. Apenas habrá el incremento que la utilización económica de los bienes comporta, en provecho directo del titular y para la sociedad en último término, por acrecimiento de la riqueza pública.

El fenómeno adquisitivo se consuma en tales hipótesis de edificación, plantación o sementera, cuando, entre otros eventos, alguien de su peculio las efectúa en terreno ajeno. Entonces por accesión el dueño del suelo adquiere automáticamente la propiedad de las mejoras. Pero se encuentra en el impedimento legal de recobrar el objeto, si no es mediante el abono del valor de las obras realizadas con su consentimiento expreso o tácito, esto es, cuando han sido puestas sobre el terreno "a ciencia y paciencia del dueño", en los términos del inciso 2º, artículo 739 del Código Civil.

2.—El derecho de dominio sobre la tierra se prolonga de inmediato a las mejoras. La legitimación para reivindicar lo uno y lo otro corresponde precisamente al propietario de la totalidad, que por accesión ha llegado a integrarse en una sola cosa. Pero como no queda en desamparo de las normas quien de buena fe enriquece el suelo ajeno, no puede el dueño, y menos todavía una tercera persona, despojar al mejorante y privar de acción recuperatoria a quien tiene por ley derecho perfecto a ser indemnizado plenamente, con garantía real sobre el objeto que ha recibido el beneficio (*debitum cum re iunctum*).

3.—No es que quien construya, plante o siembre de lo suyo en tierra ajena sea dueño de las mejoras, como sin juridicidad suele decirse, puesto que por accesión lo es el propietario del terreno, según las leyes civiles. No es titular tampoco de la acción reivindicatoria, que está atribuída asimismo al dueño del suelo. Pero sí tiene en relación directa con el objeto mejorado la facultad legal inviolable de mantenerlo en su poder mientras no sea desinteresado por el pago del precio de las mejoras, como derecho oponible al dueño y a terceros en general.

4.—Si el derecho real del verdadero dueño no puede contraponerse con éxito al derecho de retención de quien de buena fe edifica, planta o siembra en tierra ajena, si no es por efecto del pago del valor del edificio, plantación o sementera, con razón más poderosa todavía ese mismo derecho de retención se predica *erga omnes*. Con énfasis mayor aún contra el tercero usurpador, quien por grave yerro de conducta se coloca voluntariamente por fuera de la tutela jurídica. Y su actuación de ninguna manera encuentra defensa en que el verdadero dueño no sea el demandante. Bien sabe el usurpador que obra por vías de hecho y no de derecho; que en su cabeza no hay titularidad, puesto que la invoca para un tercero.

5.—Mal podría el sujeto activo del derecho de retención por mejoras pretender que los principios orgánicos de la accesión se trasmutaran a su favor para adquirir el dominio sobre el terreno que las sustenta y al cual acceden; o que esos mismos principios se desviaran para que pudiera ser dueño de las mejoras con abstracción de la tierra. No puede tener tampoco en puridad la acción reivindicatoria con que el dominio está amparado. Pero le basta titularidad para retener, y en este sentido específico para enfrentar a toda persona, en general, su derecho de garantía; inclusive para contradecir con éxito la acción de recobro del dueño, mientras este último no se legitime en la causa por virtud del pago de la obligación así garantizada realmente.

6.—Esa misma titularidad autoriza a recuperar por medios jurídicos el objeto sobre el cual la retención se encuentra reconocida por las normas, mientras no haya prescrito la acreencia de ese modo garantizada. Si así no fuese, bastaría que por maneras soslayadas o directas el deudor de las mejoras obtuviese el despojo del acreedor por mecanismos de usurpación en esa forma legitimados. Así que, salvo la prescripción del crédito, permanecen abiertas las vías jurídicas para restituir en su derecho a quien ha sido despojado por vías de hecho.

7.—El edificador, plantador o sembrador no se pretende dueño ni poseedor del inmueble acrecentado por accesión. De buena fe, no discute la necesidad en que se encuentra de restituir frente al propietario, que si a su turno pretende el recobro, tampoco puede reivindicar de quien no es poseedor. Sólo que está a su cargo la obligación de pagar el valor del edificio, plantación o sementera, para legitimar el retorno del objeto a su poder.

Ahora bien, el despojante del inmueble mejorado carece de base para hacer valer el hecho del despojo como acción o como excepción que le permita abstenerse de restituir al despojado. Una consecuencia que pugna abiertamente con los principios esenciales del orden jurídico sería consa-

grada si se negara la acción restitutoria al despojado frente al despojante, por la sola consideración de que un tercero, absolutamente extraño a la litis —el dueño del terreno en calidad de tal— sería el titular de la acción reivindicatoria y no el demandante. Cuando lo cierto es que dentro de la relatividad del litigio entre el despojado y el despojante, se busca apenas determinar cuál de las dos partes frente al objeto se encuentra en posición preva'ente, sin perjuicio de los derechos del dueño, quien tampoco podría pretender el recobro sin abonar al mismo tiempo el valor de las mejoras.

Para que el derecho de retención desaparezca sin que se haya extinguido la deuda vinculada al objeto, es indispensable que el acreedor se desapodere o entregue voluntariamente lo que por ley constituye seguridad real de su acreencia.

8.—Si quien retiene queda privado del objeto por obra de su voluntad o por vías de derecho, es indudable que la garantía legal desaparece por sustracción de materia. Pero cuando es despojado por vías de hecho, el orden jurídico exige que sea restituído, precisamente para que pueda hacer valer su posición excepti va absoluta contra todo el mundo, mientras el crédito que garantiza no se extinga por alguna causa legal. Lo que en su origen o por pasiva constituye una excepción tan poderosa que se enfrenta con éxito a toda persona y vale aún contra el dueño del objeto, dejaría de ser facultad inviolable, si por activa, la justicia denegara la acción restitutoria del acreedor ante las vías de hecho del deudor o de terceras personas.

La titularidad de quien por ministerio de la ley está dotado del derecho de retención sobre un bien determinado, le legitima obviamente para la súplica restitutoria, salvo renuncia voluntaria o extinción del crédito así garantizado.

La acción restitutoria, en efecto, no se da por la tenencia como hecho, sino por la retención como derecho, que por modo inviolable relaciona directamente al sujeto activo con el objeto y, por lo mismo, se predica erga omnes.

9.—A la petición con que se inicia un pleito le basta reunir las condiciones de forma prescritas por las leyes procedimentales para que sea admitida, como lo fue efectivamente en este proceso sin objeción alguna en la instancia. No es indispensable que por su contenido la demanda pueda servir de modelo de técnica jurídica, para ser de recibo ante los tribunales.

El libelo formulado para incoar el presente litigio restitutorio, puede mantenerse a distancia no muy corta de aquel ideal técnico-jurídico. Mas bien parecería acomodarse al principio *iura novit curia*, por cuanto suplica "las siguientes o parecidas declaraciones": eso sí con base en hechos ostensiblemente relacionados con claridad y precisión suficiente para enmarcar el debate probatorio y permitir pronunciamiento de fondo en conformidad con el derecho objetivo y sin variar para nada la **causa petendi**, a que alude la demanda de casación.

10. La causa petendi no es otra cosa que los hechos relacionados en la demanda, que deben comprobarse plenamente con el fin de provocar la actividad concreta de las normas sustanciales mediante el pronunciamiento. Y es precisamente el poder jurisdiccional del Estado quien define la trascendencia y efectos de los hechos, aunque el actor no haya acertado a darles el calificativo jurídico que en realidad les corresponda. Esta es misión del juez, que por autoridad de la ley dice el derecho pero no de las partes, a quienes sólo incumbe probar los hechos generadores o extintivos de las relaciones jurídicas.

11.—Es así como los hechos comprobados en la presente controversia, sin censura valedera en casación, acreditan que en perjuicio de la heredera reconocida en el respectivo sucesorio, María de Jesús Hernández, el demandado Alfonso Aldana injurídica y arbitrariamente, por sí y ante sí, se apoderó del inmueble a que accedieron las mejoras puestas por el causante José María Hernández Góngora, en tierra que dicen ser de la sucesión de Domingo Triana.

Se presenta entonces el caso de que la justicia respete el derecho que conforme al artículo 739 del Código Civil asiste a la heredera para retener el inmueble, con prevalencia sobre quien usurpó sin otro respaldo que su escueta afirmación de ser hijo natural del causante, como pretexto de su actividad contraria a derecho.

12.—La pretensión de la actora es esencialmente restitutoria, y por ello tampoco se varía el **petitum**; mal llamado reivindicatorio por quien en los hechos del libelo reconoce dominio de persona extraña al juicio, lo cual rectamente interpretado por el juzgador determina en derecho el alcance del pedimento restitutorio contra el usurpador, sin perjuicio del verdadero dueño. Que lo sea una ter-

cera persona, extraña al litigio, y no la heredera de José María Hernández Góngora, en nada favorece la posición del despojante Aldana, quien de ningún modo puede tomar para sí el interés jurídico del tercero —sucesión de Domingo Triana— a quien tampoco representa.

Si, pues, la acción de que se trata está fundada en justicia y su titularidad emana del inciso 2º, artículo 739 del Código Civil, es casable el fallo de instancia para acomodarlo a la acción verdaderamente deducida en juicio.

13.—Constituye inferencia irrebatible, a falta de prueba en contrario, que el hecho mismo del disfrute pacífico, público y continuo del causante Hernández Góngora sobre la casa de inquilinato por más de diez años, envuelve el supuesto elemental de que esa misma construcción en tierra ajena fue levantada a sus expensas.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha 9 de abril de 1960 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, revoca la de primera instancia, y en su lugar

FALLA:

1º—CONDENASE al demandado ALFONSO ALDANA, mayor y vecino de Flandes, a restituir seis días después de ejecutoriado el auto de obedézcase y cúmplase, en manos de MARIA DE JESUS HERNANDEZ GONGORA y para la sucesión de José María Hernández Góngora, la casa de inquilinato ubicada en el área urbana de Flandes, en la carrera 8ª entre calles 13 y 14, que consta de siete piezas con puertas a la calle, números 13-59, 13-63, 13-67, 13-71, 13-73, 13-79 y 13-81, levantada en bahareque, techos de zinc, pisos de cemento, cocina de la misma construcción, lavadero, instalaciones de agua y luz, sanitario de hoyo, y que se halla alinderada así: "Por el Norte, con propiedad de Venancia Lozano; por el Sur, con propiedad de Evelio Bello; por el Occidente, con propiedad de Julio Calderón Tejada Barriga; y por el Oriente, con la carrera 8ª de la ciudad de Flandes".

2º—CONDENASE al demandado ALFONSO ALDANA a pagar en manos de MARIA DE JESUS HERNANDEZ GONGORA y para la sucesión de José María Hernández el valor de los frutos de la misma casa de inquilinato, desde el 1º de enero de 1957 hasta la fecha de la restitución, en calidad de poseedor de mala fe, y la cuantía líquida en dinero se fijará por el procedimiento determinado por el artículo 553 del Código Judicial.

No prosperan las demás súplicas.

Sin costas en casación.

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

Enrique Coral Velasco. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — Enrique López de la Fava, con Salvamento de Voto. — Arturo C. Posada. — José Hernández Arbeláez. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ENRIQUE LOPEZ DE LA FAVA

RESUMEN:

El fallo anterior reposa primordialmente sobre la tesis de que el derecho de retención confiere a su titular acción para recuperar la cosa sobre que ese derecho recae cuando el mismo titular ha sido despojado de ella por medios ilícitos o vías de hecho y esta tesis introduce un cambio sustancial en la manera como la Jurisprudencia de la Corte, en concordancia con la doctrina, ha apreciado y tratado este fenómeno jurídico.

El derecho de retención no obra sino como excepción, o sea, como una defensa del tenedor contra el deudor de su crédito. Mientras éste no sea pagado, el tenedor puede resistirse a restituir la cosa, conservando su tenencia. En su carácter de excepción, el derecho de retención no está amparado por acción alguna para recuperarla cuando por cualquier razón se produce su pérdida. Sin embargo, como si retenedor ejerce la tenencia de la cosa que es objeto de la retención, sucede que dicha tenencia sí está amparada por acciones que permiten su recuperación cuando se la pierde. El artículo 984 del C. Civil confiere al tenedor la acción extraordinaria de am-

para para recuperar la tenencia de una cosa cuando ésta le ha sido usurpada. Tal acción surge del hecho de la tenencia que se ejerce sobre la cosa, prescribe en seis meses y se ventila a la manera especial de los interdictos posesorios, según el artículo 1117 del C. Judicial.

El fallo anterior reposa primordialmente sobre la tesis de que el derecho de retención confiere a su titular acción para recuperar la cosa sobre que ese derecho recae cuando el mismo titular ha sido despojado de ella por medios ilícitos o vías de hecho.

En casación de 26 de mayo de 1936 asentó la Corte la teoría de que, teniendo en consideración lo prescrito por el artículo 2417 del C. Civil, "entre nosotros el derecho de retención no existe como principio general o institucional, sino como casos de excepción cuando la ley expresamente lo consagra" (XLIV-1914-1915, 55).

Haciendo referencia a la naturaleza y a los efectos del derecho de retención, dijo la misma Corte en casación de 27 de octubre de 1938: "El derecho de retención es el rehusamiento legítimo a la restitución de una cosa. El que retiene una cosa no está obligado a desasirse de ella cuando tiene prestación qué demandar, como consecuencia de la acción personal o real intentada contra él y en que ha sido vencido..... En cuanto a la naturaleza del derecho de retención la Corte se inclina a considerarlo como un derecho real imperfecto, o sea que puede ejercitarse mientras el poseedor vencido o el arrendatario esté en posesión de la cosa, pero que perdida ésta no le queda sino una acción personal y directa contra el dueño o contra el arrendador. La garantía envuelta en el derecho de retención es la esencia de éste: perdida esa garantía, no puede recuperarse, porque no se trata de una acción verdaderamente real por su naturaleza como la que nace de la prenda" (XLVII-1942, 316).

La misma tesis anterior de que el derecho de retención no confiere acción para recuperar la cosa cuando se ha perdido su tenencia, fue prohijada por la Sala de Negocios Generales de la Corte en fallo de 22 de abril de 1954 (LXXVII-2140, 520).

Acerca de la tesis en referencia dicen Planiol y Ripert: "El derecho de retención no es otra cosa que la negativa legítima de restitución; el retenedor no está obligado a desasirse de la cosa por motivo de la acción personal o real propuesta contra él. Todo su derecho se reduce a ello..... Si el retenedor pierde la posesión, no hay medio alguno de recuperar la cosa. Se citan tres casos excepcionales en que existe este derecho: el del arrendador, el del acreedor prendario y el del vendedor; pero los dos primeros, más que un derecho de retención, tienen un derecho real de prenda; cuanto al vendedor, su derecho de reivindicación se explica por su origen histórico; él proviene de otra fuente. En ningún caso el derecho de persecución se deriva del derecho de retención. Hay una buena razón para ello y es la de que el derecho de retención resulta de una excepción, simple medio de defensa, y el derecho de persecución supone la existencia de una acción" ("Traité élémentaire de Droit Civil", t. II, Nos. 2529 y 2530).

En la edición del mismo Tratado de Planiol, dirigida por Ripert y Boulanger (t. II, Nos. 3283 y 3286) se expresa: "Así mirado (el derecho de retención), sólo aparece como una excepción. El retenedor rehusa legítimamente la restitución de la cosa que le es reclamada mediante una acción personal o en virtud de una acción real.

"Pero esta excepción no opera sólo en las relaciones entre el retenedor y su deudor, sino que es oponible a cualquier demandante. Puede ser opuesta a los otros acreedores del mismo deudor, sea que obren por acción indirecta o por acción directa. Puede oponerse al dueño de la cosa y a los adquirentes de la propiedad.

"Se trata, pues, de una excepción de oponibilidad absoluta. Por este carácter de oponibilidad absoluta el derecho de retención parece ser un derecho real. No confiere ninguna ventaja y sólo otorga la posibilidad de oponerse a que otros disfruten de los beneficios de la cosa.

"Si el retenedor pierde la tenencia o la posesión de la cosa, no hay medio de recuperarla. Mejor aún, si la recupera a otro título, no puede ya ejercer el derecho de retención en virtud de su antiguo crédito. El retenedor tiene una excepción, pero no una acción".

En su "Tratado de Derecho Civil y Comercial" (t. IV, parágrafo 108, No 14, p. 168) dice Messineo que el derecho de retención opera como excepción y presupone la iniciativa del deudor o propietario de la cosa contra el tenedor de la misma, y agrega: "En sustancia, la retención consiste en resistir a una acción que nace de una obligación de restitución que incumbe al retenedor".

Josserand sostiene también que el derecho de retención actúa por vía de excepción y no de acción ("Derecho Civil", t. II-II, Nº 1471), y que tal derecho no es real, aunque no puede dejar de verse en él una "garantía real" ("El espíritu de los derechos y su relatividad", Nº 30).

Carlos López de Haro, en su obra "El Derecho de retención" (XIII y XIV), dice: "Un carácter fundamental del **jus retentionis** es el de ser una excepción, no un derecho dotado de actividad. Es un hecho que se presenta como excepción, según repetidamente hemos dicho. Fundado en la equidad no está adornado de acciones, sino garantido por el hecho.

"No hallamos en las leyes, ni entraría en el concepto de la institución, un carácter activo al **jus retentionis**, una acción procesal para constituir la retención o para constituída mantenerla, salvo lo que diremos al tratar del orden adjetivo.

"No obstante, si no hubiera acciones para mantener la retención, ésta sería un hecho sin valor jurídico, y como el hecho es de carácter posesorio y con valor y eficacia, ha de estar adornado de las acciones inherentes a ese carácter, acciones posesorias.

"La retención no goza de acciones, pero la posesión de la cosa, en estado de retención, está amparada por las leyes. No se podrá alegar la retención como derecho sino excepcionado, pero si se ataca el estado de hecho de la retención, su defensa toma carácter activo y surgen las acciones posesorias".

El expositor Arturo Acuña Anzorena, en su tratado sobre "El Derecho de retención en el Código Civil argentino", Nº 27, afirma: "Ya hemos visto que en su nacimiento este derecho apareció como una excepción —exceptio doli mali—. Su naturaleza no ha cambiado. Para las legislaciones modernas, la retención no tiene otro efecto que paralizar la acción de aquel que reclama la restitución de la cosa sobre que se ejercita. Su misión es defender y no atacar; el que lo esgrime, no obra nunca como demandante, pero sí como demandado. La actitud del retentor es simplemente pasiva. El que ejercita la retención no crea una situación de hecho, lo opone únicamente con el fin de conservar una situación de hecho". Y en el número 48 de la misma obra dice el propio Acuña: "Tiene el derecho de retención, como creación jurídica independiente, acciones que le sean propias, esto es, reconocidas a su titular por la retención misma? No. El acreedor retentor no goza, por el hecho de su retención, de una acción especial para recuperar el objeto, debiendo recurrir, en todos los casos, a las que se acuerden al poseedor desposeído".

El abogado chileno Rubén Venegas Rodríguez, en su obra intitulada "El Derecho de retención", Nº 312, sostiene: "Cuando el acreedor retencionario ha perdido las cosas retenidas o se las han robado, no puede pedir la restitución a los terceros en cuyo poder las encuentre, tal como podría hacerlo el acreedor garantizado con prenda o hipoteca.

"Esto es, el retenedor no disfruta del derecho de seguimiento o persecución, derecho éste que en ningún caso deriva de la retención.

"Si el acreedor hace abandono voluntario de la posesión o tenencia de la cosa que detiene, desaparece el derecho de retener, es decir, pierde todo derecho sobre las cosas retenidas, puesto que como lo hemos dicho antes, este derecho tiene por base la posesión o tenencia, y si el acreedor comete la imprudencia de abandonarlas pierde la ventaja que la ley le concede, la facultad de retener las cosas. Por consiguiente, de un derecho extinguido no podrá nacer acción alguna contra terceros. Esto no precisa mayores explicaciones.

"Pero supongamos ahora que el acreedor no abandona voluntariamente lo posesión o tenencia de las cosas, sino que se le despoja clandestina y violentamente. En este caso, podría el acreedor reclamar la reintegración, persiguiendo las cosas en manos de terceros?

"Algunos autores pretenden que en este caso el retenedor puede recuperar las especies que poseía o detenía, intentando las acciones que la ley confiere para recuperar la posesión.

"Por nuestra parte pensamos que el acreedor retenedor que ha sido privado en forma violenta de la posesión de las cosas que detenía, no puede en su calidad de tal, accionar para obtener de parte de los terceros poseedores la restitución. Es verdad que los poseedores pueden entablar las acciones posesorias para recuperar su posesión, y el mero tenedor puede igualmente deducir acción posesoria especial para obtener el restablecimiento de las cosas al estado en que se hallaban antes del despojo violento. Los meros tenedores, según nuestro Código Civil, en dos casos especiales, tienen acción real para reclamar la cosa contra toda per-

sona, cuando hayan perdido la tenencia, y son el caso del secuestre y el del acreedor prendario.

"Mas, en los casos precedentes, si bien es cierto que el acreedor puede perseguir en manos de terceros las cosas que poseía o detenía y de las cuales ha sido violentamente despojado, no es menos cierto que él actúa, no en su calidad de retenedor, haciendo valer un derecho derivado del derecho de retención, sino que actúa como simple poseedor o mero tenedor, ejercita una acción de carácter excepcional que la ley otorga expresamente y como tal sería arbitrario se extendiera esta misma acción al acreedor retencionario".

El derecho de retención consiste en la facultad del tenedor de una cosa de rehusar la restitución de ésta a otra persona mientras no se le pague a dicho tenedor lo que se le debe por causa del mismo bien. En la situación que da lugar al derecho de retención se conjugan tres factores: la tenencia de una cosa, un crédito del tenedor y el derecho de retención propiamente dicho, esto es, la negativa a la entrega de la cosa hasta que no se cubra el crédito aludido. El derecho de retención no obra sino como excepción, o sea, como una defensa del tenedor contra el deudor de su crédito. Mientras éste no sea pagado, el tenedor puede resistirse a restituir la cosa, conservando su tenencia. En su carácter de excepción, el derecho de retención no está amparado por acción alguna para recuperarlo cuando por cualquier razón se produce su pérdida.

Sin embargo, como el retenedor ejerce la tenencia de la cosa que es objeto de la retención, sucede que dicha tenencia sí está amparada por acciones que permiten su recuperación cuando se la pierde. El artículo 984 del C. Civil confiere al tenedor la acción extraordinaria de amparo para recuperar la tenencia de una cosa cuando ésta le ha sido usurpada. Tal acción surge del hecho de la tenencia que se ejerce sobre la cosa, prescribe en seis meses y se ventila a la manera especial de los interdictos posesorios, según el artículo 1117 del C. Judicial.

El derecho de retención, en sí mismo considerado, esto es, en su carácter de excepción —perentoria desde luego— no otorga al retenedor acción alguna para recuperar la cosa de que ha sido despojado: pero como dicho retenedor ejerce la tenencia sobre tal cosa, esta tenencia sí le confiere acción para obtener su restitución cuando la ha perdido. Esta acción, llamada por unos acción extraordinaria de amparo y por otros querella de despojo violento, nace, no del derecho de retención propiamente dicho, sino del hecho de la tenencia que el retenedor ejerce sobre la cosa que es materia de la retención. Y en la litis a que da lugar no se discute ni hay que probar derecho alguno, sino sólo la tenencia pacífica del actor y el hecho del despojo.

En el caso presente sostiene la sentencia anterior que el derecho de retención confiere al retenedor acción para recuperar la cosa de que ha sido violentamente despojado y admite de manera implícita que esa acción fue debidamente ejercitada por la vía ordinaria y un año y medio después de causada la usurpación de que se querella la parte demandante. Las razones que se dejan expuestas con el respaldo de la doctrina transcrita, se encaminan a justificar la discrepancia del suscrito Magistrado de la tesis en que se sustenta la sentencia expresada, tesis que introduce un cambio sustancial en la manera como la jurisprudencia de la Corte, también en concordancia con la doctrina, ha apreciado y tratado el fenómeno jurídico del derecho de retención.

Fecha, ut supra.

Enrique López de la Pava.



NO SE CASA LA SENTENCIA QUE DESPACHO DESFAVORABLEMENTE LA PETICION REIVINDICATORIA, EN FAVOR DE UNA SUCESION, SOBRE LA MITAD INDIVISA DE UN INMUEBLE URBANO

Poder judicial para recurrir en casación. Régimen de bienes durante el matrimonio. Efectos jurídicos del remate en juicio ejecutivo.

1.—Aunque el recurso de alzada y el de casación por su naturaleza y fines nunca podrían equipararse, no se desprende que el apoderado judicial en la instancia esté privado de facultad para interponer el recurso extraordinario ante la Corte, sino es por restricción expresa en el respectivo poder, como sería si estuviera limitado a la sola segunda instancia. Cuando la ley estatuye la necesidad de cláusula explícita para la procuración judicial en determinadas materias, funda excepciones de interpretación restrictiva y no susceptibles de interpretación analógica; de suerte que las hipótesis no comprendidas claramente en el texto excepcional quedan regidas por los principios comunes: inclusio unius est exclusio alterius. Ahora bien: si "el poder otorgado para un juicio se entiende conferido para el de ejecución de la sentencia que puede subseguir" (artículo 263 del C. J.), con mayor razón faculta al apoderado para interponer y sustentar el recurso de casación, salvo cláusula en contrario expresada en el respectivo título de representación.

2.—"Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera" (ley 28 de 1932, artículo 1º). Esta plena autonomía de cada uno de los cónyuges para administrar y disponer de los bienes que en su cabeza figuren, los sitúa frente a terceros en plano de igualdad para contratar, con aptitud de crédito no restringida por el hecho de que la sociedad conyugal se forme ipso iure en el momento mismo del matrimonio y perdure hasta la muerte o cualquier otro evento en que con arreglo a las leyes civiles la sociedad entre marido y mujer deba liquidarse.

3.—Dentro del régimen de bienes en el matrimonio, tanto la mujer como el varón poseen plena capacidad de adeudamiento. Y si contraen separadamente obligaciones, en favor de los respectivos acreedores existe prenda común sobre los bienes que aparecen bajo titularidad del cónyuge deudor y tienen el derecho de perseguir la ejecución sobre esos mismos bienes (artículo 2488 del C. Civil), aunque la actividad jurídico-económica de cada uno de los dos cónyuges proyecte sus efectos favorables o adversos sobre la sociedad formada a tiempo de la celebración del matrimonio. La seguridad jurídica así lo exige en salvaguarda de los intereses de terceros contratantes. Lo cual redunda en abonada línea crediticia para cada cónyuge en particular, que no existiría sino con grave menoscabo o en grado insignificante, si los respectivos acreedores se vieran expuestos por la ley a soportar situaciones imprevisibles, emanadas de la disolución de la sociedad conyugal, cuya existencia no es activa sino para los efectos de su liquidación, con mucha frecuencia en el caso ordinario de la muerte de uno de los cónyuges.

4.—Si mientras viven ambos cónyuges es de evidencia indiscutible que los acreedores de cada uno de los dos pueden perseguir

el pago con el producto del remate de inmuebles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio por el cónyuge deudor, el fenómeno sucesorio, en que el heredero ocupa el mismo lugar del causante, no puede disminuir la prenda común o en forma alguna conceder al sucesor favores o prerrogativas que no tuvo ni tendría el de cuius: La posición jurídica de los acreedores permanece inmodificable ante el hecho de que la muerte de uno de los cónyuges disuelva el matrimonio y la sociedad conyugal deba liquidarse. Por eso preceptúa el artículo 1395 del C. Civil: "Si el patrimonio del difunto estuviere confundido con bienes pertenecientes a otras personas por razón de bienes propios o gananciales del cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas, u otro motivo cualquiera, se procederá en primer lugar a la separación de patrimonios, dividiendo las especies comunes según las reglas precedentes".

5.—El remate en juicio ejecutivo es justo título que coloca en posesión regular al rematante de buena fe, y le confiere el dominio en cuanto lo hubiese el ejecutado.

6.—Aun en la hipótesis de que bienes gananciales radicados en cabeza del marido sobreviviente no pudieran en derecho perseguirse para el pago de deudas por él mismo contraídas, la titularidad para reivindicarlos durante la indivisión no correspondería a la herencia del premuerto. Tiene que pedirse para la sociedad conyugal, a fin de luego separar patrimonios mediante su liquidación entre el cónyuge sobreviviente y la dicha herencia del cónyuge premuerto. Sólo después de esta cuenta que comprende el pago de deudas, podrá saberse si la titularidad de la acción pasó y en qué medida de la sociedad conyugal a la herencia del cónyuge difunto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, tres (3) de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Ante el juez del Circuito de Duitama Rosalba Caro León de Castañeda llamó a juicio por la vía ordinaria a José del Carmen Valcárcel con estas peticiones:

"a) Que la mitad indivisa de la finca, compuesta de casa, el sitio en que se encuentra y solar adyacente, ubicada en la carrera 18, marcada en su entrada principal con el número 16-72, de la actual nomenclatura, anteriormente carrera 11 número 11-52, dentro del área urbana de Duitama, cuyos linderos daremos más adelante, pertenece exclusivamente a la sucesión de la señora Elvia María León de Caro, a quien representa, sin perjuicio de otros herederos, la señora demandante.

"b) Que se condene al demandado señor Valcárcel a restituir a la prenombrada sucesión, por intermedio de la actual actora, en su calidad dicha, una vez ejecutoriada la sentencia, el mencionado inmueble, con todos sus accesorios que se especificarán en los hechos de este mismo escrito.

"c) Que se condene al demandado a pagar a favor de la citada sucesión los frutos naturales y civiles del referido inmueble, a partir de la fecha en que el demandado tomó de su cuenta como poseedor y dueño la totalidad de la mencionada finca hasta su definitiva restitución, incluso el lucro cesante de los referidos frutos, obligación que debe cumplir una vez ejecutoriada la decisión final a favor de dicha comunidad representada por la señora demandante.

"d) Que se condene al demandado a pagar las costas procesales a favor de la señora demandante".

La cuestión de hecho ha consistido:

1) en que Samuel Caro Torres, quie contrajo matrimonio con Elvia María León el 28 de noviembre de 1930, adquirió de Luis Morales V. por compra hecha según escritura 844 de 18 de diciembre de 1944 otorgada en la Notaría 2ª de Santa Rosa de Viterbo el inmueble determinado en la demanda y conocido con el nombre de La Esperanza en el área urbana de Duitama;

2) en que Elvia María falleció el 25 de septiembre de 1950; y

3) en que dentro del proceso ejecutivo contra Caro Torres con mandamiento de pago que le fue notificado el 14 de junio de 1951 a causa de tres letras de cambio de que fue aceptante, una de las cuales tiene por giradora a Elvia María, se llevó a efecto en tercera licitación adjudicada a José del Carmen Varcárcel, el remate de aquel inmueble en diligencia aprobada el 20 de septiembre de 1956.

Resolvió la controversia en primera instancia el Juez Civil del Circuito de Duitama con pronunciamiento absolutorio del 30 de junio de 1959, que impuso las costas a la demandante.

Esta apeló, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo proveyó en confirmación con fecha 5 de mayo de 1960.

Ahora conoce la Corte del recurso de casación interpuesto por la parte vencida.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La motivación esencial del sentenciador se halla en que la titularidad sobre el inmueble reivindicado corresponde al rematante José del Carmen Valcárcel y no a la demandante Rosalba Caro León de Castañeda, por cuanto el artículo 1052 del Código Judicial "determina que 'la diligencia de remate, y el auto de su aprobación, se equiparan a escritura pública, y, por tanto, si se trata de inmuebles u otras cosas cuya tradición requiera registro, debe inscribirse en la respectiva oficina, de preferencia en vista del expediente...'".

Trae citas doctrinales y agrega:

"Ahora, si consideramos que el artículo 745 del Código Civil indica que 'para que valga la tradición se requiere un título traslaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.,' con el aditamento de que éste sea válido en relación con la persona a quien se confiere, como el arriba aludido, no puede concluirse en otra forma que reconociendo a José del Carmen Valcárcel como legítimo y exclusivo dueño de la finca descrita en la declaración a) de la demanda.

"Tenemos, pues, que el remate en que el bien cuestionado se adjudicó a Valcárcel tiene vida legal perfecta, ya que el juicio ejecutivo en que él tuvo cumplimiento no fue revisado por autoridad competente alguna, en que tanto éste como la subastación consecuencial hubiesen sido declarados no válidos. Y si así no se hizo, es de evidente criterio jurídico llegar a la diáfana conclusión de que los efectos de aquella licitación no permiten considerar que el inmueble relacionado en la demanda pudo haber entrado a ser parte de la herencia de Elvia María León de Caro y así poder reivindicarlo por parte de todos o alguno de sus herederos, porque, se repite, las actuaciones ejecutivas están firmes, sus consecuencias son irrevocables ante la ley y conservan el valor que la justicia les otorgó luego de un debate desarrollado con el cumplimiento u observancia de las normas procesales pertinentes.

"Con la evidencia de lo anterior, se determina que Rosalba Caro León de Castañeda reclama la reivindicación de la mitad de un inmueble de propiedad de José del Carmen Valcárcel, sin derecho alguno en razón de la adquisición legítima que éste hizo de la misma mitad en venta forzosa, o sea en subasta pública, ante el señor Juez Unico Civil del Circuito de Duitama".

Y al final expresa:

"Para el éxito de las declaratorias como la pedida en el libelo comentado, dice la H. Corte en sentencia de 3 de agosto de 1943, que 'es indispensable, entre otras cosas, la de ser el reivindicador dueño exclusivo de la cosa que se pretende recobrar por medio de esta acción (la reivindicatoria), lo que está indicando que la cosa singular le pertenezca a él únicamente y no a otro cualquiera'.

"En el caso considerado tal condición no aparece, y sí, en cambio, está la plena prueba del derecho de dominio y propiedad (sic) del demandado Valcárcel como adquirente de buena fe, con titulación completa".

LA IMPUGNACION

Alejada de la técnica propia del recurso, la demanda invoca la causal 1ª, por "apreciación de las pruebas por error evidente de hecho y violación de la ley sustantiva, por infracción directa.

"Los artículos del Código Judicial infringidos son: 311, Nº 3º, 741, 742, 593, 596, 997,999; 1008 y 1050, y, del Código Civil, 17, 673, 740, 741, 744, 752, 756, 949, 946, 950, 952, 1434,1781; Nº 5º; 1789, Nos. 2º y 3º, 1759, 1806, 1871; Ley 28 de 1932, numerales 1º y 2º (sic), y artículo 26 de la Constitución Nacional".

Sostiene el recurrente que el inmueble comprado por Samuel Caro pertenece a la sociedad conyugal habida con Elvia María León y que "por consiguiente tiene dos sujetos activos: el cónyuge sobreviviente y la sucesión de la cónyuge muerta, representada por todos sus hijos herederos". Afirma que el sentenciador "apreció mal las partidas de estado civil y la escritura 844 de 18 de diciembre de 1944, de la Notaría 2ª del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, por la cual Samuel Caro adquirió el inmueble, dentro del matrimonio, cometiendo un error de hecho que condujo a

la violación, por infracción directa (sic) de los artículos 471, 472, 593 del Código Judicial, y 948, 946, 950, 952 y 964 del Código Civil. Critica el fallo acusado en cuanto dice que Rosalba Caro León de Castañeda 'no se acreditó dentro del juicio como dueño exclusivo de la cosa a reivindicar' con olvido de que la acción intentada no versa sobre cuerpo cierto, sino sobre cuota determinada proindiviso de una cosa singular, reivindicable según el artículo 949 del Código Civil. Aduce argumentos en el sentido ya expresado de que el inmueble pertenece por mitad al cónyuge vivo y al cónyuge muerto "por pertenecer a la comunidad conyugal indivisa".

Por otro aspecto, expone:

"El remate de la totalidad del inmueble se realizó para pagar deudas que gravitaban contra Samuel Caro, a favor de Noemí González y de Juan Ricaurte.

"Si los créditos fueron sociales, como su pago no se persiguió sino únicamente contra Samuel Caro y no contra la sucesión de Elvia María León, es claro que, de acuerdo con los artículos 999, numeral 6º del Código Judicial y 2488 del Código Civil no había acción para perseguir bienes distintos a los propios del ejecutado. Pero desde que se persiguieron los bienes de la sucesión, sin estar ésta ejecutada, es porque se infringieron los artículos antes citados, cuya infracción directa trascendió a la naturaleza de la diligencia de remate.

"Pero como tales deudas no son sociales, lógicamente se infiere que, de acuerdo con los artículos 2º, Ley 28 de 1932 y 1796, numerales 2º y 3º del Código Civil, la infracción directa (sic) no sólo ocurrió, por apreciación de la prueba contra la evidencia procesal, en los artículos acabados de referir sino en los artículos 593, 596 del Código Judicial y 948, 946 y concordantes antes citados".

Cuanto al remate observa que si se equipara a escritura pública el acta respectiva, "no hace fe contra terceros, como es la sucesión de Elvia María León"; y que "como título traslaticio de dominio solamente es capaz de producir este efecto cuando el tradente es legítimo dueño de la cosa rematada".

El libelo de casación alude además a que la sucesión de Elvia María es un tercero en el ejecutivo seguido contra Samuel Caro y por lo mismo no puede afectarla; que si bien el Juez del conocimiento ordenó la notificación del recaudo 'a los que figuran como interesados en el sucesorio de Elvia María León de Caro', y en efecto fueron notificados el apoderado judicial de Rosalba Caro León y el curador ad-litem de las menores púberes Rosalba y Emma Caro León, no puede desatenderse que conforme al art. 312, numeral 3º, del Código Judicial, toda notificación a 'terceros' debe hacerse personalmente, y no a su apoderado o al curador ad litem.

Insiste en que el Tribunal confundió la acción reivindicatoria de cosa singular con la que tiene por objeto una cuota determinada proindiviso sobre una especie, por lo que negó la titularidad de la actora "con equivocada aplicación del artículo 946, tomándolo aisladamente del 949, que es el principalmente aplicable a la litis....."

Insiste también, por último, en el carácter traslaticio del remate en juicio ejecutivo, se refiere a la cita que hace la sentencia, de los artículos 741 y 745 del Código Civil y dice el recurrente:

"Al aplicar estos artículos, la sentencia los desconoce su sentido traslaticio, es decir, el de trasladar del tradente al adquirente el derecho objeto de la venta, traslado que solamente se puede efectuar cuando él existe realmente en cabeza del tradente, en forma que en caso negativo nada puede recibir el adquirente, que es el caso preciso que sucede con el demandado señor Valcárcel, quien no ha adquirido por medio del remate, la cuota de dominio que sobre la sucesión de Elvia María León, puesto que el supuesto tradente señor Samuel Caro no era el dueño de ese derecho".

LA OPOSICION

El opositor no sólo aduce argumentos para replicar el libelo, sino que pide la declaratoria de desierto, porque en su sentir es necesaria cláusula especial que faculte al apoderado en la instancia para interponer el recurso de casación, desde luego que difiere fundamentalmente del recurso de alzada.

CONSIDERACIONES:

Preliminar.—Aunque el recurso de alzada y el de casación por su naturaleza y fines nunca podrían equipararse, no se desprende que el apoderado judicial en la instancia esté privado de facultad para interponer el recurso extraordinario ante la Corte, si no es por restricción expresa en el respectivo poder, como sería si estuviera

'limitado a la sola segunda instancia'.

Cuando la ley estatuye la necesidad de cláusula explícita para la procuración judicial en determinadas materias, funda excepciones de interpretación restrictiva y no susceptibles de aplicación analógica; de suerte que las hipótesis no comprendidas claramente en el texto excepcional quedan regidas por los principios comunes: **inclusio unius est exclusio alterius**.

Ahora bien: si "el poder otorgado para un juicio se entiende conferido para el de ejecución de la sentencia que puede subseguir" (263 C. J.), con mayor razón faculta al apoderado para interponer y sustentar el recurso de casación, salvo cláusula en contrario expresada en el respectivo título de representación.

1.—"Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenecen al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera". (1º, Ley 28 de 1932).

Esta plena autonomía de cada uno de los cónyuges para administrar y disponer de los bienes que en su cabeza figuren, los sitúa frente a terceros en plano de igualdad para contratar, con aptitud de crédito no restringida por el hecho de que la sociedad conyugal se forme **ipso iure** en el momento mismo del matrimonio y perdure hasta la muerte o cualquier otro evento en que con arreglo a las leyes civiles la sociedad entre marido y mujer deba liquidarse.

2.—Por consiguiente, dentro del régimen de bienes en el matrimonio tanto la mujer como el varón poseen plena capacidad de endeudamiento. Y si contraen separadamente obligaciones, en favor de los respectivos acreedores existe prenda común sobre los bienes que aparecen bajo titularidad del cónyuge deudor y tienen el derecho de perseguir la ejecución sobre esos mismos bienes (2488 C. C.), aunque la actividad jurídico-económica de cada uno de los dos cónyuges proyecte sus efectos favorables o adversos sobre la sociedad formada a tiempo de la celebración del matrimonio. La seguridad jurídica así lo exige en salvaguarda de los intereses de terceros contratantes. Lo cual redunda en abonada línea crediticia para cada cónyuge en particular, que no existiría sino con grave menoscabo o en grado insignificante, si los respectivos acreedores se vieran expuestos por la ley a soportar situaciones imprevisibles, emanadas de la disolución de la sociedad conyugal, cuya existencia no es activa sino para los efectos de su liquidación, con mucha frecuencia en el caso ordinario de la muerte de uno de los cónyuges.

3.—Si mientras viven ambos —marido y mujer— es de evidencia indiscutible que los acreedores de cada uno de los dos pueden perseguir el pago con el producto del remate de inmuebles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio con el cónyuge deudor, el fenómeno sucesorio, en que el heredero ocupe el mismo lugar del causante, no puede disminuir la prenda común o en forma alguna conceder al sucesor favores o prerrogativas que no tuvo ni tendría el de **cuius**. La posición jurídica de los acreedores permanece inmodificable ante el hecho de que la muerte de uno de los cónyuges disuelva el matrimonio y la sociedad conyugal deba liquidarse.

4.—La comunidad que aparece entre el cónyuge sobreviviente y la herencia del difunto al disolverse el matrimonio, comprende tanto el activo como el pasivo. Y está llamada a liquidación precisamente para deducir en concreto el lote de bienes que corresponde por separado a cada partícipe. Ello entre otras cosas supone la atención previa al pago de las deudas contraídas por uno y otro cónyuge. De ese modo, antes de que se efectúe el acto partitivo no existe titularidad concreta para la herencia del cónyuge premuerto sobre la especie o sobre una fracción determinada de ninguna de las cosas singulares adquiridas a título oneroso durante el matrimonio por el cónyuge supérstite.

Por eso preceptúa el artículo 1398 del Código Civil:

"Si el patrimonio del difunto estuviere confundido con bienes pertenecientes a otra persona por razón de bienes propios o gananciales del cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas, u otro motivo cualquiera, se procederá en primer lugar a la separación de patrimonios, dividiendo las especies comunes según las reglas precedentes".

5.—El remate en juicio ejecutivo es justo título que coloca en posesión regular al rematante de buena fe, y le confiere el dominio en cuanto lo hubiese él ejecutado. Aquí lo tenía Samuel Caro Torres ante terceros, por el registro de la escri-

tura 844 y en virtud de la Ley 28 de 1932. Por ello lo transfirió al rematante José del Carmen Valcárcel.

Pero aún en la hipótesis de que bienes gananciales radicados en cabeza del marido sobreviviente no pudieran en derecho perseguirse para el pago de deudas por el mismo contraídas, la titularidad para reivindicarlos durante la indivisión no correspondería a la herencia del premuerto. Tiene que pedirse para la sociedad conyugal, a fin de luego separar patrimonios mediante su liquidación entre el cónyuge sobreviviente y la dicha herencia del cónyuge premuerto. Sólo después de esta cuenta, que comprende el pago de deudas, podrá saberse si la titularidad de la acción pasó y en qué medida de la sociedad conyugal a la herencia del cónyuge difunto.

6.—Sin duda el sentenciador consideró aplicables normas y doctrinas inadecuadas, porque no se ha referido el litigio a la reivindicación de una especie o cuerpo cierto, sino a la prevista por el artículo 949 del Código Civil para "una cuota determinada proindiviso de una cosa singular". Pero como la falta de titularidad en la sucesión para la cual se pide, está demostrada por las consideraciones que anteceden, no existe legitimación en la causa, el fallo absolutorio se predica y es bastante la corrección doctrinal para que se llenen los fines del recurso extraordinario. Lo cual exonera al recurrente de las costas en casación.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 5 de mayo de 1960 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo.

Sin costas en casación.

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

Enrique Coral Velasco. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — Enrique López de la Pava. — Arturo C. Posada. — José Hernández Arbeláez. — El Secretario, Ricardo Ramírez L.

NO SE INVALIDA LA SENTENCIA QUE DECLARO RESUELTO UN CONTRATO DE PERMUTA DE INMUEBLES Y CONDENO A LA PARTE INCUMPLIDA AL PAGO DE LOS PERJUICIOS CONSIGUIENTES

Acción resolutoria por incumplimiento en los contratos bilaterales. La resolución conlleva condena de perjuicios.

1.—En casación de 29 de mayo de 1942 (LIX, 117), se consagra la doctrina de que el hecho de haberle recibido el vendedor al comprador algunos abonos, después de vencido el plazo para pagar el precio, no implica la renuncia de la acción resolutoria, porque si el vendedor no logra el pago total, que es para él la finalidad obvia del contrato, bien puede demandar la resolución, como quiera que el facilitarle al comprador el cumplimiento de su deuda, no es incompatible con la expresada acción. De la misma manera, y ya en referencia al caso de autos, en el cual una de las partes permutantes dejó transcurrir el año de plazo que se había acordado, sin obtener la titulación del terreno baldío que permutaba, el hecho de haber suscrito los permutantes que formaron la contraparte una nueva petición a las autoridades del ramo, con el objeto de titular la finca, no puede tomarse como medio extintivo de la acción resolutoria, la cual, según dicha doctrina, no habiéndose ejercido y en el supuesto de que la titulación no se lograra, podría ser incoada luégo, lo que no sería posible si la nueva petición implicara la renuncia de la acción.

2.—Es doctrina de la Corte la de que en tratándose de la acción resolutoria tácita, que como instrumento general para los contratos bilaterales consagra el artículo 1546 del C. Civil, y para la venta y la permuta estatuyen en particular los artículos 1882 y 1930, la resolución por falta de cumplimiento de la obligación de uno de los contratantes, conlleva la condena de perjuicios por el solo hecho de la resolución. "Es injurídico (Casación XXXI, 62) absolver al demandado de la petición de perjuicios por infracción de un contrato alegando que la existencia de éstos no se halla debidamente acreditada en autos". Esta jurisprudencia ha sido reiterada, como puede verse en la Gaceta Judicial, T. XLIV, 526.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, cuatro de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio ordinario de Cristóbal Franco A. y Enrique Restrepo contra Antonio Aristizábal y otros.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, fechada el 10 de marzo de 1960.

Recurrente: el demandado Antonio Aristizábal.

— I —

ANTECEDENTES

1.—Cristóbal Franco A. y Enrique Restrepo G., por una parte, y Antonio Aristizábal, por otra, celebraron el contrato de permuta de que da cuenta la escritura Nº 2846, de 11 de junio de 1956, de la notaría tercera del circuito de Medellín.

Los primeros dijeron transferir al último cuatro

lotes de terreno, Nos. 31, 40, 41 y 42, de la "Urbanización "Bedout Tamayo", situada en el municipio de Medellín y alinderados como reza la citada escritura.

El último, a los primeros, una finca rural de setecientas treinta y siete y media hectáreas, con distintas mejoras, conocida con el nombre de "Santa Victoria", ubicada en el Municipio de Puerto Berrío y determinada por los linderos que trae el último título.

2.—En la escritura se hizo constar que el permutante Aristizábal tenía el carácter de colono de los terrenos componentes del fundo en referencia, y además la obligación de entregar a Franco A. y Restrepo G. la titulación de dichos terrenos, en el plazo de un año.

3.—Este plazo discurrió sin que se les hubiesen entregado los títulos en referencia, motivo por el cual demandaron en el Juzgado 2º civil del circuito de Medellín, al mismo Antonio Aristizábal, a Juan Bautista Botero, Dr. Bernardo Botero Mejía, Gustavo Duque Osorio y Bernardo, Ana y Teresa Palacios S., en su carácter de compradores y poseedores de los lotes de terrenos recibidos por Aristizábal, a fin de que se declare la resolución del contrato de permuta: se condene a Aristizábal a pagar los perjuicios causados por la falta de cumplimiento del contrato, y a los demás demandados a restituir los lotes de terreno de que son poseedores, libres de gravámenes, y con los frutos que debe satisfacer el poseedor vencido de buena fe; y subsidiariamente, que Aristizábal sea condenado a pagar a los demandantes los perjuicios originados del incumplimiento del contrato.

4.—Con la oposición de los demandados prosiguió el juicio. El Juez le puso término a la primera instancia con sentencia de 17 de agosto de 1959, que declaró resuelto el contrato de permuta; condenó a los poseedores a restituir los inmuebles, libres de gravámenes y con los frutos, considerados ellos como poseedores de buena fe; a Aristizábal, a pagar los perjuicios causados por el incumplimiento de la referida convención, y a la parte vencida a cubrir las costas procesales.

5.—Apelado este fallo por los demandados Aristizábal, Botero Bernal, Botero Mejía, Bernardo, Ana y Teresa Palacios S., el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, lo confirmó en sentencia de 10 de marzo de 1960, de la cual recurrió en casación únicamente el demandado Aristizábal.

Se procede a decidir el recurso.

— II —

LA CASACION

Tres cargos formula el recurrente a la sentencia acusada con fundamento en la causal primera.

Primer cargo

6.—**Violación indirecta** de los artículos 1604 —aparte segundo— del C. C., en relación con el artículo 1º de la ley 95 de 1890.

Pruebas erróneamente apreciadas: a) certificaciones de estos funcionarios: Gobernador del Departamento de Antioquia, Alcalde Municipal de Puerto Berrío, Jefe del Servicio de Inteligencia Colombiano (Seccional de Antioquia) y Jefe de la Sección Segunda - Informaciones del Cuartel General de la Cuarta Brigada; y b) declaraciones del doctor Bernardo Penagos y mayor Antonio J. Mesa.

Infracción-medio de los artículos 632 y 697 del C. J.

7.—De las pruebas erróneamente apreciadas, en concepto de la acusación, resulta que en el segundo semestre de 1956 y el primero de 1957, esto es, dentro del año fijado al permutante Aristizábal para entregar la titulación de los baldíos a Franco A. y Restrepo G., las tierras rurales del Municipio de Puerto Berrío se hallaron bajo el imperio de bandas de forajidos que diezmaban vidas y propiedades, al extremo de que tratar de penetrar en ellas era exponerse a la muerte de modo seguro, sin excluir a las autoridades y particulares que tuvieran necesidad de practicar diligencias judiciales, incluso del todo ajenas a la persecución de los malhechores.

La acusación se formula así:

"Cada una de estas certificaciones provenientes de las autoridades que estaban encargadas de la guarda del orden público en los lugares de jurisdicción de que hacía parte la región de Puerto Berrío, y por ende las comarcas aledañas al río San Bartolomé, en donde se encuentra la finca Santa Victoria, es de por sí completa prueba del estado de plena inseguridad que reinaba en esa región, asolada por cuadrillas de malhechores. Y todas las certificaciones en conjunto son la evidencia legal misma del estado de perturbación que imposibilitaba el ejercicio normal de la autoridad

en tales regiones, y por secuela la vida sin riesgos de los habitantes que allí se atrevían a morar desafiando el robo y la muerte. Precisamente la información de las autoridades expresadas versa sobre hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones, tomados de los archivos oficiales, en que deben figurar todos los oficios y comunicaciones que patentizan la situación certificada, la cual comprendió precisamente el período en que don Antonio Aristizábal debía obtener el título de adjudicación.

".....

"Demostrada está pues en forma concluyente con las cuatro certificaciones de que se ha hecho mérito, más las dos declaraciones de los señores mayor Antonio J. Mesa y doctor Bernardo Penagos Estrada, que durante el año en que debía cumplir su obligación el señor Aristizábal, la situación de orden público en Puerto Berrío era en extremo difícil y peligrosa debido a la presencia de cuadrillas de malhechores que asolaban las fincas; siendo una de las regiones más afectadas, si no la más —según la declaración del doctor Penagos Estrada— que desempeñó por esa época el cargo de secretario de Gobierno de Antioquia 'la región del río San Bartolomé y la del río Ité, pues por los informes que me llegaban de esas regiones por allí tenían los bandoleros caminos de penetración para pasar a Maceo, Yarí y otros poblados'. Además agrega el mismo ex-funcionario: 'Considero que el viaje a esas regiones durante los años de 1956 y 1957 y aún durante gran parte del año de 1958, no era prudente por los peligros que se corrían y especialmente si se trataba de funcionarios públicos o de agentes de policía o tropa del ejército; las pocas personas que se atrevieron a entrar a tales puntos, pagaron su imprudencia con la vida. La región del río Bartolo, fue abandonada por sus dueños y por sus trabajadores y el envío de personal que se ocupara de mensura o levantamiento de planos en fincas de esas regiones, era desde todo punto de vista peligroso e imprudente, pues se sometería ese personal a correr la misma suerte que corrieron los pocos finqueros que entraron y que perecieron a manos de los antisociales'.

"He ahí, de consiguiente, notoriamente configurado el caso de fuerza mayor, liberatoria de la obligación de don Antonio Aristizábal para cumplirla en el término del año que estipuló.

"Porque si la fuerza mayor de acuerdo con la noción legal del art. 1º de la Ley 95 de 1890 en el suceso imprevisto a que no es posible resistir, nada más imprevisible que un estado de subversión sobreviniente causado por cuadrillas de bandidos sin Dios ni ley enseñoreados de una región donde asesinan, roban, incendian y atropellan todo lo que encuentren a su paso; y como el Tribunal menospreció esta situación constitutiva de causa eximente temporal de la obligación, lo cual debióse a que dejó de darle a los cuatro certificados aludidos el mérito probatorio que merecen según el artículo 632 invocado, y a las declaraciones de los dos ex-funcionarios, mayor Mesa y doctor Penagos Estrada, el que también tiene según el art. 697 invocado, por orden del cual 'dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forma plena prueba, violó de manera manifiesta, y directa estos dos preceptos y por repercusión el artículo 1604, aparte 2º del C. C., según el cual el deudor no responde del caso fortuito ni de la fuerza mayor".

SE CONSIDERA:

1.—La sentencia no niega mérito a las pruebas aducidas para demostrar la violencia en aquella época, en las zonas rurales de la jurisdicción de Puerto Berrío, mas no en el área urbana, de modo que, como bien lo dice el fallo, las diligencias que debían cumplirse en la Alcaldía y el Juzgado del Municipio, habrían podido realizarse sin estorbo alguno de la violencia que afuera azotaba las tierras campesinas. Las certificaciones de los funcionarios y los testimonios la localizan en las regiones circundantes del poblado, en las veredas o extensiones abiertas, incluida naturalmente la del río San Bartolo, en la cual está ubicada la finca de la titulación.

La sentencia dice al respecto:

"A este propósito nada implica la circunstancia de que en dicho período de tiempo se desatase violencia o bandolerismo en Puerto Berrío, ya que sólo habría afectado los campos o fincas de su jurisdicción, pero no el área urbana. De ahí que en ese caso habríanse podido cumplir las actuaciones de titulación en los tres o cuatro primeros meses, las cuales debían verificarse en la Alcaldía y el Juzgado, es decir, en el referido poblado, y hacer el pedimento de inspección ocular a la finca Santa Victoria, para que el Juez la decretase y verificase, como ocurrió en octubre de 1957, o se negase a ello, dejando la constancia del caso. Pero durante el año de plazo nada se

hizo a tal propósito, únicamente a causa de la indolencia y negligencia de Bermúdez y no al estado de violencia".

Y en otro lugar:

"De las probanzas enunciadas se desprende que aunque en el referido lapso hubo violencia o bandolerismo en las fincas de Puerto Berrío, tal situación no impidió que muchos campesinos continuaran en sus predios y que varios empleados practicasen en ellos inspecciones judiciales u otras diligencias similares; y que lo razonable hubiese sido verificar las actuaciones de titulación arriba mencionadas en la Alcaldía y el Juzgado, y pedir luego la inspección ocular al señor Juez Municipal. Si éste la decretaba y practicaba, como lo hacía el doctor Antonio Restrepo, no había discusión alguna acerca de impedimento para la actuación: en caso de no decretarla o no efectuarla por temor a los bandoleros, se ponía la respectiva nota en el expediente, y entonces tampoco habría problema, pues esa sola constancia justificaría la tardanza en la adjudicación de allí en adelante. Pero nada de ello se hizo, y consecuencialmente tampoco está demostrado que la inejecución del contrato se debiese a imposibilidad en adelantar la titulación o verificar la inspección ocular en mención por motivos de violencia. De ahí que sean infundadas las defensas del grupo demandado a ese propósito".

Y es que en verdad, durante el año de plazo señalado en la escritura al contratante Aristizábal, nada hizo éste que se encaminara a cumplir la obligación:

"Nótese en efecto —dice la sentencia— que no se trajo ninguna prueba de que durante el año de plazo para la titulación, esto es, del 11 de junio de 1956 al 11 de junio de 1957, se hubiera presentado ante la Alcaldía de Puerto Berrío el memorial petitorio de la adjudicación, ni fijado el aviso en aquella oficina, ni leído los bandos en días de mercado, hecho las publicaciones por la prensa, etc.; actuaciones sencillas que con mínima diligencia pudieron cumplirse en los cuatro primeros meses. Por el contrario, la Alcaldía certifica, el 30 de octubre de 1958: 'Que en este Despacho cursan por comisión unas diligencias sobre solicitud de adjudicación de baldíos, sobre un lote de terreno denominado Santa Victoria, en donde se hicieron los pregones de rigor y aparece la publicación por tercera vez, y de haberse fijado el aviso, etc., diligencias recibidas, según constancia de ellas, el veintitrés de agosto de mil novecientos cincuenta y siete, y no en mil novecientos cincuenta y seis". (Subraya la Sala).

Estos conceptos, por otra parte, no han sido atacados en casación.

10.—Además, fuera del alcance de los certificados, ya visto, la sentencia, para negar la fuerza mayor liberatoria alegada, analiza las declaraciones de los testigos José Cifuentes, Marcos Rodríguez, Carlos Guarín, Ernesto Duque y doctor Antonio Restrepo, ex alcalde de Puerto Berrío, para quienes la violencia no estorbó ni el laboreo de la finca por parte de los actores, ni la verificación de diligencias administrativas en el paraje del río "San Bartolo". El recurso no formuló impugnación alguna a esta apreciación del juzgador.

11.—Circunscrito, por consiguiente, el alcance de las pruebas, tal como resulta de ellas mismas, al considerar la sentencia que no se probó fuerza mayor que hubiese impedido el cumplimiento de la obligación contraída por Aristizábal, al menos, en cuanto a las gestiones que debían ejecutarse en las oficinas públicas correspondientes, no les desconoció a tales pruebas el valor que les asignan los artículos 632 y 697 del C. J., y en consecuencia, no infringidos éstos, no se produjo la violación de los textos sustantivos citados en este cargo.

Segundo cargo

12.—**Violación directa** de los artículos 1708 y 1546 del C. C., por indebida aplicación, y 1608, ordinal 3º ib., por falta de aplicación.

Se apoya el cargo en la circunstancia de haber suscrito los actores, después de expirado el plazo de un año para que Aristizábal entregase la titulación, una nueva solicitud a ello encaminada, lo que prorrogó dicho plazo, sin que se hubiese requerido luego al deudor para constituirlo en mora, de acuerdo con el ordinal 3º del citado artículo 1608.

Dice el cargo:

"De otra parte es evidente —y sobre este hecho comprobado con las copias expedidas por el Ministerio de Agricultura de folios 28 a 32 c. d. 'Pruebas de Antonio Aristizábal', no hay discusión—, que el 12 de julio de 1957 los señores Restrepo y Franco autorizaron la iniciación de las diligencias de adjudicación del terreno, las cuales están muy adelantadas, en forma que seguramente la resolución administrativa de adjudicación será dictada. Lo que significa que dichos señores alla-

naron el retardo en que hubiera podido incurrir el señor Aristizábal. Porque algo tiene que significar el hecho apuntado. No puede ser inocuo. No puede ser que existan simultáneamente dos fenómenos jurídicos contrapuestos: la mora del deudor y el cumplimiento por parte de éste de su obligación, tardíamente, pero con el beneplácito del acreedor. Porque, si así sucediera, equivaldría a que el acreedor cobrase dos veces por distintas vías la misma obligación: primero, por medio de la acción resolutoria; y luégo directamente la obligación tal como ella se estipuló. Sería aberrante que se declarase la resolución con indemnización de perjuicios, tal como está demandada y al propio tiempo los demandantes obtuviesen la adjudicación del terreno por obra de las gestiones pagadas por don Antonio Aristizábal y autorizadas por ellos".

SE CONSIDERA:

13.—El fallo estima que la circunstancia anotada no remitió ni condonó el retardo, ni convirtió un plazo fijo en indefinido, de modo que, para constituír en mora al obligado fuera indispensable requerirlo y poder de tal suerte ejercitar la acción resolutoria.

No es aplicable el ordinal 3º sino el 2º del artículo 1608 del C. C., ya que el contrato señaló un lapso preciso para que dentro de él se ejecutase la prestación. No habiendo acontecido así, en tratándose de un contrato bilateral, se originaron a favor de los permutantes Franco A. y Restrepo G. las acciones alternativas con que el artículo 1546 protege a la parte que ha cumplido su obligación o se ha allanado a cumplirla. De tales acciones los demandantes eligieron la resolutoria.

El Tribunal estima que el haber suscrito nueva solicitud de adjudicación de la tierra, no alteró esa situación ya consolidada, ni desapareció, por tanto, la acción resolutoria ya adquirida. Interpretó así el sentenciador el hecho expresado, negándole el alcance pretendido por la parte demandada, y en ello no se configura infracción de texto alguno de la ley sustantiva, ni tampoco del ordinal 3º del artículo 1608, por falta de aplicación, debido a la razón ya expuesta; ni del artículo 1546, por indebida aplicación, ya que subsiste la acción resolutoria; si bien no es aplicable ciertamente al caso el artículo 1708 ib., invocado en la sentencia. Pero este quebranto no produce por sí solo la casación, como es evidente.

La casación de 29 de mayo de 1942 (LIX. 1980 y 1990, 117) citada por el Tribunal, consagra una doctrina que apoya estas consideraciones. El hecho de haberle recibido el vendedor al comprador, algunos abonos, después de vencido el plazo para pagar el precio, no implica la renuncia de la acción resolutoria, porque si el vendedor no logra el pago total, que es para él la finalidad obvia del contrato, bien puede demandar la resolución, como quiera que el facilitarle al comprador el cumplimiento de su deuda, no es incompatible con la expresada acción. De la misma manera, el hecho de haber suscrito los permutantes Franco A. y Restrepo G. una nueva petición dirigida a las autoridades del ramo, con el objeto de titular la finca, no puede tomarse como medio extintivo de la acción resolutoria, la cual, según dicha doctrina, no habiéndose ejercido y en el supuesto de que la titulación no se lograra, podría ser incoada luego, lo que no sería posible si la nueva petición implicara la renuncia de la acción.

Tercer cargo

14.—**Violación indirecta** del artículo 1546 del C. C.

Error de derecho en la apreciación del dictamen pericial de Arturo Alvarez y Bernardo Arango, en cuanto a la existencia misma de los perjuicios; y **error evidente de hecho** por ausencia de prueba para establecer la presunción de que los perjuicios existen.

Infracción-medio de los artículos 722 y 661 del C. J., respectivamente.

15.—Dice el recurrente:

"Los demandantes nada acreditaron respecto a ninguno de los hechos propuestos. Hay ausencia total de prueba tendiente a demostrar que a los demandantes se les frustraron negocios por razón de la la falta de adjudicación, de venta o de préstamo y en ningún caso el demandado sería responsable. Por lo que hace al gasto de la titulación, el expediente demuestra que quien lo ha sufragado y lo está sufragando es el señor Aristizábal. De modo que por estos aspectos es imposible deducir ningún perjuicio indemnizable a los demandantes.

"Es pues absoluta la ausencia en el expediente de factores de convicción dirigidos a demostrar los pretendidos daños que reclaman los demandantes. Por tal motivo el sentenciador incurrió en palpable error de hecho condenando a una re-

paración sin base ninguna probatoria.

"Por otra parte, si bien es cierto que la sentencia desestima el dictamen pericial de los señores Alvarez y Arango en cuanto a la cuantía de los perjuicios, en cambio tiénelo como prueba del hecho de que éstos se causaron. Esta consideración hácese olvidando que la función de los peritos era la de avaluar los perjuicios que estuviesen efectivamente acreditados. Su misión mal podría desplazarse a resolver la cuestión de fondo, sobre la existencia misma del derecho a cobrar perjuicios. Que eso es de la incumbencia privativa del Juez. Los peritos apenas intervienen en función de auxiliadores de la justicia en los aspectos técnicos o científicos de la cuestión, según el artículo 1705 del C. J." (sic).

SE CONSIDERA:

16.—La sentencia expone:

"Concerniente a perjuicios para los actores por la no titulación de la finca, están plenamente demostrados, no solo porque así lo indica el buen sentido comercial y ser aquella obligación expresamente convenida de un permutante y derecho correlativo del otro, sino también porque claramente resulta del dictamen pericial rendido en este juicio. Otra cosa es la cuantía de los mismos.

"Efectivamente exponen los expertos: 'La titulación de baldíos reporta para el adjudicatario un gran beneficio patrimonial, como que el dominio sale del Estado para radicarse en cabeza del colono o dueño de las mejoras. Esa titulación le permite vender, enajenar comercialmente los terrenos y también le permite al adjudicatario hipotecar y conseguir dineros en la Caja Agraria o cualquier entidad bancaria, que de otra manera no sería posible. De otro lado, la titulación de un baldío implica una erogación de alguna consideración, como son mensuras, gestiones administrativas en el lugar donde están situados los bienes como también en el Ministerio de Agricultura de Bogotá'.

"En seguida, los señores peritos hacen algunas consideraciones, en que partiendo del supuesto de que la finca "Santa Victoria" valía el día del dictamen, mayo de 1959, la cantidad de $ 80.000.oo, los perjuicios por falta de titulación valdrían $ 28.000.oo, y por falta de crédito para surtirla de ganados hasta esa fecha, la suma de $ 11.000.oo, y de ahí en adelante $ 500.oo mensuales, y $ 5.200.00 por honorarios de abogado agrimensor, etc. para la titulación. Es inaceptable tal peritación por basarse en hipótesis sobre valor del predio, y porque no contiene fundamentación clara y explicada, exigida por el Código de Procedimiento para asuntos de esta índole. Por ello la condenación a perjuicios ha de ser en abstracto y no en cantidad concreta, a fin de que se determine mediante los trámites del artículo 553 del C. J., según decisión del señor Juez de la causa. Semejante actuación seguramente será ardua y complicada, debido a las especiales circunstancias y modalidades que a ese propósito se han presentado".

17.—Es doctrina de la Corte la de que en tratándose de la acción resolutoria tácita, que como instrumento general para los contratos bilaterales consagra el artículo 1546 del C. C., y para la venta y la permuta estatuyen en particular los artículos 1882 y 1930 ib., la resolución por falta de cumplimiento de la obligación de uno de los contratantes, conlleva la condena de perjuicios por el solo hecho de la resolución. "Es injurídico —dice Cas. de 25 de julio de 1924 (XXXI 62)— absolver al demandado de la petición de perjuicios por infracción de un contrato alegando que la existencia de éstos no se halla debidamente acreditada en autos". Esta jurisprudencia ha sido reiterada, como puede verse en casación de 15 de diciembre de 1936. (XLIV. 1918 y 1919. 526).

18.—En el caso presente se trata de la resolución de la permuta, por no haberla ejecutado una de las partes y además, del dictamen pericial, en cuya errónea apreciación se funda el cargo, aparece que hubo perjuicio, si bien la tasación no fue aceptada por el juzgador. No siendo indispensable la prueba pericial para condenar al pago de perjuicios, en este caso, el error de hecho o de derecho alegados en lo tocante al examen de la prueba, carece de fundamento. Ni error de derecho existe en cuanto la sentencia le atribuye mérito al dictamen, sobre la existencia en abstracto de los perjuicios; ni de hecho tampoco, porque aún sin concepto pericial, la condena al resarcimiento de perjuicios in genere, obedece a la presunción de que el incumplimiento del contrato entraña de suyo un daño para el acreedor, ya que los contratos se celebran en mira a que sean ejecutados.

No hay lugar, en consecuencia a la infirmación del fallo.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez (10) de marzo de mil novecientos sesenta (1960), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio ordinario iniciado por Enrique Restrepo G. y otro contra Antonio Aristizábal M. y otros.

Costas de la casación a cargo del recurrente.

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

Enrique Coral Velasco. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — Enrique López de la Pava. — Arturo C. Posada. — José Hernández Arbeláez. — El Secretario, Ricardo Ramírez L.

SE CASA EL FALLO QUE DESPACHO NEGATIVAMENTE UNA DEMANDA REIVINDICATORIA Y EN SU LUGAR SE ORDENA LA RESTITUCION DE UNA PARTE DEL PREDIO RECLAMADO

El error común creador de derecho. Requisitos para que la buena fe pueda crear derechos subjetivos.

1.—Cuando la conducta civil no desconoce el imperio de las normas sino con el ánimo de cumplirlas incurre en yerro que un hombre cauto y experimentado no podría razonablemente ni prever ni evitar en las mismas circunstancias, la organización jurídica, por motivos de orden superior vinculados a la tranquilidad pública, concede efecto creador de derechos subjetivos a la buena fe cualificada, porque, en definitiva, la tutela de las normas se encamina directamente a proteger la honestidad, como requerimiento invariable y necesario de la convivencia humana en plano de sociedad civilizada. No se desvirtúa objetivamente el imperativo legal, cuya vigencia permanece incólume. Es sólo que en razón de la buena fe exenta de culpa y de la voluntad atemperada a derecho, se entienden cumplidas las exigencias de la ley y válidamente celebrados los negocios jurídicos, aunque en realidad el error que se excusa haya consistido precisamente en la omisión inculpable de algún requisito de forma sustancial exigido por el ordenamiento.

2.—Si es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, como la formalidad de escritura pública para la venta de bienes raíces (1740, 1857, 2º del C. Civil); y si en materia civil la regla general consiste en ser nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, el principio no es absoluto, desde luego que la misma ley puede disponer otra cosa (6º ibidem). Sucederá esto último ante lo expreso en textos permisivos y de igual modo aconteee cuando en razón y equidad, como esencia de lo honesto en las relaciones humanas, la jurisprudencia extraiga de la doctrina y las reglas generales de derecho el espíritu de las disposiciones que otorgan efecto creador a la buena fe cualificada, como fundamento para decidir con rectitud cuando no hay "ley exactamente aplicable al caso controvertido" (8º, Ley 153 de 1887).

3.—Es tratamiento de excepción, exigente y estricto, el que permite convalidar aquello que en abstracto sería nulo por inobservancia de la ley. Por esto, si el proceso no demuestra yerro excusable por escapar a las precauciones razonables de un hombre esmeradamente diligente en la administración de sus negocios importantes; que en esa virtud el error estuvo compartido por varias personas y habría sido susceptible de generalizarse indefinidamente, no existirá base firme que permita crear derechos subjetivos ante la norma incumplida. Dentro de la teoría de la apariencia se trata, en efecto, de salvar la buena fe y la equidad sin desconocer el correcto sentido de las normas a fin de evitar que el summum ius se convierta en summa iniuria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, cinco (5) de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

El 3 de febrero de 1934, por escritura número

214 otorgada ante el Notario 2º de Bogotá, Rubén Possin y Matilde Warschawski de Gutt dijeron terminar la sociedad colectiva **Rubén Possin & Compañía**, que habían formado antes y cuyo objeto consistía en la urbanización llamada **La Providencia**, en el Barrio de Chapinero. Al efecto, Possin manifestó traspasar "a título de venta y a favor de la señora Matilde Warschawski de Gutt "todos los bienes muebles e inmuebles, créditos y semovientes que a dicha sociedad pertenecían". Cuanto a inmuebles, le transfiere por linderos el terreno de que se ha formado en el Barrio de Chapinero la urbanización de **La Providencia** con exclusión de los solares vendidos a terceras personas, según se relacionan en la misma escritura. Y en conformidad con la cláusula undécima Matilde Warschawski de Gutt se comprometió "a respetar los contratos o promesas de compraventa de lotes de terreno que hacen parte del inmueble relacionado, pactados con terceras personas por Rubén Possin en propio nombre unos, y otros como gestor de la sociedad "**Rubén Possin & Cía.**" promesas que allí mismo se enumeran y dentro de las cuales figura la del lote número 18 de la manzana 32, a favor de Crisóstomo y Raimundo Camargo.

Posteriormente, según copia expedida en 20 de febrero de 1935 por el Notario 2º de Bogotá, de la escritura número 2346 de 13 de noviembre de 1934 otorgada en la misma Notaría, y debidamente registrada, Moris Gutt como apoderado de Matilde Warschawski de Gutt dió "en venta real y enajenación perpetua a favor del señor Ciro A. González, varón, mayor de edad y vecino de esta ciudad, tres lotes de terreno marcados con los números quince (15), diez y seis (16) y diecisiete (17) de la manzana treinta y dos (32).... situados en el barrio de Chapinero en la urbanización denominada barrio de La Providencia, de esta ciudad..... comprendidos dentro de los siguientes linderos....."

A su vez, Ciro A. González, por escritura número 1969 de 6 de junio de 1953, Notaría 8ª de Bogotá, dió en venta a favor de Pablo Enrique González "el derecho de dominio y posesión que tiene sobre dos lotes de terreno ubicados dentro del área urbana de esta ciudad, situado el primero en el barrio de **La Providencia**, marcado en su puerta de entrada con el número 40-67 de la Avenida 81, comprendido dentro de los siguientes linderos: ..... y el segundo lote, situado en la urbanización **Teguendama**....." En ese instrumento manifestó el vendedor haber adquirido dichos lotes, así: "el primero por compra hecha a Matilde Warschawski de Gutt y Néstor Segura, según escritura número 2346 de 13 de noviembre de 1934, y el segundo por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de Paxedis Hidalgo....."

Por último, Moris Gutt, en ejercicio de poder conferido por Matilde Warschawski de Gutt, por escritura número 2615 de 27 de mayo de 1955, Notaría 2ª de Bogotá, dijo transferir "a título de venta en favor de la señora Isabel Vergara de Medina, el derecho de dominio y la posesión que la poderdante tiene sobre un lote de terreno situado en el barrio de Chapinero de esta ciudad, en la urbanización denominada barrio de **La Providencia**, marcado en el plano de dicha urbanización con el número diez y ocho (18) de la manzana treinta y dos (32) y distinguido en la nomenclatura urbana con el número 79-60 de la carrera 41....."

EL LITIGIO

Con estos antecedentes, Matilde Warschawski de Gutt e Isabel Vergara de Medina incoaron el presente juicio ordinario contra Pablo Enrique González para pedir las siguientes declaraciones:

"1ª.—Que la señora Matilde Warschawski de Gutt es dueña de un globo de terreno, compuesto por los lotes distinguidos con los números 15, 16 y 17 de la manzana 32, del plano de la urbanización del barrio de **La Providencia**, situado al norte de la ciudad de Bogotá, comprendidos en conjunto por los siguientes linderos:.....

"2ª.—Que la señora Isabel Vergara de Medina es dueña del lote de terreno, distinguido con el número 18 de la misma manzana y urbanización, de esta ciudad, comprendido dentro de los siguientes linderos:.....

"3ª.—Que el demandado debe restituir a mis mandantes, sus respectivos lotes, que tiene en posesión conjuntamente, mediante cercamiento de ladrillo que los comprende a todos, en el término que señale la sentencia.

"4ª.—Que el demandado debe pagar los frutos correspondientes, como poseedor de mala fe, desde la fecha de tal ocupación hasta el día de la entrega.

"5ª.—Que el demandado pague las costas del juicio".

La cuestión de hecho se halla vinculada a la adquisición que Matilde Warschawski de Gutt hizo de Rubén Possin, por la citada escritura de 3 de febrero de 1934; a la venta que la misma Ma-

tilde efectuó el 27 de mayo de 1955 en favor de Isabel Vergara de Medina sobre el solar número 18 de la manzana 32; a que "el demandado ocupa materialmente, con cerramiento de ladrillo, en forma conjunta, los cuatro lotes mencionados, motivo por el cual se ejercita esta acción reivindicatoria; "a que los solares 15, 16 y 17" no han salido legalmente del patrimonio de la señora Matilde W. de Gutt por no existir escritura pública debidamente otorgada y registrada que transfiera dicho dominio;" y a que "González ha venido explotando y poseyendo esos lotes, hace unos tres años, a partir del cerramiento con paredes".

Notificada la demanda el 16 de abril de 1956, vino respuesta contradictoria, en que la prescripción en sus formas ordinaria y extraordinaria fue invocada. Después de los trámites de primera instancia, el Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá, con fecha 23 de enero de 1958, despachó favorablemente las súplicas, con calificación de mala fe para el poseedor. Sin embargo, el fallo de segundo grado, del 18 de agosto de 1959, resolvió:

"1º.—No está probada la indebida acumulación de acciones.

"2º.—Revocar el fallo apelado y en su lugar negar todas las peticiones de la demanda.

"3º.—Condenar a las demandantes en las costas de la primera instancia. Sin costas en el recurso.

"4º.—Concédese el registro de la demanda".

LA IMPUGNACION

Es la oportunidad de resolver sobre el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, quien por la causal 1ª aduce dos cargos:

Primero.—Consiste en "aplicación indebida de los artículos 109, 786, 1069 y 1634 del Código Civil y de la doctrina que de ellos deduce el Tribunal del 'error común' y su consiguiente violación directa", además de falta de aplicación de los artículos 789 y 946, 947, 950 y siguientes del propio Código.

Arguye el recurrente que el principio acerca del error común ampara a los terceros y no a los contratantes: que se justifica "por la situación de práctico error invencible en que se encuentran los terceros, que no existe en forma alguna, ni remotamente, en el mismo contratante que conoció el original (de la escritura) que sabía por tanto que no estaba completo y, especialmente, que podía y debía conocer la irregularidad de la expedición de la copia.

"El Tribunal —agrega— aplicó indebidamente los citados textos legales, donde dice que se consagra el principio del error común, y esto lo llevó a considerar que Ciro A. González sí tuvo buena fe y justo título y que por tanto se benefició de la posesión ordinaria (sic). Si no hubiera incurrido en tal error, ni en violación de tales textos, habría aceptado lo dispuesto por el Juzgado sobre la posesión irregular de ese señor y la regular pero incompleta (menor de diez años) del hijo adquirente y demandado. Y habría accedido totalmente a las peticiones de la demanda".

Después de otras consideraciones alrededor del mismo tema, concreta la acusación así:

"De manera que salta a la vista la indebida aplicación de este principio y de los textos legales de donde se deduce, en concepto del Tribunal. Porque ni se trata de un tercero, ni hubo error invencible, ni ausencia de culpa, ni imposibilidad de evitar que la escritura quedara sin firma del Notario y se expidiera la copia. Por el contrario. Esa copia tuvo que ser obtenida por gestiones del mismo Ciro A. González, única persona interesada en que se incurriera en semejante falsedad.

"Consecuencia de reconocer esa indebida aplicación, es el calificar como poseedor irregular a Ciro A. González y por tanto negar la excepción de prescripción ordinaria. En cuanto a la extraordinaria, desde la fecha de la promulgación de la Ley 50 de 1936 hasta el día de la demanda, no alcanzan a transcurrir 30 años (faltaban unos días); y, además, el demandado no manifestó durante las instancias que se acogía a tal disposición; de manera que debe aplicársele la prescripción treintenaria si se acumula la posesión irregular de su padre o la ordinaria (que tampoco se cumplió) si se atiende a la suya propia".

Segundo.—Se invoca "manifiesto error de hecho por la no apreciación de la prueba de que el lote número 18, del cual se apoderó con increíble mala fe el demandado, no está comprendido en la escritura incompleta de venta a Ciro A. González; y que, por consiguiente, aún en el supuesto de que tuviera valor esa escritura incompleta de compraventa y fuera aplicable la máxima del error común, respecto del globo poseído, la situación es la de un simple poseedor de mala fe y sin título. Porque también se incurrió en manifiesto error de hecho al no apreciar la prueba del título del demandado y de su padre-vendedor, en cuanto son muy claros en el sentido de que aquel comprende únicamente los lotes números 15, 16 y 17".

El recurrente hace referencia a las escrituras 1969 de 6 de junio de 1953, Notaría 8ª, venta de Ciro A. González a favor de Pablo Enrique González, y 2346 de 13 de noviembre de 1934, Notaría 2ª, ambas de Bogotá, venta de Matilde Warschawski de Gutt en favor de Ciro A. González; a la diligencia de inspección ocular sobre el terreno y al respectivo dictamen pericial, para desprender de todo ello que el demandado ocupa en un globo tanto los solares 15, 16 y 17, como el 18 de la manzana 32. En seguida agrega:

"Estas pruebas no fueron estimadas en absoluto por el H. Tribunal. Nada dice sobre ellas. No las miró.

"Y como aparece probado plenamente con ellas que sobre el lote número 18, que reivindica la señora Isabel Vergara de Medina, en la petición segunda de la demanda, el demandado Ciro A. González tiene la posesión y que su tradente y padre ningún derecho podía transferirle sobre él, ni siquiera en el supuesto de que la escritura incompleta le sirviera de título, resulta patente el manifiesto error del Tribunal.

"Este error condujo al Tribunal a aplicar, violando indirectamente, por aplicación indebida, la máxima del error común y los artículos 103, 768, 1069, 1634 del Código Civil, que le sirvieron de apoyo, a la posesión del demandado sobre el lote número 18, dando por sentado que el título del tradente y padre Ciro A. González también lo comprendía (la escritura incompleta) y que por tanto eran ambos poseedores regulares. Cuando ni tenían justo título ni buena fe, sobre ese lote número 18 al menos".

Comenta esta alegada mala fe posesoria, para continuar así:

"Y, en consecuencia, ese mismo error condujo al Tribunal a considerar equivocadamente que la reivindicación impetrada no debía prosperar; cuando al no existir posesión regular no había prescripción alguna, puesto que en la escritura de venta de la señora de Gutt (incompleta) a González, se dice que en ese día le entrega la posesión (lo que deja al descubierto la falsedad de las declaraciones recibidas a petición del demandado, que hablan de treinta años de posesión, y sin ningún valor su dicho). Lo que significa el haber violado indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 946, 947, 950 y siguientes de ese capítulo del Código Civil, que establecen el derecho ..... a reivindicar los dos lotes objeto de la demanda, y el artículo 789 del Código Civil, que dispone ser necesario para la cancelación de la inscripción del título a favor de la señora de Gutt, que exista una nueva inscripción en que ella transfiera su derecho válidamente, o decreto judicial.

"Y el mismo error manifiesto condujo al Tribunal a la violación indirecta, por aplicación indebida, de las normas legales sobre prescripción ordinaria que no cita, pero que se subentienden del siguiente párrafo de la sentencia:

"'Y si es válido el mencionado título, lógicamente se sigue que la prescripción ordinaria está plenamente configurada'. Artículos 764, 765, 766, 768 del Código Civil; 2528 y 2529 ibidem".

SE CONSIDERA:

1.—Cuando la conducta civil no desconoce el imperio de las normas sino con el ánimo de cumplirlas incurre en yerro que un hombre cauto y experimentado no podría razonablemente ni prever ni evitar en las mismas circunstancias, la organización jurídica, por motivos de orden superior vinculados a la tranquilidad pública, concede efecto creador de derechos subjetivos a la buena fe cualificada, porque, en definitiva, la tutela de las normas se encamina directamente a proteger la honestidad, como requerimiento invariable y necesario de la convivencia humana en plano de sociedad civilizada.

No se desvirtúa objetivamente el imperativo legal, cuya vigencia permanece incólume. Es sólo que en razón de la buena fe exenta de culpa y de la voluntad atemperada a derecho, se entienden cumplidas las exigencias de la ley y válidamente celebrados los negocios jurídicos, aunque en realidad el error que se excusa haya consistido precisamente en la omisión inculpable de algún requisito de forma sustancial exigido por el ordenamiento.

2.—Si es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, como la formalidad de escritura pública para la venta de bienes raíces (1740, 1857, 2º, C. C.); y si en materia civil la regla general consiste en ser nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, el principio no es absoluto, desde luego que la misma ley puede disponer otra cosa (6º ibidem). Sucederá esto último ante lo expreso en textos permisivos, y de igual modo acontece cuando en razón y equidad, como esencia de lo honesto en las relaciones humanas, la jurisprudencia ex-

traiga de la doctrina y las reglas generales de derecho el espíritu de las disposiciones que otorgan efecto creador a la buena fe cualificada, como fundamento para decidir con rectitud cuando no hay "ley exactamente aplicable al caso controvertido". (0º, Ley 153 de 1887).

3. Es, en consecuencia, un tratamiento de excepción, exigente y estricto, para convalidar aquello que en abstracto sería nulo por inobservancia de la ley. Por esto, si el proceso no demuestra yerro excusable por escapar a las precauciones razonables de un hombre esmeradamente diligente en la administración de sus negocios importantes; que en esa virtud el error estuvo compartido por varias personas y habría sido susceptible de generalizarse indefinidamente, no existirá base firme que permita crear derechos subjetivos ante la norma incumplida. Dentro de la teoría de la apariencia se trata, en efecto de salvar la buena fe y la equidad sin desconocer el correcto sentido de las normas a fin de evitar que el **summum ius** se convierta en **summa iniuria**.

4.—La buena fe creadora de derechos subjetivos exige copulativamente las condiciones reiteradas por la Corte en fallo del 18 de mayo de 1955, cuando expuso:

"Se confirma ahora la doctrina conforme a la cual la máxima **error communis facit ius** requiere indispensablemente y con exigente calificación probatoria, que se demuestre la existencia de un error común o colectivo, que sea excusable e invencible y limpio de toda culpa y en el cual se haya incurrido con perfecta buena fe. Faltando alguno de estos elementos jurídicamente esenciales, el error no puede ser fuente de derecho contra la ley y la buena fe no puede ser simplemente alegada como motivo suficiente para justificar la contravención'". (LXXX. 2154. 344. 2).

Que es la misma doctrina contenida en la sentencia del 25 de agosto de 1959, al expresar:

"..... cuando no se trata ya de la simple posesión de buena fe 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 buen fe exenta de culpa, cualificada y creadora dentro del aforismo **error communis facit ius**. Pero no es la buena fe 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 fe apoyada en error jurídicamente excusable, como soporte necesario de la teoría de la apariencia". (XCI. 2215. 2216. 447. 2).

5.—En el caso de autos faltó en la escritura pública 2340 de 13 de noviembre de 1934 la formalidad sustancial de la firma del Notario 2º de Bogotá, ante quien fue otorgada. (2595 C. C.). Pero la primera copia de tal escritura aparece con la firma del Notario 2º, fue inscrita en el registro y anotada en la matrícula de propiedad raíz.

Habida consideración de que en el notario está depositada por ley la confianza pública (2576), el hecho mismo de que el comprador González recibiera legalmente expedida la primera copia de la dicha escritura 3346, demuestra que de su parte hubo cuanto es necesario a la esmerada diligencia que es debida en casos tales para estar exento de culpa. Si la misma ley confía en el notario, ello con elocuencia significa que los particulares en ningún género de culpa incurren al confiar en esos funcionarios en los mismos términos en que el legislador confía. Sus derechos subjetivos no pueden verse afectados por esa causa, pues sólo con la enfermiza propensión a sospechar de todo podría explicarse la conducta de quien, a pesar de recibir copia en debida forma, procediera a verificarla sobre el original de la escritura. Mas esto no sería ya diligencia esmerada ni perspicacia alguna, sino simplemente suspicacia.

El error, si objetivamente lo hubo, aparece excusable en el campo jurídico. Y fue compartido por el notario mismo, por el registrador, por el público en general a virtud de la inscripción de la escritura, por el comprador González y por la propia verdadera, quien sólo vino a descubrirlo veintidós años después.

En la citada sentencia del 18 de mayo de 1955 hizo la Corte, entre otras consideraciones, las siguientes:

"Que cuando los contratantes firman una escritura pública dejan cumplidas las obligaciones que les corresponden en lo concerniente a la observancia de las formalidades exigidas por la ley; pueden ellas razonablemente confiar en que el funcionario a quien la ley le deposita la fe pública dará cumplimiento, por su parte, a los deberes que le incumben;

"Que las partes deben presumir que el depositario de la fe pública ejerce su cargo con arreglo a la ley; cuando acuden a él no tienen por qué indagar previamente si reúne las condiciones legales y las cualidades intelectuales y morales que se requieren para el cabal desempeño de las funciones que le están encomendadas;

"Que no es esencial para la validez de una escritura que el notario firme el original inmediatamente que esté firmado por los otorgantes y en presencia de ellos; ya ha dicho esta corporación que la tardanza del notario en firmar no constituye causal de nulidad (G. J. tomo LXI, p. 55);

"Que una vez firmada la escritura por las partes interesadas no puede el notario abstenerse de firmar, excepto el caso de que exista algún obstáculo de orden legal o de que las propias partes así lo soliciten;

"Que si es cierto que los otorgantes deben cuidarse de que la escritura quede firmada por el notario, es lo cierto también que ninguna duda puede quedarles respecto a esta circunstancia cuando el mismo notario les entrega copia debidamente autenticada de la respectiva escritura, ya que en tal copia firmada por el funcionario, da éste fe de que el original esta firmado por él;

"Que los otorgantes de la escritura pública a que se refiere el juicio, al creer que la matriz estaba firmada por el notario, incurrieron, de buena fe, en un error claramente excusable, según lo expuesto, error en que también cayeron los otorgantes de más de cuatrocientas escrituras que quedaron sin la firma del notario en el protocolo de la misma notaría.

"Que en el error de que se habla no sólo incurrieron los otorgantes de las referidas escrituras, sino también los propios funcionarios; el notario, que expidió la copia autenticada de la escritura y dió fe de que el original estaba firmado por él, el registrador de instrumentos públicos, que inscribió tal copia en el libro correspondiente, y el juez del circuito, que, al practicar visita en la notaría como ha debido hacerlo en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 40 de 1932, no se percató de que muchas escrituras públicas carecían de la firma del notario;

"Que los otorgantes de las mencionadas escrituras no podían suponer razonablemente que el deplorable funcionamiento de un servicio público, llegara a extremos que no es exagerado calificar de inverosímiles y que la inconsciencia de un depositario de la fe pública pudiera producir el resultado de dejar sin firma en el protocolo cerca de cuatrocientas escrituras;

"Que el error en que incurrieron los otorgantes de la citada escritura pública era tan explicable que de la emisión sólo tuvieron conocimiento varios años después de extendida tal escritura.....". (LXXX. 2154. 345).

6.—Si, entonces, por la precitada escritura 2346 Matilde Warschawski de Gutt enajenó los solares que ahora demanda, carece de titularidad para reivindicarlos. Pero es evidente que esa enajenación versa nada más que sobre los solares 15, 16 y 17, manzana 22 de la urbanización **La Providencia**.

El solar número 18 de tal manzana está reivindicado por Isabel Vergara de Medina, quien comprara de Matilde Warschawski de Gut; por escritura 2615 de 27 de mayo de 1955, Notaría 2ª de Bogotá. Cierto que en la adquisición hecha por Warschawski de Gutt de Rubén Possin según escritura 214 de 3 de febrero de 1934, atrás citada, aparece el dicho solar número 18, prometido a Crisóstomo y Raimundo Camargo y que la adquirente se obligó con Possin a respetar esa y otras promesas de venta, pero no consta en el proceso que la enajenación se llevara a efecto en cumplimiento de la misma promesa. Cierto también que Ciro A. González en la escritura 1969 de 6 de junio de 1953, Notaría 8ª de Bogotá, expresa vender en favor de Pablo Enrique González el terreno número 40-67 de la Avenida 81 por linderos que comprenden los solares 15, 16, 17 y 18 de la manzana 32; cierto que allí dijo haber adquirido por compra hecha a Matilde Warschawski de Gutt y Néstor Segura "según escritura número 2346 de 13 de noviembre de 1934" sin más determinación. Pero es cierto, además que esta misma escritura evidencia que Néstor Segura no intervino para nada en su otorgamiento, que la vendedora es Matilde Warschawski de Gutt y nadie más, y que lo vendido son los solares 15, 16 y 17, pero no el 18 de la manzana 32.

Lo cual demuestra en forma palmar la ausencia de título en el demandado para poseer esa misma porción de terreno, número 18, y descarta en absoluto la prescripción ordinaria. Por otro aspecto, demuestra igualmente que el demandado Pablo Enrique González entró en posesión a sabiendas de la falta de título de su autor sobre el dicho solar 18 y que por consiguiente mal pudo tener conciencia de haber adquirido el dominio por medios legítimos de quien estuviera facultado para

enajenar ese pedazo de terreno (768 C. C.).

7.—Sobre los solares 15. 16 y 17 es evidente que la posesión de Ciro A. González arranca del 13 de noviembre de 1934, fecha en que aceptó la escritura 2346 ante el Notario 2º, "por estar a su satisfacción", incluso en lo dicho por Matilde Warschawski acerca de "que desde hoy pone en posesión y dominio al comprador de los lotes que le vende de los cuales le hace entrega real y material de ellos (sic) con todas sus anexidades, dependencias, usos, costumbres y servidumbres que legalmente le correspondan.....".

Alfredo José Alfonso, Luis Eduardo Izquierdo y Roberto Izquierdo declaran sobre la posesión de Ciro A. González y la pared de ladrillo que hizo levantar para el cerramiento sobre las vías públicas. Pero aparte de que Luis Eduardo y Roberto Izquierdo, a pesar del interrogatorio, se abstienen de señalar las dimensiones del terreno, los testimonios resultan equívocos principalmente en cuanto hace a la posesión sobre el solar 18. No revela el litigio que Ciro A. González poseyera este solar antes que los señalados con los números 15, 16 y 17 de la manzana 32. Por el contrario, aparece que Rubén Possin había prometido tal solar número 18 a Crisóstomo y Raimundo Camargo. El proceso tampoco revela ninguna titularidad que emanada de los Camargo pasara a los González. De modo que todo indica que la posesión de Ciro A. González sobre el solar 18 debió iniciarse conjuntamente con los otros tres solares, 15, 16 y 17, esto es en globo. Los demás testimonios aportados no aclaran ni contradicen esta situación.

Ahora bien: desde el 13 de noviembre de 1934, en que empezó la posesión, hasta el 16 de abril de 1956 no alcanza a cumplirse tampoco el lapso de veinte años previsto en la propia Ley 50 de 1936 para que se consume la prescripción extraordinaria.

8.—El Tribunal de Bogotá desechó con el mismo tratamiento, así la acción intentada por Matilde Warschawski de Gutt como la propuesta por Isabel Vergara de Medina. Dice en su fallo:

"Se impone, manifiestamente, el reconocer la eficacia del referido instrumento público (escritura 2346 de 13 de noviembre de 1934), validándolo legalmente, toda vez que el error común está previsto en nuestro Código Civil como un principio general deducido de la consagración expresa en artículos especiales, cuales son el 109, el 766, el 1069 y el 1634. Y si este título es válido, lo es también la enajenación efectuada por la señora de Gutt a favor de Ciro A. González. Por consiguiente, cuando enajenó a la señora de Medina el lote 18, ya había salido de su patrimonio (sic). El derecho del demandado Pablo Enrique González dimana legalmente de Ciro A. González. Este es el verdadero dueño (sic) de los predios reivindicados y no las demandantes. La acción reivindicatoria no puede prosperar.

"Y si es válido el mencionado título, lógicamente se sigue que la prescripción ordinaria está plenamente configurada".

Así olvidó o no tuvo en cuenta el sentenciador el claro texto de la escritura 2346 de 13 de noviembre de 1934, que con evidencia no comprende en la enajenación el solar número 18, vendido por Matilde Warschawski de Gutt no a Ciro A. González sino a la reivindicante Isabel Vergara de Medina por la citada escritura 3615 de 27 de mayo de 1955, Notaría 2ª de Bogotá. Por ello el Tribunal no se ocupó de esta titularidad ni del examen de la acción incoada por la misma Vergara de Medina que en el juicio demuestra los elementos adecuados a su prosperidad, según el examen que viene hecho.

9.—En consecuencia, el fallo recurrido hace quiebra por cuanto denegó la reivindicación de Isabel Vergara de Medina sobre el susodicho solar 18. Y son motivos suficientes para la sentencia de reemplazo los que aparecen expuestos.

De ellos se desprende en lo jurídico la imposibilidad de conceder al poseedor la calificación de buena fe, desde luego que si ostensiblemente por su título entró a recibir los solares 15, 16 y 17, bien sabía Ciro A. González que no estaba capacitado para abarcar el número 18. Y si lo transfirió a Pablo Enrique González fue inseparablemente del vicio posesorio original, puesto que ninguno de los dos González, enajenante y adquirente, pudo ignorar que el título emanado de Matilde Warschawski en manera alguna comprendía el solar 18, conforme a la escritura 2346 y su registro igualmente públicos.

Si entre sus causantes Ciro A. González hizo mención de Néstor Segura como que figurara en calidad de enajenante en tal escritura 2346, esta circunstancia lejos de purgar el vicio lo acentúa, cuando salta a la vista que Segura no aparece para nada en el instrumento dicho. Así Pablo Enrique González no pudo tener sobre el solar 18 la persuasión de haber recibido el dominio de quien tenía la facultad de enajenarlo.

Debe entonces restituírlo a quien exhibe título

prevaleciente, Isabel Vergara de Medina, y los frutos con calificación de mala fe para el poseedor.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha 18 de agosto de 1959 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revoca la de primera instancia y en su lugar resuelve:

1º.—Condénase al demandado PABLO ENRIQUE GONZALEZ a restituir a ISABEL VERGARA DE MEDINA dentro del término de seis días a partir de la ejecutoria de obedézcase y cúmplase, el solar número 18, determinado en la súplica segunda de la demanda inicial. La restitución comprenderá además los frutos a partir del seis de junio de 1959, fecha en que comenzó la posesión de Pablo Enrique González. El valor de los frutos y las otras prestaciones mutuas a que hubiere lugar se liquidarán por el trámite señalado en el artículo 553 del Código Judicial, dentro del tratamiento legal para los poseedores de mala fe.

2º.—Niéganse las súplicas de la demandante Matilde Warschawski de Gutt y, en consecuencia, sobre ellas se absuelve al demandado.

3º.—La mitad de las costas de primera instancia a cargo del demandado y a favor de Isabel Vergara de Medina. Sin costas en segunda instancia y en casación.

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

Enrique Coral Velasco. —Gustavo Fajardo Pinzón. — Enrique López de la Pava. — José Hernández Arbeláez. —Ricardo Hinestrosa Daza, Conjuez.— Ignacio Gómez Posse, Conjuez.— Ricardo Ramírez L., Secretario.



CASASE, POR INCONGRUENTE, UN FALLO RESCISORIO DE LESION ENORME, Y PROVEESE SOBRE LOS PUNTOS QUE QUEDARON SIN REGLAMENTACION EN LA PROVIDENCIA INFIRMADA

Nulidades procesales atendibles en casación. Restituciones recíprocas como complemento obligado de la rescisión de la compraventa, a causa de lesión enorme. Mínima petita.

1.—La nulidad del juicio, de que trata el ordinal 3º del artículo 448 del C. J., elevada a causal sexta de casación por el artículo 520 ibidem, no es la de cualquiera actuación parcial dentro del proceso, sino la producida únicamente por "la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio". En el caso de autos, el demandado fue debidamente citado al juicio y estuvo presente en la persona de su apoderado durante todo el debate, luego no hay campo a la causal sexta alegada.

2.—La rescisión de la compraventa de inmuebles por lesión ultramitad, es fenómeno que al consumarse implica la anulación del contrato por causa del vicio que la lesión enorme envuelve y que no optó por subsanar en forma legal aquél de los contratantes contra el cual se pronunció (1968 C.C.). Es entonces aplicable la regla del artículo 1746 ibidem que, para los casos de pronunciamiento de nulidad en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada, impone, por imperativo de justicia elemental, el cumplimiento de las consecuenciales restituciones mutuas entre las partes.

3.—Toda demanda en que se ejercite la acción rescisoria por lesión enorme lleva implícita la solicitud de las restituciones mutuas como complemento obligado de la acción misma, esto es, sin necesidad de que los litigantes formulen petición expresa en este punto. Tal ha sido, como no podía ser de otro modo, la doctrina constante de la Corte, contenida en múltiples fallos. (Véase, por ejemplo, Gaceta Judicial T. LXXVII, 113 a 116).

4.—Si decretada la rescisión por lesión enorme, el comprador no opta por la subsistencia del contrato, allanándose a completar el justo precio con deducción de una décima parte, así como él está obligado a restituir al vendedor la cosa y sus frutos productivos desde el día de la demanda, también tendrá derecho a que el vendedor le restituya el precio por éste recibido con sus intereses legales igualmente desde el día de la demanda y le abone, de acuerdo con las reglas generales, el valor de las mejoras hechas por el comprador en la cosa (arts. 961 a 970, 1746 y 1948 del C. Civil).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, D. E., diez de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 22 de mayo de 1959, en el juicio ordinario seguido por Juan de Jesús Martínez contra Angel María Aguirre.

— I —

EL LITIGIO

1.—Juan de Jesús Martínez P. demandó, ante el Juez Civil del Circuito de Facatativá, a Angel María Aguirre para que, mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, se resuelva lo siguiente:

A)—Que queda rescindido, por causa de lesión enorme, el contrato recogido en la escritura número 343 de 3 de agosto de 1951 de la Notaría de Villeta, consistente en la venta que el actor hizo al demandado Angel María Aguirre, de tres lotes de tierra, con todas sus anexidades, mejoras, usos y costumbres, ubicados en la vereda de Cune, jurisdicción municipal de Villeta y que forman un solo globo determinado por los siguientes linderos. "Partiendo del mojón marcado con la letra Z. que se encuentra a orillas de un chorro, sigue chorro arriba hasta encontrar el mojón marcado con la letra J., vuelve aquí hacia la izquierda en línea recta a encontrar el mojón marcado con la letra X., vuelve aquí a la derecha en línea recta hasta encontrar el mojón de piedra al pie de una falda; de aquí, formando un pequeño ángulo en línea recta hasta encontrar sobre el filo un mojón de piedra con terrenos de la señora Carmen v. de Nieto, linda por este costado con parcela de los señores Aparicio Téllez y Emilio Gómez; de aquí vuelve hacia la izquierda por todo el filo y por una cerca de alambre, hasta encontrar un mojón de piedra que está sobre el mismo filo; de aquí vuelve hacia abajo en línea recta hasta encontrar un mojón de piedra marcado con las letras B. C. o un árbol gualanday, linda por esta recta con predios de Máximo Bustos; de aquí, vuelve hacia la izquierda por una cerca de alambre hasta encontrar el mojón marcado con el signo ½ que está en una cuchilla; de aquí vuelve hacia la derecha por una cerca de alambre hasta encontrar el mojón marcado con la letra A.; de aquí vuelve hacia la izquierda en línea recta hasta encontrar el mojón marcado con la letra Z., punto de partida, sobre esta recta se encuentra el mojón marcado con la letra V., en un zanjón linda por este costado con terreno del señor Aristóbulo Yepes".

B)—Que, para el caso de que el demandado opte por rescisión del contrato, se le condene a las siguientes prestaciones:

Primero.—A entregar al demandante el predio materia de tal contrato, tres días después de ejecutoriada la sentencia;

Segundo.—A entregar al mismo demandante los frutos civiles y naturales de la finca, percibidos o los que éste hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, si ella hubiera estado en su poder, desde la contestación de la demanda.

Parágrafo.—Que, si la cuantía de los frutos no pudiere determinarse en el pleito, se pronuncie la condenación en abstracto, para hacerlos efectivos en juicio separado.

Que el inmueble se entregue purificado de hipotecas, arrendamientos, embargos y cualesquiera otros derechos reales que sobre él se hayan constituído.

C)—Que, para el caso de que el demandado opte por la subsistencia (el libelo dice erróneamente rescisión) del contrato, se le condene a lo siguiente:

Primero.—A pagar al demandante, seis días después de notificada la sentencia, la suma de pesos equivalente a la diferencia entre el valor estipulado en el contrato y el justo precio que se le asigne al inmueble en este juicio, menos la décima parte de esa diferencia;

Segundo.—Al pago de los intereses legales desde la contestación de la demanda.

D)—Que si el demandado se opone a la prosperidad de esta acción, se le condene en las costas del proceso

2.—Como HECHOS de la acción se expusieron textualmente los siguientes:

"Primero.—Por medio de la escritura pública Nº 343 de 3 de agosto de 1951 otorgada en la Notaría de Villeta, Juan de Jesús Martínez P. vendió al demandado Angel María Aguirre el lote de terreno determinado en la petición A) de la demanda.

"Segundo.—En la venta a que se hizo referencia en el hecho anterior quedaron comprendidas todas las mejoras existentes dentro del lote alinderado; mejoras consistentes en plantaciones de caña de azúcar, casa de habitación, enramada, trapiche, hornilla y todos los demás utensilios necesarios para la elaboración de panela y miel, plantaciones de plátano, yuca, pastos artificiales, cercas de alambre, etc.

"Tercero. El precio o valor del lote de terreno a que se contrae esta demanda junto con todas las mejoras fue la suma de CUATRO MIL PESOS ($ 4.000.oo) moneda corriente, los cuales fueron pagados de contado al tiempo del otorgamiento de la escritura ya citada.

"Cuarto.—Al tiempo de la venta, el objeto de

ésta valía por lo menos la suma de QUINCE MIL PESOS ($ 15.000.oo).

"Quinto.—Durante los años de 1950, 1951 y 1952 fueron muchas las personas que tuvieron que abandonar sus bienes para ir a buscar refugio en las ciudades bien pobladas para librarse así de la ola de barbarie que azotó a toda la nación.

'Sexto.—Mi mandante Juan de Jesús Martínez P. obligado por las circunstancias se vio precisado a efectuar la venta de sus bienes al señor Angel María Aguirre por la suma de CUATRO MIL PESOS ($ 4.000.oo), cantidad ésta que no cubre ni en una tercera parte el valor justo de la finca al tiempo de la negociación.

"Séptimo.—La finca o lote a que se contrae esta demanda le fue entregada por el vendedor Juan de Jesús Martínez P. al comprador Angel María Aguirre materialmente desde la fecha en que se firmó la escritura de venta ya referida.

"Octavo.—Los frutos naturales y civiles percibidos desde la fecha de la entrega de la finca hasta hoy, necesariamente ascienden a una suma mayor que la que mi mandante recibió por concepto de la venta, pues las solas mejoras sin incluir el precio de la tierra valían muchísimo más de cuatro mil pesos.

3.—En DERECHO sustantivo, se invocaron concretamente los artículos 1494 y 1946 del Código Civil.

4.—El demandado contestó oponiéndose a que se le hagan las declaraciones y condenaciones solicitadas en el libelo, especialmente en cuanto al pago de frutos y a la restitución del predio, ya que en la venta de que se trata no existe la lesión enorme de que habla la demanda; y para el caso de que ésta llegue a prosperar, solicita que, en cuanto al pago de los frutos, se dé aplicación a lo dispuesto en el artículo 553 del C. J., y en cuanto a las mejoras que hayan sido plantadas por el demandado, quien es poseedor de buena fe y con justo título, se ordene su avalúo.

A los hechos respondió así:

Al primero, ser verdadero.

Al segundo: no ser cierto que existieran las mejoras o plantaciones de que el hecho trata, salvo algunas de caña de azúcar en estado de absoluto abandono; ni existía casa de habitación, y la enramada del trapiche y todos los implementos se encontraban en absoluto abandono y deterioro.

Al tercero: no ser cierto, porque el precio que el comprador Aguirre pagó al vendedor Martínez no fue el de cuatro mil pesos ($ 4.000.oo) que reza la escritura, sino el de seis mil quinientos pesos ($ 6.500.oo), cubiertos así: tres mil pesos ($ 3.000.oo) que, por cuenta del comprador, entregó el señor Campo Elías Barreto al vendedor, en su casa de habitación en Villeta; tres mil pesos ($ 3.000.oo) pagados a éste, mediante cheque, por Jesús Correal y por cuenta de Aguirre, en la Caja Agraria de Villeta; y los quinientos pesos ($ 500.oo) restantes que Aguirre personalmente satisfizo en dinero efectivo. Fue a solicitud de Martínez y para economizar impuestos por lo que se hizo figurar como precio de la venta el de cuatro mil pesos ($ 4.000.oo).

Al cuarto: No ser verdad que la finca valiera en la época de la venta más de quince mil pesos ($ 15.000.oo), pues su precio comercial y justo era el de seis mil quinientos pesos ($ 6.500.oo), que pagó el comprador.

Al quinto: Juan de J. Martínez no vendió la finca por causa de la violencia, pues no fue perseguido en sus intereses ni en su persona. La estaba vendiendo, porque carecía de dinero para ponerla en condiciones de productividad y porque debía varias sumas, especialmente a la Caja Agraria, que le adelantaba ejecución. Por la misma situación política que entonces existía, la propiedad rural estaba considerablemente depreciada, tanto que el precio que pagó Aguirre excedía al comercial de la finca, la que sólo había costado al demandante, en mayor extensión y mediante algunas compras sucesivas, la suma de dos mil trescientos pesos ($ 2.300.oo).

Finalmente, dijo no ser cierto que los frutos percibidos por Aguirre, desde la fecha de la entrega hasta el día de la contestación de la demanda, ascendieran a una suma superior a la pagada por éste como precio; y que en el principio Aguirre no sólo no sacó utilidad alguna de la finca, sino que tuvo que invertir considerables sumas de dinero, para ponerla en condiciones de productividad al cabo de dos años.

5.—Terminó la primera instancia con fallo absolutorio del demandado, que recurrido por el actor, fue revocado por el Tribunal mediante la sentencia de 22 de mayo de 1959. En la parte considerativa de esta última se da por probado el hecho de que el precio real de la venta, pagado por el comprador, fue la cantidad de seis mil quinientos pesos ($ 6.500.oo); y en la decisoria se resolvió, en lugar de la de primer grado, lo siguiente:

"Primero.—Decrétase la rescisión, por causa de lesión enorme, del contrato de compraventa celebrado entre Juan de Jesús Martínez y Angel María Aguirre, por medio del cual el primero vendió al segundo mediante la escritura pública número trescientos cuarenta y tres (343), de tres (3) de agosto de mil novecientos cincuenta y uno (1951), pasada ante el Notario de Villeta, y por la cantidad de seis mil quinientos pesos ($ 6.500.oo), el globo de terreno, junto con sus mejoras y anexidades, situado en la vereda de Cune, Municipio de Villeta, alinderado como se expresa en la petición primera de la demanda.

"Segundo.—El comprador Angel María Aguirre restituirá al vendedor Juan de Jesús Martínez, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, el globo de terreno a que se refiere el numeral anterior totalmente libre de gravámenes y derechos reales que sobre él haya constituído, y le pagará los frutos civiles y naturales de dicho inmueble a partir de la contestación de la demanda.

"Tercero.—Queda a salvo a favor del comprador Angel María Aguirre el derecho opcional que le confiere el artículo 1949 del Código Civil, del cual hará uso dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, siendo entendido que si dentro de ese término no opta por completar el justo precio de la cosa vendida, con deducción de una décima parte, se mirará como que consiente en la rescisión decretada en este fallo.

"Cuarto.—Si el comprador opta por completar el justo precio, con deducción de una décima parte, le pagará al vendedor los intereses legales de la suma que salga a deber, desde la contestación de la demanda.

"Quinto.—En el caso de que el comprador opte por la rescisión, se cancelará la inscripción de la escritura de compraventa mencionada, para lo cual se librará oficio a la oficina de Registro respectiva.

"Sexto.—Con excepción de las del recurso, se condena al demandado en las costas del juicio".

6.—Interpuesto por el demandado el recurso de casación contra esta providencia, entra la Corte a pronunciarse sobre el mismo.

— II —

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

1.—Cuatro cargos formula el impugnante relacionados el primero y el segundo con la causal 1ª de casación: el tercero con la 2ª y el cuarto con la 6ª. Se estudiarán en el correspondiente orden lógico (C. J. art. 537), posponiendo al último término el de la causal 2ª, por cuanto la naturaleza de su planteamiento supone la improsperidad de los que le preceden.

CAUSAL SEXTA

2.—**Cuarto cargo.**—Dice la acusación que la actuación del Tribunal adolece de la nulidad contemplada en el ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial, con quebranto del Título Tercero de la Constitución, artículo 26, y de los artículos 709 y 713 del Código Judicial.

A intento de concretar la censura, alega en sustancia que el Juez Municipal de Villeta, en la práctica de la inspección ocular con peritos para que fue comisionado por el Tribunal, dejó de notificar el auto por el cual designó nuevo perito en reemplazo del tercero que no aceptó, auto que fue dictado con la fórmula de "cúmplase", privando así al demandado del derecho de tachar a este perito y preterm itiendo normas procesales de rigurosa observancia, de lo que resulta fallida la prueba sobre la cual se fundó el sentenciador, con quebranto de los mencionados artículos del Código Judicial, y viciado de nulidad la actuación.

SE CONSIDERA:

3.—Es improcedente el cargo, por dos razones:

1ª.—Porque la nulidad del juicio, de que trata el ordinal 3º del art. 448 del C. J., elevada a causal sexta de casación por el art. 520 ibidem, no es la de cualquiera actuación parcial dentro del proceso, sino la producida únicamente por "La falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio". En el caso de autos, el demandado señor Aguirre fue debidamente citado al juicio y ha estado presente en la persona de su apoderado durante todo el debate, luego no hay campo a la causal alegada.

2ª.—Porque, si el recurrente estima que el referido experticio quedó viciado de nulidad, debió atacarlo por el motivo dicho en las oportunidades que al efecto tuvo en la instancia. Pero, como no lo hizo así, su reparo al efecto es inatendible en casación, por implicar un medio nuevo.

CAUSAL PRIMERA

4.—**Cargos Primero y Segundo.**—Se reúnen para

despacharlos en un solo capítulo, en cuanto por ellos se pretende la infracción de unos mismos preceptos y por los mismos motivos, con la única diferencia que en el primer cargo se tilda de error de hecho la apreciación de la prueba, y en el segundo de error de derecho.

5.—Siendo en principio, contrario a la índole del recurso, el alegar simultáneamente estas dos especies de error en la estimación de un mismo elemento probatorio, tendrá que ventilarse el acusamiento en el campo del cargo que, atendidos los factores de impugnación, resulte susceptible de estudio. La Sala se ocupará, pues, de la censura en cuanto plantea la violación de ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 1947 del Código Civil al caso del pleito, como consecuencia del error evidente de hecho en que se dice haber incurrido el sentenciador al apreciar la prueba pericial producida en la segunda instancia.

6.—La tacha así propuesta, la asienta el acusador sobre el siguiente razonamiento: Que de los tres dictámenes rendidos por los peritos Benavides, Linares y Fiscio, componentes de la prueba pericial de la segunda instancia, en que se fundó el sentenciador para determinar el justo precio del inmueble al tiempo del contrato, el primero señaló la cantidad de $ 16.525.oo, el segundo la de $ 10.900.oo y el tercero la de $ 13.700.oo; que si ello es así, la diferencia entre los dos extremos resulta ser de $ 5.625.oo, que excede al cincuenta por ciento del extremo menor; que así los datos, era el caso de que el Tribunal, al tenor del artículo 721 del C. J., hiciese la regulación con base en todos los dictámenes o designáse de oficio peritos para otro avalúo. Pero, que no fue ésto lo que hizo, sino que, por haber sumado mal las partidas en que se descompone el avalúo del perito Benavides, cayó en el error evidente de suponer que éste había señalado la cantidad de $ 16.175.oo y, creyendo por consiguiente que la diferencia entre los dos extremos era de $ 5.275.oo, que no excede del cincuenta por ciento del extremo menor, procedió a sacar el medio aritmético de los tres dictámenes, lo que le dió un resultado de $ 13.591.67 como precio justo del inmueble para el día del contrato. Y que si el Tribunal no hubiese incurrido en este error, las conclusiones de su fallo hubieran sido distintas y no hubiera violado, como lo hizo, por aplicación indebida el artículo 1947 del C. C.

SE CONSIDERA:

7.—Basta leer con atención el dictamen del perito Benavides, para ver que la serie de partidas que éste trae a cuento en la primera parte de su trabajo y que el recurrente suma para obtener el monto de $ 16.525.oo, no la consignó allí el perito Benavides como expresión de todos los sumandos de que iba a servirse para obtener la cantidad representativa del precio del inmueble en la época en que éste fue vendido por el demandante Martínez al demandado Aguirre, sino a modo de planteamiento general de los aspectos cuantitativos del problema. Efectivamente, entre las partidas de tal serie que el impugnante suma, hay una cuyo valor no corresponde al tiempo en que se celebró el contrato, sino a la época de la rendición del dictamen. Es la que reza: "Una y media fanegada en maiz, yuca, plátano de este año de sembrada, valor de esta mejera..... $ 350.oo". Réstese esta cantidad de la suma de $ 16.525.oo, mal hallada por el recurrente, y se obtendrá como resultado la de $ 16.175.oo que es la que tuvo en cuenta el Tribunal como avalúo dado por el perito Benavides y que es ciertamente la que éste fijó en la segunda parte u OTROSI de su concepto, en los siguientes términos: "Para mayor aclaración y comprensión del presente dictamen, manifiesto que el valor total de la finca 'MONTE CARA DE PERRO' en la época en que fue vendida por Juan de J. Martínez al señor Angel María Aguirre, es de DIECISEIS MIL CIENTO SETENTA Y CINCO PESOS M/cte. ($ 16.175.oo) según mi leal saber y entender de estas cuestiones".

Lo expuesto demuestra incuestionablemente: que el sentenciador no cometió el error de hecho que se le imputa: que si dió, en el caso, a la prueba pericial el tratamiento imperado por la ley; y que por lo mismo no violó en forma alguna el artículo 1947 del C. C., al decretar, como lo hizo, la rescisión por lesión enorme de la venta en referencia.

CAUSAL SEGUNDA

8.—Cargo tercero.—Se acusa a la sentencia de no estar en consonancia con las pretensiones deducidas en el juicio, porque, para el caso de que el comprador deba restituir el inmueble por dejar que prevalezca la rescisión decretada, omitió pronunciarse sobre los siguientes puntos: 1º abono a cargo del actor, de las mejoras necesarias y útiles hechas por el demandado en la finca; 2º pago a

cargo del actor de los intereses legales sobre la suma de $ 6.500.oo que por concepto de precio pagó el demandado y de la cual no se acordó el Tribunal, al condenar a éste a la restitución de predio y frutos, "como si el demandado no hubiera pagado ningún precio al actor"; y 3º retención del inmueble en manos del comprador vencido, mientras por el demandante no se le restituya la expresada suma, con sus intereses legales y el valor de las mejoras. Así las cosas, se arguye ser la sentencia violatoria de los artículos 965, 966, 970, 1906 y 1946 del C. C.

SE CONSIDERA:

9.—La rescisión de la compraventa de inmuebles por lesión de ultramitad, es fenómeno que al consumarse implica la anulación del contrato por causa del vicio que la lesión enorme envuelve y que no optó por subsanar en forma legal aquel de los contratantes contra el cual se pronunció la rescisión. Es entonces aplicable la regla del artículo 1746 del Código Civil que, para los casos de pronunciamiento de nulidad en sentencia que tenga la fuerza de cosa juzgada, impone, por imperativo de justicia elemental, el cumplimiento de las consecuenciales restituciones mutuas entre las partes.

10.—Quiere decir, por lo tanto, que toda demanda de esta especie lleva implícita la solicitud de las restituciones mutuas como complemento obligado de la acción misma, esto es, sin necesidad de que los litigantes formulen petición expresa en este punto. Tal ha sido, como no podía ser de otro modo, la doctrina constante de la Corte contenida en múltiples fallos, de uno de los cuales se transcribe lo siguiente: "Esto demuestra que demandada la venta por lesión de ultramitad, se pide también en forma implícita, pero no menos clara, el decreto judicial sobre prestaciones mutuas: y que si el juzgador la rescinde, está en la necesidad de proveer sobre las últimas, a fin de conseguir que se restablezca el equilibrio entre las partes. Reconocida la causa civil de rescisión, se reconocen también sus efectos jurídicos, aunque la demanda no contenga súplica expresa en materia de restituciones recíprocas, envueltas necesariamente en el objeto de la súplica y en los fines de la acción judicial" (LXXVIII, 2144, págs. 113 a 116)

11.—Es, pues, claro que, si decretada la rescisión por lesión enorme, el comprador no opta por la subsistencia del contrato, allanándose a completar el justo precio con deducción de una décima parte, así como él está obligado a restituir al vendedor la cosa y sus frutos producidos desde el día de la demanda, también tendrá derecho a que el vendedor le restituya el precio por éste recibido de sus intereses legales igualmente desde el día de la demanda y le abone, de acuerdo con las reglas generales, el valor de las mejoras hechas por el comprador en la cosa (artículos 961 a 970, 1746 y 1748 del C. C.).

12.—Ciertamente, en el caso del pleito, el Tribunal, al reglamentar la hipótesis de que el comprador opte por rescisión del contrato, no se pronunció en sentido alguno, ni respecto de la restitución a su favor del precio por él pagado, ni en cuanto al abono de los intereses del mismo y de las mejoras correspondientes. Y así, el fallo acusado, al dejar de proveer sobre puntos incluídos en la relación jurídica-procesal, incurrió en el defecto de *mínima petita*, incongruencia que impone su casación, a fin de subsanar tales deficiencias.

— III —

CONSIDERACIONES PARA LA SENTENCIA DE INSTANCIA

1.—Los razonamientos en que se basa la casación sirven de fundamento al fallo de instancia que entra a dictar la Corte.

2.—Para el caso de que el demandado opte por la rescisión del contrato, sólo cabe la condena del vendedor al pago de las mejoras en abstracto, pues del conjunto probatorio no resulta la discriminación de las mismas como lo exige la ley (artículos 965, 966 y 967 del C. C.). Además, aunque los peritos en la segunda instancia estimaron también el precio actual de la finca, con todo, de esos conceptos no resulta que el mayor valor que hoy tiene se deba únicamente a las mejoras que hayan sido puestas por el demandado, con exclusión de las causas naturales o de la mera influencia del transcurso del tiempo. Así, al señalar el precio de actualidad, el perito Benavides dice que lo hace "habida consideración del mayor aumento que han registrado todas las cosas en sus precios"; el perito Linares, no formula por este aspecto consideración especial alguna; y el perito Enciso opina que "de acuerdo con el precio de la tierra y artículos vencidos en el año de mil novecientos cincuenta y uno, los valores de la tierra y mejoras, cultivos, así como valor de los jornales, la diferencia existente con

los precios actuales, es en realidad muy poca y esto explica la situación en que colocó los precios de la tierra y cultivos. En cuanto al valor actual de la misma finca, teniéndose en cuenta el estado de sus cultivos, la que siguiendo las voces de los testigos que conocieron esa finca en la época en que fue vendida, existen en su mayoría, observándose que las adaptaciones introducidas a la enramada, trapiche y batería, que son obra nueva con algunas modificaciones, es claro que su precio es muy distinto.....". Quiere decir que para el caso de que el demandante haya de abonar mejoras útiles y opte por pagar-lo que en virtud de tales mejoras y sólo por esta causa valiere más la cosa al tiempo de la restitución, no hay manera de obtener de los dictámenes periciales el dato así especificado. Por todo lo cual, el decreto sobre abono de mejoras a que tenga derecho el comprador, se referirá a éstas en abstracto.

En igual forma se proveerá respecto de la restitución de frutos a que pueda haber lugar en favor del vendedor.

3.—Como el demandante reclama los frutos a partir de la contestación de la demanda y así lo decretó el Tribunal, éste será también el punto de partida del curso de los intereses que sobre el precio por restituir haya de abonar el vendedor.

4.—Como las prestaciones mutuas han de ser la expresión de un equilibrio jurídico, quiere decir que al consumarse la rescisión del contrato, ellas habrán de satisfacerse simultáneamente dentro del plazo respectivo, que lo será el de tres días subsiguiente al en que quede ejecutoriado el auto por el cual, mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, se fijen las cuantías de los frutos que resulten a cargo del demandado y de las mejoras que resulten a cargo del demandante, siendo compensables las recíprocas prestaciones hasta concurrencia de sus valores.

5.—Por lo que hace al derecho de retención alegado en el recurso extraordinario, es claro que el demandado podrá, de acuerdo con la ley, hacer uso de él llegado que sea el momento de las restituciones que resulten a su favor y en tanto que no haya sido satisfecho de las mismas.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida y como Tribunal de Instancia falla este juicio así: REVOCASE la sentencia de primer grado proferida en esta causa por el Juez Primero Civil del Circuito de Facatativá, con fecha nueve (9) de mayo de mil novecientos cincuenta y seis (1956), y en su lugar se RESUELVE:

PRIMERO.—Decrétase, por causa de lesión enorme sufrida por el vendedor, la rescisión del contrato de compraventa celebrado entre Juan de Jesús Martínez y Angel María Aguirre, mediante la escritura pública número trescientos cuarenta y tres (343) de tres (3) de agosto de mil novecientos cincuenta y uno (1951), otorgada en la Notaría del Circuito de Villeta, contrato conforme al cual el primero vendió al segundo por el precio de seis mil quinientos pesos ($ 6.500.00) el globo de terreno, con sus mejoras y anexidades, situado en la vereda de Cune, Municipio de Villeta, determinado por los linderos al principio indicados y que son los mismos que se expresan en la petición A) de la demanda;

SEGUNDO.—Déjase en salvo a favor del comprador Angel María Aguirre el derecho a la opción que le confiere el artículo 1948 del Código Civil, respecto del cual deberá manifestar su determinación ante el juez de primera instancia, dentro de los seis (6) días siguientes al en que quede ejecutoriado el auto de obedézcase y cúmplase relativo a esta sentencia, siendo entendido que si dentro de ese término el demandado guardare silencio se mirará como que consiente en la rescisión decretada;

TERCERO.—Si no consintiere en la rescisión, el comprador Angel María Aguirre completará el justo precio del inmueble, esto es trece mil quinientos noventa y un pesos y sesenta y siete centavos ($ 13.591.67), con deducción de una décima parte; lo que, sobre la base de seis mil quinientos pesos ($ 6.500.00) recibidos por el vendedor como precio, arroja un saldo complementario de cinco mil setecientos treinta y dos pesos y cincuenta centavos ($ 5.732.50), cantidad esta última que el comprador deberá pagarle, con sus intereses legales causados desde la contestación de la demanda, dentro de los (3) días siguientes al en que el comprador haya expresado su opción;

CUARTO.—Para el caso de que el demandado opte por la rescisión del contrato, se dispone lo siguiente:

a)—El comprador Angel María Aguirre restituirá al vendedor Juan de Jesús Martínez el globo

de terreno a que se refiere el numeral primero, completamente libre de gravámenes y derechos reales que sobre él haya constituído, y le pagará los frutos civiles y naturales del dicho inmueble a partir de la contestación de la demanda;

b)—El vendedor Martínez restituirá al comprador Aguirre la cantidad de seis mil quinientos pesos ($ 6.500.oo) que el primero recibió del segundo como precio de la venta, y sus intereses legales causados desde la contestación de la demanda;

c)—El mismo demandante abonará al demandado el valor de las mejoras que éste haya hecho en la finca y a cuyo reconocimiento tenga derecho de conformidad con la ley. A este efecto se dará al demandado el tratamiento de poseedor de buena fe hasta la contestación de la demanda;

d)—El importe de frutos y el de mejoras de que tratan los ordinales a) y c) de esta reglamentación se fijarán, en la ejecución de esta sentencia, mediante un incidente único, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 480 y 553 del Código Judicial;

e)—Como plazo para el pago de todas las prestaciones de que tratan los ordinales a), b) y c) de esta reglamentación, fíjase el de los tres (3) días siguientes al en que quede ejecutoriado el auto por el cual se apruebe o regule la liquidación de frutos y mejoras en el incidente de que trata el ordinal inmediatamente anterior. Las recíprocas prestaciones serán compensables hasta concurrencia de sus valores y el demandado podrá hacer uso del derecho de retención en los términos de la ley;

f)—El Juez Primero Civil del Circuito de Facatativá ordenará al Notario del Circuito de Villeta la cancelación de la escritura pública número trescientos cuarenta y tres (343) de tres (3) de agosto de mil novecientos cincuenta y uno (1951), y al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Facatativá la de la inscripción de la misma escritura, de modo que queden vigentes los registros anteriores a favor de Juan de Jesús Martínez P., una vez que éste haya hecho al demandado las restituciones correspondientes.

QUINTO.—Condénase al demandado en las costas de la segunda instancia.

Sin costas en el recurso de casación.

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

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

NO SE CASA LA SENTENCIA QUE ACEPTO EL DESISTIMIENTO, POR PARTE DEL ARRENDATARIO, DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y QUE NEGO LA SOLICITUD DE PROFERIR CONDENA POR PERJUICIOS

1.—La redacción de un escrito deja memoria del acuerdo de voluntades, pero ninguna virtud posee para transformar el contrato de arrendamiento de eminentemente consensual que es, en contrato solemne. Por manera que si el escrito no aparece en papel sellado ni con los timbres necesarios y los apremios fiscales disponen que el documento no podrá ser tenido como prueba, nada hace sin embargo con la naturaleza jurídica del negocio, que bien puede probarse por otros medios y especialmente por confesión judicial, desde luego que no se trata de exigencias ad substantiam.

2.—El régimen contractual obedece a intereses jurídicamente protegidos, lo cual exige firmeza y seguridad en las transacciones. Así, en la celebración del contrato va implícito para las partes el deber de evitar todo lo que pueda comprometer su validez y ejecución práctica. Se requiere que estén exentas de culpa a tiempo de su contratación. Cuando el daño se origina en el incumplimiento de alguna de las partes, se contempla el interés contractual positivo. Y cuando la firmeza de la contratación se afecta por causa imputable a la conducta de alguna de las partes, surge a su cargo y a favor de la otra parte la obligación de indemnizarla por el interés contractual negativo, esto es en razón de negocio jurídico que por culpa de uno de los contratantes no alcanzó a recibir siquiera un principio de ejecución.

3.—La teoría de la culpa in contrahendo, como causa de responsabilidad en el campo de la ineficacia contractual a consecuencia de conducta errónea de una de las partes, es la culpa coetánea a la contratación. Y el daño indemnizable consiste en la privación del interés legítimo que la parte inocente habría derivado del contrato que no alcanzó a tener oportunidad de ejecución por culpa de la otra parte contratante, quien debe resarcir el perjuicio.

4.—El artículo 1983 del Código Civil contempla la situación en que el arrendador por hecho o culpa suya se volvió en la imposibilidad actual de efectuar la entrega en el momento debido, y no en otro cualquiera. Estuvo al tiempo del contrato obligado a prever todos los factores capaces de impedir por su parte la oportuna ejecución del acuerdo de voluntades. Así, si en el terreno de los hechos el contrato no llegó a tener siquiera un principio de ejecución dentro de su equilibrio bilateral, por causas imputables al arrendador, es de equidad natural que indemnice el daño al arrendatario, quien, a su albedrío, está facultado de plano para desligarse de la contratación que vino a serle de efectos negativos. Pero es también claro que si a sabiendas de la imposibilidad de entrega en determinada fecha, el arrendatario sin embargo contrata, ya no ha de tener derecho alguno a ser indemnizado y a desligarse del vínculo contraído con esa especial fisonomía.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, doce (12) de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

En el presente juicio ordinario de Enrique Monsalve contra Félix Prieto Medina los hechos aseverados en la demanda inicial se transcriben

a continuación, junto con las correspondientes respuestas:

"1º—Con fecha 8 de marzo del año en curso (1957), mi mandante celebró con el señor Félix Prieto Medina, ciudadano colombiano, en pleno goce de sus derechos civiles, radicado en esta ciudad, un contrato de arrendamiento de un fundo, ubicado en la región suburbana de Cali, en el paraje conocido con el nombre de **Meléndez**, constante de una gran casa de dos plantas, piscina, garages y el terreno adyacente, que se conoce con el nombre de **Casablanca** y que tiene, además, una construcción menor, para peones y kiosco, todo en buen estado. El plazo o término de duración de dicho arrendamiento fue el de un año (desde el 15 de marzo de 1957 hasta el 15 de marzo de 1958), al precio o renta de $ 1.000 mensuales, a cuyo cargo recibió el arrendador las dos primeras mensualidades, es decir, $ 2.000 en el momento de suscribir el documento privado en que tal contrato se hizo constar".

Respuesta.—"El hecho primero: **ES CIERTO**".

"2º.—Como lo dejo dicho, mi mandante cumplió, por su parte, la obligación esencial que le competía, cual era de la de pagar la renta estipulada, quedando de cargo del arrendador la satisfacción de su obligación cardinal y esencial, de entregar la cosa arrendada y mantenerla en estado de servicio, según la clara disposición del artículo 1982 del Código Civil".

Respuesta.—"El hecho segundo: NO ES CIERTO COMO ESTA REDACTADO. El señor Enrique Monsalve, sabía, que el inmueble estaba arrendado a los señores Salomón Zuluaga y Carlos Aristizábal G. y la entrega se supeditó de común acuerdo entre las partes, a la fecha de entrega del inmueble a mi poderdante".

"3º.—Pero resultó que el arrendador tenía en dicho dio (sic) un inquilino anterior, a un canon de arrendamiento inferior ($ 600 mensuales), sin que se atine a saber qué prendas o seguridades podía tener o tuvo el señor Prieto Medina para abrigar la seguridad de que conseguiría la desocupación del arrendatario cuando él lo demandase o quisiese. Pero lo cierto fue que el arrendador no ha podido a esta fecha obtener la entrega del inmueble que alquiló, en forma tan ligera y desconsiderada a mi poderdante".

Respuesta.—El hecho tercero: NO ES CIERTO COMO ESTA REDACTADO. No ha habido ligereza por parte de mi poderdante al efectuar el contrato de arrendamiento con el señor Monsalve, y como se dijo anteriormente, este señor sabía que el inmueble estaba arrendado y que el cumplimiento por parte de mi poderdante se había condicionado a la entrega del inmueble".

"4º.—En forma reiterada y enfática, el señor Prieto Medina garantizó al arrendatario, señor Monsalve S. que se le entregaría el 15 de marzo pasado el inmueble que le había arrendado, con destino al funcionamiento de un CLUB CAMPESTRE y le hizo hacer los aprestos de todos los muebles y enseres requeridos para la instalación de una Fuente de Soda y Restaurante; conseguir un socio, el señor José Arboleda, quien, al ver fallido el negocio exigió una condigna indemnización; obtener dinero a crédito, que aún no ha sido posible satisfacer (del señor Antonio Corrales), pagando el respectivo comisionista (Gustavo Jaramillo), así como indemnizar a la señora Lucía Valencia, quien se iba a hacer cargo del Restaurante y quien entregó la casa en que vivía, con lo cual sufrió múltiples y mortificantes perjuicios que hubo necesidad de reparar. Estos son perjuicios graves sufridos por mi poderdante por la imprudencia e incumplimiento del arrendador, quien debe indemnizarlos, conforme a las leyes de la equidad y el honor, en armonía con claras disposiciones de nuestra ley civil".

RESPUESTA.—"El hecho cuarto: NO ES CIERTO. Nunca mi poderdante hizo ninguna promesa al señor Monsalve, y este señor teniendo conocimiento de que el inmueble estaba arrendado, se sometió a la contingencia de la entrega de la cosa arrendada, debido a que él consideraba que en ese sitio podía hacer un magnífico negocio....."

"5º.—El señor Prieto Medina ha tejido una serie inextricable de argucias y falsedades, llegando hasta el extremo de asegurar al Ministerio de Fomento que requería el inmueble para habitarlo con su familia, para hacer procedente el desahucio al inquilino actual, siendo así que ya había firmado el documento y celebrado el contrato de arrendamiento con el señor Monsalve S., lo que pone de manifiesto cierta falta de responsabilidad y seriedad en sus actuaciones, como habrán de establecerse en el curso de este debate".

Respuesta.—"El hecho quinto: NO ES CIERTO. La apreciación del distinguido apoderado del demandante, es a todas luces, superficial...".

"6º.—Estos manejos e incumplimiento por parte del arrendador, establecen un claro caso de culpa in contrahendo en este negocio, y, de una parte

autoriza a mi mandante para desistir del contrato y, por la otra, a ser resarcido de todos los perjuicios que ha sufrido por esta manera, ciertamente ligera y desatinada de contraer obligaciones y comprometer a las personas, en negocios no seguros o cuya viabilidad depende de extraños".

Respuesta.—"El hecho sexto: NO ES UN HECHO. No parece muy clara la apreciación del apoderado del actor, al afirmar que se trata de un caso de culpa incontrahendo...."

Por súplicas, aparecen hechas las siguientes:

"A) Que está resuelto, por incumplimiento del arrendador y voluntad subsiguiente del arrendatario, el contrato de arrendamiento de bien inmueble, celebrado entre los señores Félix Prieto Medina, como propietario y arrendador y Enrique Monsalve S., como arrendatario, que se hizo constar en documento privado de fecha 8 de marzo del año en curso (1957) y que ha sido materia del presente negocio;

"B) Que como consecuencia de la declaratoria anterior, y de la justa previsión del artículo 1983 y sus concordantes del Código Civil, se condena al arrendador, señor Félix Prieto Medina a indemnizar al arrendatario, señor Enrique Monsalve S., de todos los perjuicios que el incumplimiento de tal contrato le haya acarreado, en cantidad líquida, según lo alegado y probado, o en forma genérica, si aquello no fuere posible.

"C) Que se condene al mismo arrendador Prieto Medina a devolver al arrendatario Monsalve S., la suma de $ 2.000 recibidos por aquél a cuenta de los dos primeros meses de renta, por constituir esto un enriquecimiento sin causa;

"D) Que se condene al arrendador demandado, a pagar todos los gastos y costas del presente juicio, si lo aceptare".

Falló el litigio en primera instancia el Juez 4º Civil del Circuito de Cali, con pronunciamiento del 20 de noviembre de 1958, que se expresa así:

"1º.—DECLARASE, por incumplimiento del arrendador, resuelto el contrato de arrendamiento celebrado entre los señores Félix Prieto Medina y el señor Enrique Monsalve (sic), que se hizo constar en documento privado de fecha 8 de marzo de 1957, y que obra en copia al folio 2 del expediente.

"2º.—Como consecuencia de la declaración anterior, CONDENASE al señor Félix Prieto Medina a indemnizar al arrendatario, señor Enrique Monsalve S., los perjuicios causados, y que se estimaron en la suma de $ 30.000 moneda corriente.

"3º.—CONDENASE al señor Félix Prieto Medina a devolver al señor Enrique Monsalve S., la suma de $ 2.000 que recibió de éste último por concepto de cánones de arrendamiento.

"4º.—CONDENASE en costas al demandado. Tásense".

Apeló el demandado. Y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha 5 de mayo de 1960, falló así:

"1º.—REVOCASE el numeral 1º de la sentencia apelada. En su lugar se dispone declarar la desistencia del contrato ameritado por parte del arrendatario señor Enrique Monsalve S., de condiciones civiles conocidas;

"2º.—REVOCANSE los numerales 2º y 4º, de acuerdo con lo expresado en la motivación; y

"3º.—CONFIRMASE el numeral 3º de la misma sentencia".

Corresponde ahora a la Corte conocer del recurso de casación que ambos litigantes interpusieron y sustentaron oportunamente.

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal estudia la naturaleza de la acción y con apoyo en el artículo 1983 del Código Civil encuentra que corresponde a la "de desistencia del contrato, a causa del incumplimiento del arrendador, con la consecuente indemnización de perjuicios".

Interpreta la demanda en tal sentido y cuanto a la obligación para el arrendador de entregar el inmueble al arrendatario desde el 15 de marzo de 1957, la halla acreditada "con el documento del folio 2 del cuaderno principal".

Añade a continuación:

"En torno a este punto no existe discusión alguna, y por lo demás, las pruebas —contratos y recibo— no redargüidos, lo fundan plenamente".

Considera incumplida la obligación del arrendador por culpa suya, "quedándole consecuencialmente al arrendatario el derecho para desistir del contrato con indemnización de perjuicios".

Al respecto expone:

"Definida la existencia de la obligación a cargo del demandado y establecido el incumplimiento, sin que aparezca causa extraña que lo exonere de responsabilidad, procede estudiar el perjuicio sufrido por el actor, los elementos que comprende y su monto.

"Trátase en este caso de la responsabilidad contractual, es decir, de la pérdida que se tiene y de la ganancia de que ha sido privado —daño emergente y lucro cesante— dentro de los límites del contrato, pues como lo sostiene Pothier 'el deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que se han podido prever cuando el contrato, que el acreedor podría sufrir de la inejecución de la obligación; pues el deudor se halla reputado como no habiéndose (sic) sometido a otros'.

"Y agrega: 'Por lo común se reputa que las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que resultan para el acreedor del incumplimiento de la obligación, y en relación a la cosa que es objeto de la misma, y no aquellos que la inejecución de la obligación le ha ocasionado en sus otros bienes. Es por esto, que (sic) en ese caso, el deudor no es reputado responsable de estos últimos, sino tan sólo de aquellos sufridos en relación a la cosa de que era objeto la obligación.....' "

Después de aludir, además, a Josserand, entra a considerar el lucro cesante, lo considera improbable en el caso de autos, porque en sentir del Tribunal "la ganancia que se deja de obtener por razón del incumplimiento del contrato, supone un comienzo de ejecución, actos desarrollados en el presente y que proyectan sobre el porvenir la posibilidad cierta de la existencia de un daño". Estima que para no ser eventual e hipotético el perjuicio o apenas una simple expectativa de ganancia "sería indispensable acreditar elementos tales como el de que el arrendatario por razón del contrato, ha cerrado un establecimiento de la misma índole y dejó de percibir por esa causa una determinada cantidad de dinero que habría podido obtener en el otro. Y una vez acreditados con plenitud, claridad y precisión, hechos de esta clase, inducir de ellos que el daño, no obstante ser futuro, es cierto y avaluar su monto sea dentro del proceso o después en la secuela por el conducto del artículo 553 del Código Judicial".

Hace otras consideraciones en respaldo, expresa que por entenderse contractual la responsabilidad, el perjuicio "sólo comprende el riesgo previsto en el contrato, según la destinación que se le dió al inmueble", o sea la de 'instalar un restaurante campestre'; que el actor ha referido su pretensión además a una fuente de soda y a un bar; y que "los peritos al elaborar su dictamen, computaron, partiendo del error de la demanda y de la petición de pruebas, las 'utilidades **probables** de un buen BAR-Restaurante en el sitio de la diligencia.....' (mayúsculas y rayas de la Sala del Tribunal)".

Añade:

"Ya que la Sala se refiere al dictamen, que tiene por objeto avaluar el lucro cesante, se advierte que no aparece ni remotamente fundado ni explicado en debida forma como lo requiere la naturaleza de los hechos. Los peritos sin explicación ninguna, toman escuetamente los siguientes elementos: a) el canon de arrendamiento; b) capacidades y características del inmueble; c) calidad del bar restaurante. Es decir, no ponderan sino un número reducido e inexpresivo de los factores necesarios para que el perjuicio no sea eventual sino cierto".

Continúa la crítica de la peritación para rematarla así:

"Pero si fuera poco lo anterior, la Sala observó anteriormente que los peritos tasan sobre una mera expectativa, un lucro cesante con respecto a destinación no prevista en el contrato y ni siquiera discriminan las utilidades que se producirían por uno y otro concepto —el bar y el restaurante— sino que los engloban, haciendo aún más incierta la existencia del perjuicio".

No encuentra demostrado tampoco el daño emergente, y termina así:

"De conformidad con lo dicho, no hay base para hacer en el proceso una condena por perjuicios en abstracto, porque no se demostró ni el daño emergente ni el lucro cesante. Aquél, porque las probanzas fueron completamente insuficientes, como se demostró y porque además la parte actora no manifestó inconformidad ninguna con relación a la absolución tácita que por este aspecto conlleva la sentencia; y éste, porque representa una simple expectativa de lucro, eventual e hipotética y por tal motivo incierta, factores que niegan la configuración del perjuicio futuro".

EL LIBELO DEL ACTOR

El demandante-recurrente aduce la causal 1ª, por tres aspectos:

1.—"**Infracción directa** del artículo 1983 del Código Civil, lo mismo que los artículos 1546 y 1602 de la misma obra por omisión en su aplicación".

Alega que los textos aludidos forman "una proposición jurídica completa", que el artículo 1983 consagra la culpa **in contrahendo** por parte

del arrendador, que los elementos de la responsabilidad contractual "se demostraron plenamente en el litigio y claman por la aplicación del artículo 1983 que el Tribunal de segunda instancia dejó de aplicar". Y agrega:

"Cuando el artículo 1983 del Código Civil habla de 'desistir del contrato con indemnización de perjuicios', no está consagrando otro derecho que el de solicitarle a la justicia que decrete la acción indebidamente llamada condición resolutoria en el artículo 1546 de la misma obra, norma ésta que dejó de aplicar el Tribunal de Cali, cometiendo una infracción directa a la ley sustantiva que lo obligaba a cumplir con el precepto de que 'en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado'. Está demostrado plenamente que el acreedor requería la entrega oportuna de la cosa arrendada a que estaba obligado el señor Prieto Medina, para obtener de ella un beneficio determinado: Con ello se ha acreditado no sólo la simple obligación sino que se ha dado base firme y cierta para obtener la afirmación, de conformidad con la norma dejada de aplicar, que la falta de entrega del inmueble arrendado impidió al demandante obtener un beneficio concreto, alegado y determinado como efecto cierto del cumplimiento del contrato oportunamente demandado. Así se demuestra también plenamente el perjuicio cuya indemnización no se decretó por el ad-quem, infringiendo directamente la ley sustantiva por no aplicación de ella".

II.—"..... aplicación indebida de los artículos 1741 y 1983 del Código Civil..... en virtud de haber cometido (el Tribunal) errores de hecho y de derecho....."

Los errores de hecho para el libelo consisten en sostener el sentenciador que no está probado el daño, cuando "los perjuicios no obstante ser presuntivos en el caso de autos, fueron plenamente demostrados, mas sin embargo el Tribunal creyó erróneamente que no se podían establecer y por ello absolvió al demandado, aplicando indebidamente el artículo 1983 del Código Civil".

Alude a la prueba de la obligación de entregar el arrendador y a su incumplimiento, a que el sentenciador "consideró que la acción de 'desistencia' que consagra esa norma legal sustantiva (a. 1983) no es la misma acción resolutoria del artículo 1546 (que dejó de aplicar al caso sub índice) y creyó que los perjuicios no estaban demostrados, a pesar, repito, de que ellos son presuntivos en el evento que nos ocupa, y que fueron legalmente comprobados y avaluados dentro del juicio". Y continúa:

"En documento que se acompañó a la demanda se acreditó que el arrendatario iba a establecer un negocio de 'RESTAURANTE CAMPESTRE' con las dependencias propias de esa clase de negocios. Mediante prueba pericial allegada a los autos con todas las formalidades legales y no objetadas, se demostró que el monto de las utilidades dejadas de percibir es de $ 30.900 durante el término del contrato..... Pero incurrió (el sentenciador) en este error de hecho desestimando lo que plenamente está probado, necesariamente dió una aplicación indebida a la norma sustantiva consagrada en el artículo 1983 del Código Civil, en armonía con el 1741 ibidem".

El error de derecho lo hace consistir en que el Tribunal dejara de apreciar las pruebas que acreditan plenamente los perjuicios y cuando además "del objeto mismo de la obligación surge la prueba del perjuicio sufrido por mi poderdante en relación directa con la falta de entrega del inmueble por culpa del arrendador, ya que éste, imprudentemente, por cuanto existía una relación jurídica anterior que le ocultó a mi mandante, a sabiendas de ese vínculo y debiendo saber que existía una disposición de carácter legal que podría hacerlo prolongar el término de esa relación jurídica contractual anterior, se obligó para con mi poderdante a entregarle el inmueble arrendado el día 15 de febrero de 1958 (sic), para su explotación del negocio que fracasó".

III.—**Interpretación errónea** de "los artículos 1546, 1602, 1741 y 1983 del Código Civil".

Dice el recurrente que el Tribunal "con un juego de palabras encaminado a establecer diferencias entre los términos resolución y rescisión, interpretó erróneamente el artículo 1983, pues dijo que al contrato de arrendamiento es aplicable la rescisión, que no es otra cosa que la nulidad relativa, expresamente contemplada en el tercer inciso del artículo 1741 del Código Civil cuando dice rescisión del acto o contrato".

Se refiere al parecer del sentenciador sobre la necesidad de que el arrendamiento haya tenido un principio de ejecución para que pueda ser instaurada la acción rescisoria, y sobre la acción de simple desistencia en el caso de inejecución absoluta, para agregar:

"Mediante esa errónea interpretación de la norma violada el referido Tribunal llegó a considerar

el absurdo de que cuando un contrato de arrendamiento no ha tenido un principio de ejecución es cuando puede instaurarse contra él dizque la acción de 'desistencia' del acto por la parte agraviada con indemnización de perjuicios. En cambio cuando ha tenido el arrendamiento un principio de ejecución es cuando puede instaurarse contra él, dizque la acción **rescisoria**. Esta es una errónea interpretación clásica de las normas sustantivas números 1741 y 1983 de nuestro Código Civil.

"Es claro que cuando un contrato de arrendamiento, tipo de contrato de tracto sucesivo, ha tenido un principio de ejecución no puede intentarse la acción rescisoria, por cuanto esa clase de contratos sólo son susceptibles de **resiliación**, no como erradamente lo cree el H. Tribunal Superior de Cali, **porque sus efectos solamente pueden producirse para el futuro y no para el pasado**, ya que no existe poder humano que haga que se deshaga o se deje de gozar lo que ya se usó y se gozó...."

EL LIBELO DEL DEMANDADO

También presenta tres aspectos con adución de la causal 1ª:

I.—"Violación de ley sustantiva a través de errores de derecho y de hecho en la apreciación y en la falta de apreciación de determinadas pruebas".

Se refiere al documento presentado con la demanda inicial y dice:

"Ese documento, extendido como se halla en papel común, no podía ni puede admitirse como prueba por ningún funcionario público, por mandato expreso del artículo 6º de la Ley 20 de 1923. Habiendo (sic) admitido el Tribunal, incurrió en manifiesto error de derecho en la apreciación de la prueba de que se trata.

"Y no se diga que también obra en el proceso un ejemplar del mismo documento presentado por la parte demandada con la contestación de la demanda, porque tal ejemplar aparece desprovisto de las correspondientes estampillas de timbre nacional, o de la constancia de haberse pagado ese impuesto, lo cual impide también que sea admitido como prueba por mandato del artículo 6º del Decreto 92 de 1932".

De esto deduce que "la única prueba del contrato materia de la demanda está en la confesión hecha por el apoderado de la parte demandada en el escrito de contestación de la demanda.

"Pero véase tal contestación —agrega— y se encontrará a simple vista que ella no contiene una confesión **pura y simple del** hecho de la celebración del contrato, pues tal confesión agregó hechos **íntimamente relacionados** con tal celebración, como son el conocimiento que el demandante tenía de que el inmueble arrendado se hallaba en aquel momento ocupado por un tercero, y que la obligación se contraía **bajo la condición** de que ese tercero entregara el inmueble para que así pudiera tener vigencia y efectividad tal obligación".

Estima que el sentenciador debió aceptar la confesión de manera indivisible, de acuerdo con el artículo 609 del Código Judicial, para concluir que no podía fallarse favorablemente la acción ejercitada.

"No lo hizo así el Tribunal —continúa—. Incurrió de ese modo en error de hecho, en cuanto se abstuvo de apreciar la prueba constituída por esta confesión indivisible, y al propio tiempo en error de derecho en cuanto no le reconoció el valor indivisible que le asigna el precitado artículo 609 del Código Judicial.

"Estos errores condujeron al Tribunal a violar, por infracción directa (sic), el artículo 1983 del Código Civil, que expresamente dijo aplicar en su fallo...."

II.—Arguye violación del mismo artículo 1983 por estimar el recurrente que no hubo imposibilidad de entregar la cosa arrendada sino simple retardo "como lo prueba el hecho de haberse obtenido la restitución de la finca por sus ocupantes, haciéndose **posible** de ese modo su entrega al arrendatario señor Monsalve, aun cuando bastante después de la fecha convenida para ello".

Alega que el hecho está comprobado con las copias de la respectiva demanda de lanzamiento y la providencia que lo decretó, así como con carta "que el demandante confesó haber recibido.

"Estos elementos de prueba —dice— no fueron apreciados por el Tribunal, incurriendo así en error de hecho en cuanto a la falta de apreciación y de derecho en cuanto no les reconoció el valor de plena prueba que les asigna la ley".

III.—El recurrente considera del caso explicar que acusa por infracción directa del artículo 1983 del Código Civil por haberse aplicado "a hechos inexistentes o no comprobados en el proceso; pero que si como ha dicho en otros casos" tal modalidad de violación puede calificarse de **aplicación indebida**", la alega con ese calificativo "por los

mismos conceptos que en este escrito quedaron expresados".

SE CONSIDERA:

1.—La redacción de un escrito deja memoria del acuerdo de voluntades, pero ninguna virtud posee para transformar el contrato de arrendamiento de eminentemente consensual que es, en contrato solemne. Por manera que si el escrito no aparece en papel sellado ni con los timbres necesarios y los apremios fiscales disponen que el documento no podrá ser tenido como prueba, nada hace sin embargo con la naturaleza jurídica del negocio, que bien puede probarse por otros medios y especialmente por confesión judicial, desde luego que no se trata de exigencias ad substantiam.

2.—Si el demandante afirma y el demandado reconoce que al tenor del testimonio por ellos mismos suscrito fueron convenidas las cláusulas de un contrato de arrendamiento, la comprobación plena no surge de lo que aparece en el escrito, que en sí mismo sería apenas un principio de prueba literal, sino del reconocimiento de ambos litigantes, cuya aquiescencia coloca al hecho por fuera de la controversia.

3.—Reconocida la existencia del contrato, no de modo vago y general, sino precisamente como fue consignado en cláusulas inmodificables, la confesión al respecto es integral y por consiguiente indivisible: rige para todas y cada una de las estipulaciones recíprocas, favorables o adversas, dentro del contenido propio de los vínculos ajustados bilateralmente en la convención.

Pero si no se mira ya la estructura concreta del pacto, sino lo atañadero a su incumplimiento, la cuestión se desarrolla y divide, de manera que entonces cualquiera circunstancia invocada en su favor por el confesante para legitimar su conducta, constituye una alegación independiente que, en principio, debe probar.

4.—El régimen contractual obedece a intereses jurídicamente protegidos, lo cual exige firmeza y seguridad en las transacciones. Así, en la celebración del contrato va implícito para las partes el deber de evitar todo lo que pueda comprometer su validez y ejecución práctica. Se requiere que estén exentas de culpa a tiempo de la contratación.

Cuando el daño se origina en el incumplimiento de alguna de las partes, se contempla el interés contractual positivo. Y cuando la firmeza de la contratación se afecta por causa imputable a la conducta de alguna de las partes, surge a su cargo y a favor de la otra parte la obligación de indemnizarla por el interés contractual negativo, esto es en razón del negocio jurídico que por culpa de uno de los contratantes no alcanzó a recibir siquiera un principio de ejecución.

5.—Es la teoría de la culpa in contrahendo como causa de responsabilidad en el campo de la ineficacia contractual a consecuencia de conducta errónea de una de las partes. Es la culpa coetánea a la contratación, y el daño indemnizable consiste en la privación del interés legítimo que la parte inocente habría derivado del contrato que no alcanzó a tener oportunidad de ejecución por culpa de la otra parte contratante, quien debe resarcir el perjuicio.

6.—Estatuye el artículo 1983 del Código Civil:

"Si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, se ha puesto en imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios.

"Habrá lugar a esta indemnización aun cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fe que podía arrendar la cosa: salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario, o provenga de fuerza mayor o caso fortuito".

Tal la situación en que el arrendador por hecho o culpa suya se colocó en la imposibilidad actual de efectuar la entrega en el momento debido, y no en otro cualquiera. Estuvo a tiempo del contrato obligado a prever todos los factores capaces de impedir por su parte la oportuna ejecución del acuerdo de voluntades. En los hechos no pudo el contrato tener siquiera un principio de ejecución dentro de su equilibrio bilateral, por causas imputables al arrendador. Es entonces de equidad natural que indemnice el daño al arrendatario, quien, a su albedrío, está facultado de plano para desligarse de la contratación que vino a serle de efectos negativos.

Pero es también claro que si a sabiendas de la imposibilidad de entrega en determinada fecha, el arrendatario sin embargo contrata, no tenga ya derecho alguno, a ser indemnizado y a desligarse del vínculo contraído con esa especial fisonomía.

7.—Y cuando en concreto las partes han estipulado que la incidencia de factores impeditivos de la entrega será objeto de acuerdo futuro entre los contratantes, no se remite a duda que el sen-

tido elemental de la cláusula significa que en ese evento ninguna de las partes, y primeramente el arrendatario, pueda por sí y ante sí, por simple desistimiento, desligarse de la contratación, sino que debe antes provocar el avenimiento por arreglo directo en pie de igualdad.

No otra implicación contiene la cláusula ajustada por Prieto Medina con Monsalve, cuando expresaron:

"Nota.—Ponemos de presente en este contrato que si una fuerza mayor nos obliga de acuerdo con ambas partes se cancelaría el término del presente contrato".

Ahora bien: si en el mismo acuerdo de voluntades existió esa previsión sobre imposibilidad de entregar en la fecha señalada, la hipótesis por el querer de ambos contratantes quedó sustraída del campo de la culpa. Se contempló dentro del marco contractual el hecho de que a la sazón el inmueble se hallaba por arrendamiento anterior en terceras manos. Y así, si en último término el arrendatario desiste por falta de ulterior acuerdo, no queda habilitado en derecho para exigir del arrendador indemnización de perjuicios. Pero aparecen sin causa los dineros recibidos por el arrendador por concepto de precio. Deben ser devueltos al arrendatario como lo decidió el sentenciador, cuyo fallo no es casable, aunque la motivación se modifique por las razones expuestas.

RESOLUCION

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 5 de mayo de 1960 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Sin costas en casación.

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

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

NULIDAD DE UN CONTRATO DE SOCIEDAD COMERCIAL Y DISOLUCION DE LA SOCIEDAD DE HECHO

Interpretación de los contratos. Objeto de las leyes supletorias. Medios nuevos en casación. Reenvío de la ley comercial a la civil.

1.—No se discute a lo largo de este litigio la existencia de la sociedad de hecho, pues la afirmó el actor del juicio y expresamente la aceptó la parte demandada en la contestación de la demanda. Si, pues, la relación convencional que los actuales litigantes constituyeron ha sido interpretada por ellos, no podría pretenderse que esa exégesis auténtica se suplante por otra que niegue ese contenido de voluntad para afirmar la existencia de una situación distinta. A la realización del negocio jurídico concurren de consuno la voluntad concreta de las partes para crearlo, regularlo o extinguirlo y la voluntad abstracta de la ley que al sancionarlo lo asume y tutela y les da validez a los efectos respectivos, así los ignoren los contratantes, porque es función del orden jurídico proveer mediante normas legales los resultados perseguidos por las partes al sujetar su conducta a una determinada relación convencional: tal el objeto de las normas supletorias. Vedado estaría, supuesto que el contrato es autonomía del querer, tratar de atribuir distinta catalogación legal a lo que el demandante afirma como consentido por él y el demandado conviene en la réplica, actitud constitutiva de confesión, cuando lo discutido es susceptible de esa prueba, como lo es para demostrar la existencia de una sociedad de hecho. (C. Civil, 1602, 1769, y C. J. 814 y 605).

2.—Fijada la relación sustancial y la procesal con base en la existencia de una sociedad de hecho y sobre esos fundamentos trabado el litigio sin que en ningún momento se hubiese afirmado la constitución de una sociedad de tipo distinto, el planteamiento formulado en casación de no ser de hecho la sociedad, sino una asociación o cuentas en participación, determinaría medio nuevo por ser cuestión "que se plantea fuera de los términos en que el debate se desenvolvió y separándose de los temas que las partes establecieron como antecedente, para formular sus respectivas pretensiones" (Manuel de la Plaza. "La Casación Civil", pág. 164) y, como medio nuevo, inaceptable en casación.

3.—Son inadmisibles los cargos que se hacen en la demanda de casación en cuanto afirman haber incurrido el Tribunal "en evidente error de hecho, porque creyó encontrar en el documento contentivo del contrato los elementos de una sociedad de hecho, a tiempo que lo allí estipulado es una asociación o cuentas en participación", porque lo que en verdad se ataca y pretende destruir es la nomenclatura jurídica del contrato, tema sin contacto con la cuestión probatoria sino con aspectos relativos a las disposiciones que regulan los hechos, lo que obligaría, para que la censura fuera pertinente, a formularla por violación directa de la ley sustancial.

4.—El reenvío hecho por la ley comercial a la civil (C. de Co. 1º y 187) determina la

aplicación del artículo 2083 del Código Civil a las sociedades comerciales de hecho, pues el Código Mercantil no contiene disposición alguna que concretamente reconozca estas sociedades, sino que determina los efectos de las formadas sin el cumplimiento de las solemnidades prescritas por la ley (C. de Co. artículos 472 y 474 a 480). Si no fuese así, el artículo 2083 sólo tuviera aplicación en el caso de ser de hecho una sociedad anónima civil, única de obligatoria constitución solemne, pues las otras sociedades civiles son simplemente consensuales (C. C. 2090).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL. — Bogotá, mayo quince de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco)

ANTECEDENTES

Henrich Winter llamó a juicio ordinario a Clara Emilia Rodríguez con el objeto de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

a)—Nulidad absoluta, por omisión de los requisitos o formalidades que la ley prescribe para su valor, del contrato de sociedad celebrado entre ellos y de que da cuenta el documento privado de 7 de febrero de 1957;

b)—Disolución de la sociedad de hecho, como consecuencia de la anterior declaración;

c)—Devolución del aporte del demandante, según enumeración de la cláusula 5ª del contrato;

d)—Obligación a cargo de la demandada de rendir cuentas;

e)—Restitución de las ganancias provenientes de la especulación y de los perjuicios ocasionados al demandante, regulados de conformidad con el artículo 553 del C. J.; y,

f)—Condena en costas si la demandada hiciere oposición.

Los hechos, en síntesis, son los siguientes:

El 7 de febrero de 1957, entre las partes de este juicio, se celebró un contrato de sociedad comercial; como el demandante no entendiera idioma castellano, lo firmó sin darse cuenta del contenido; prevalida la demandada del desconocimiento que del castellano tiene el demandante, hizo constar en la cláusula 5ª del contrato que los bienes materiales pertenecen a los dos socios, cuando en verdad los bienes muebles que allí se enumeran son de exclusiva propiedad del demandante; la demandada se niega a cumplir las obligaciones que se impuso en el contrato y aún trata de apropiarse los bienes que son peculio propio del demandante y de la sociedad; no lleva cuentas del negocio como es su obligación y ha denunciado la sociedad en la Cámara de Comercio como de su propiedad exclusiva y con un capital ínfimo: el demandante ha requerido en varias ocasiones a la demandada para el cumplimiento de sus obligaciones como socia: él, sin embargo, trabajó más de seis meses en forma continua en la elaboración de todo producto de salsamentaria y salchichería.

La demandada se opuso a las pretensiones del demandante, pero reconoce que entre ella y éste existe una sociedad de hecho, que la dueña de los bienes aportados es ella y que la sociedad no funcionó por incumplimiento del demandante. Concluye, en consecuencia, que el negocio le pertenece en forma exclusiva, que no tiene por qué rendir cuentas y, por fin, que los perjuicios los causó el demandante con su retiro intempestivo.

Por apelación que de la sentencia de primera instancia, adversa a las pretensiones del actor, éste interpusiera, conoció el Tribunal del negocio, contra cuya sentencia recurrió en casación la parte demandada, porque el superior revocó la de primer grado y declaró inhibición para resolver sobre el fondo de la acción de rendición de cuentas.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Después de hacer la relación de los antecedentes del negocio, el fallador de segunda instancia dividé la parte considerativa de su providencia en tres capítulos, a saber:

1º—Acción de nulidad; 2º Acción de disolución; y, 3º Devolución del aporte: cuentas, ganancias y perjuicios.

a)—Al referirse a la acción de nulidad se afirma:

"El demandante pide la nulidad del contrato de sociedad comercial, no de la sociedad de hecho formada entre los litigantes. Esta distinción disipa las aparentes contradicciones resultantes de pedir la nulidad del contrato y aducir como prueba el documento privado que lo contiene; sostener que la sociedad es nula y sin embargo pedir que se declare su disolución.

"El demandante pide la nulidad de la sociedad de derecho; pero se atiene a la existencia de la sociedad de hecho.

"El primer punto por dilucidar es el de la acción de nulidad y su legitimación en causa".

Luego de comentar y transcribir los artículos 469, 470, 472 y 475 del C. de Comercio, sostiene el fallador:

"Los mismos artículos transcritos hacen la debida distinción entre la sociedad de derecho, que es la susceptible de la declaración de nulidad; y la de hecho que subsiste a pesar de esa declaración".

Con base en sentencias de la Corte que el fallador cita, hace la división de las sociedades de hecho en dos grupos: 1º Las que se forman en virtud de un consentimiento expreso y que por falta de uno o varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan a la categoría de tales; y 2º Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común y de las cuales se induce el consentimiento. Y concluye:

"La sociedad materia del litigio pertenece a la primera clase, porque existe consentimiento expreso que consta en documento privado de 7 de febrero de 1957 y que lleva el sello de la autenticidad por haberlo presentado el demandante con la demanda, en el duplicado; y la demandada el original, que se encuentra a fojas 16 del cuaderno tercero. Consta allí la affectio societatis.

"Hay que establecer la debida separación entre la sociedad de derecho y la de hecho, en relación con el instrumento que contiene el contrato; pues si éste no sirve para demostrar la existencia de aquella por la falta de formalidades esenciales, sí sirve para demostrar la existencia de ésta, su finalidad y los aportes; porque si declarada la nulidad subsiste la sociedad de hecho, es porque el mismo instrumento que suministró la prueba para que la acción de nulidad prospere, la suministra para demostrar los elementos de la sociedad de hecho. Resulta clara esta interpretación a la luz de los artículos 2083 del C. C., que dice: 'Si se formare una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiere aportado'; y 472 y 475 del C. de Co., antes transcritos.

"No hay pues contradicción en tener por nula la sociedad de derecho, con calidad de mercantil que los contratantes trataron de formar pero sin las solemnidades que la ley requiere; y por existente la de hecho, que ese mismo contrato demuestra; pues se toma el contrato bajo aspectos y calidades distintas".

b)—Al referirse a la acción de disolución, la sentencia expresa:

"Es lógico que por la nulidad del contrato de sociedad comercial, ninguna fuerza obligatoria tienen las cláusulas de ese contrato; y el documento privado sirve únicamente para demostrar los hechos, pero no las obligaciones que se impusieron los socios; y entre esos hechos está el ánimo de asociarse y los aportes. Esa sociedad de hecho formada con consentimiento expreso tiene que declararse disuelta como consecuencia de la declaración de nulidad de la sociedad de derecho, porque precisamente no pesa obligación de plazo alguno sobre los socios".

"En este negocio no están de acuerdo los socios en la liquidación, como lo demuestra la oposición formulada en la contestación de la demanda. Luego, es ilusorio pensar en la liquidación de la sociedad de hecho mediante el solo procedimiento especial a que se refiere la anterior doctrina: porque él se basa en uno de estos supuestos: a) Sentencia que decrete la liquidación como consecuencia de declarar disuelta la sociedad dicha (sic) en juicio ordinario; b) Acuerdo de todos los socios".

c)—Con relación a la devolución del aporte; cuentas, ganancias y perjuicios, postrer capítulo de la sentencia acusada, el fallador discurre de este modo:

"De estas peticiones de la demanda, la primera, es materia de procedimiento especial.... La segunda es materia del juicio especial de cuentas. Los perjuicios no se han demostrado: ni el daño, ni la culpa, ni el nexo de causalidad. Si se quiere indicar que hay culpa en el contrato celebrado sin el lleno de las formalidades esenciales, ella es de ambos litigantes. Y las ganancias están naturalmente englobadas en las operaciones de liquidación.

"Por lo cual es necesario declarar la inhibición en cuanto a la acción de cuentas, absolver en cuanto a la de perjuicios; y en la disolución proveer sobre la liquidación y partición de la sociedad de hecho".

LA ACUSACION

Tres cargos presenta el recurrente contra la sentencia acusada. Los dos primeros se estudiarán conjuntamente y el tercero por separado.

PRIMER CARGO

Dice el recurrente:

"Me fundo en el numeral primero del artículo 520 del C. Judicial, y acuso la sentencia proferida por el H. Tribunal de Pasto en el juicio mencionado por violación indirecta de los artículos 629, 630, 631 y 632 del C. de Comercio Terrestre, por no haberlos aplicado al caso de la discusión; y de los artículos 472, 473 y 474 de la misma obra, por haberlos aplicado no debiendo hacerlo. Los primeros artículos fueron violados por el H. Tribunal, por omisión o falta de aplicación; y los segundos por aplicación indebida al caso de la discusión. La anterior violación tuvo por causa error evidente de hecho en que incurrió el Tribunal al estudiar el documento privado de fecha 7 de febrero de 1957, visible a folios 2 a 4 del cuaderno número 1, documento firmado por Henry Winter y Clara Emilia Rodríguez. El error evidente de hecho consistió en que el H. Tribunal creyó encontrar en tal documento los elementos de una sociedad de hecho, a tiempo que lo allí estipulado es una asociación o cuentas en partición". Se ensaya asimismo demostrar que el contrato celebrado es de asociación o cuentas en partición.

SEGUNDO CARGO

"Acuso la sentencia del H. Tribunal, ya mencionada por violación de los artículos 472 y 475 del C. de Comercio y el artículo 467 de la misma obra. Los dos primeros fueron violados por el H. Tribunal en virtud de su aplicación indebida a un caso en que no eran aplicables. Y el artículo 467, porque dejó de aplicarlo al caso. Estos errores en la aplicación de las normas legales citadas tuvieron por causa un error evidente de hecho al no saber estimar tal Tribunal el documento que sirvió de base al juicio, firmado en Pasto el día 7 de febrero de 1957, entre Henry Winter y Clara Emilia Rodríguez. El H. Tribunal Superior de Pasto en la sentencia recurrida se expresa como si del documento mencionado surgiera la prueba de una 'sociedad comercial de hecho', a tiempo que en tal escrito no está probada esa mencionada sociedad.

"Se trata de una violación indirecta.

"Invoco para esta acusación el numeral primero del artículo 520 del C. Judicial.

"Expongo: El H. Tribunal de Pasto en la sentencia recurrida incurrió en error de hecho toda vez que creyó ver demostrada la sociedad de hecho comercial a tiempo que en tal documento no está demostrada, si tal sociedad existe".

"El actor en su libelo de demanda hace peticiones en relación con una sociedad comercial de hecho. Esta misma calidad acepta el H. Tribunal en su sentencia recurrida. Y por tratarse de esa clase de sociedades declaró la nulidad".

SE CONSIDERA:

a)—No se discute a lo largo de este litigio la existencia de la sociedad de hecho. La afirmó el actor del juicio y expresamente la aceptó la parte demandada al referirse a las peticiones 1ª y 3ª, como también al responder el punto primero de los hechos.

b)—Si la relación convencional que los actuales litigantes constituyeron ha sido interpretada por ellos, no podría pretenderse que esa exégesis auténtica se suplante por otra que niegue ese contenido de voluntad para afirmar la existencia de una situación distinta. A la realización del negocio jurídico concurren de consuno la voluntad concreta de las partes para crearlo, regularlo o extinguirlo y la voluntad abstracta de la ley que al sancionarlo lo asume y tutela y les da validez a los efectos respectivos, así los ignoren los contratantes, porque es función del orden jurídico proveer mediante normas legales los resultados perseguidos por las partes al sujetar su conducta a una determinada relación convencional: tal el objeto de las leyes supletorias. Vedado estaría, supuesto que el contrato es autonomía del querer, tratar de atribuír distinta catalogación legal a lo que el demandante afirma como consentido por él y la demandada conviene en la réplica, actitud constitutiva de confesión, cuando lo discutido es susceptible de esta prueba, como lo es para demostrar la existencia de una sociedad de hecho. (C. C. 1602, 1769, C. de P. C. 604, 605).

c)—Fijada la relación sustancial y la procesal con base en la existencia de una sociedad de hecho y sobre esos fundamentos fallado el litigio sin que en ningún momento se hubiese afirmado la constitución de una sociedad de tipo distinto, el planteamiento formulado en casación de no ser

de hecho la sociedad, sino una asociación o cuentas en partición, determinaría medio nuevo por ser cuestión "que se plantea fuera de los términos en que el debate se desenvolvió y separándose de los temas que las partes establecieron como antecedente, para formular sus respectivas pretensiones" (Manuel de la Plaza. "La Casación Civil", pág. 164), y como medio nuevo, inaceptable en casación.

d)—Son igualmente inadmisibles los cargos anteriores en cuanto afirman haber incurrido el Tribunal "en evidente error de hecho porque creyó encontrar en tal documento los elementos de una sociedad de hecho, a tiempo que lo allí estipulado es una asociación o cuentas en participación", porque lo que en verdad se ataca y pretende destruir es la nomenclatura jurídica del contrato, tema sin contacto con la cuestión probatoria sino con aspectos relativos a las disposiciones que regulan los hechos, lo que obligaría, para que la censura fuera pertinente, a formularla por violación directa de la ley sustancial.

TERCER CARGO

Se postula por violación directa del artículo 2083 del C. Civil y se explica de este modo:

"Esta acusación tiene por base que el H. Tribunal Superior de Pasto tuvo en cuenta que se trataba de una sociedad comercial y con todo aplicó al caso el artículo 2083 del C. Civil que sólo regula sociedades de hecho civiles. Si no hubiera hecho esta aplicación indebida la sentencia también habría sido absolutoria por cuanto no habría encontrado normas comerciales aplicables al caso".

Después de copiar, incompletamente, el párrafo en que el tema se trató, concluye el recurrente:

"No podía el H. Tribunal decretar la nulidad de la sociedad presunta entre Henrich Winter y Clara Emilia Rodríguez, fundado en el artículo 2083 del C. Civil, ya que se trataba de un presunto proyecto de sociedad comercial, pero no civil".

SE CONSIDERA:

El reenvío hecho por la ley comercial a la civil (C. de Co. 1º, 182) determina la aplicación del artículo 2083 a las sociedades comerciales de hecho, pues el Código Mercantil no contiene disposición alguna que concretamente reconozca estas sociedades, sino que determina los efectos de las formadas sin el cumplimiento de las solemnidades prescritas por la ley (C. de C., artículos 472 y 474 a 480). Si no fuese así, el artículo 2083 sólo tuviera aplicación en el caso de ser de hecho una sociedad anónima civil, única de obligatoria constitución solemne, pues las otras sociedades civiles son simplemente consensuales. (C. C. 2090).

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 proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario de Henrich Winter frente a Clara Emilia Rodríguez, de fecha 20 de febrero de 1960.

Sin costas en el recurso.

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

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

BIBLIOTECA

APROBACION DE CUENTAS EN JUICIO ORDINARIO

Dos fases del juicio de cuentas. Finalidad del ordinario a que da lugar el juicio de cuentas.

1.—El juicio de cuentas está organizado de manera que en su fase preliminar sea discutida la cuestión conducente a saber si el demandado se encuentra en la obligación de rendirlas. Si termina con falla condenatorio, la segunda fase de la controversia no vuelve atrás. Tiene ya por objeto exclusivo el examen de las cuentas hasta deducir el saldo líquido a cargo de cualquiera de las dos partes, o hasta declarar que los litigantes se encuentran en paz y a salvo por causa de la administración respectiva. Así, la extensión y el contenido de las cuentas que el responsable debe rendir, se medirá por el alcance concreto del fallo condenatorio que clausuró la primera fase del pleito. De suerte que la segunda parte gira ya en definitiva sobre la órbita judicialmente señalada dentro del proceso.

2.—Si el cuentadante rechaza las objeciones formuladas por el actor, el debate prosigue por la vía ordinaria en el estado en que se encuentra, y no para revisar lo hecho hasta entonces. El juicio ulterior plenario en modo alguno tiene por finalidad discutir la existencia o el alcance preciso de la obligación de rendir cuentas. Versa sobre las presentadas, para saber si la orden judicial fue cumplida en conformidad con la ley. Porque si en el pronunciamiento del Juez aparece admitido que las cuentas de una administración fueron dadas y aprobadas antes del juicio hasta liquidar en determinada fecha cierto saldo a cargo del responsable, no hay duda de que la cuenta por rendir sólo puede referirse a hechos ulteriores que por abono o cargo hayan conducido a modificar el saldo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, quince (15) de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Ana Rosa e Isabel o Juana Angélica León Gómez citaron a juicio de rendición de cuentas a Hernán Gómez Gómez ante el Juez Civil del Circuito del Socorro.

Las aseveraciones de hecho expuestas en el libelo como fundamento de la acción consisten en que las demandantes dieron poder al demandado para la administración de sus bienes, con facultades para firmar, recibir y ejercer las acciones que como vendedoras de las haciendas de **San Pablo** y **Buenos Aires** en jurisdicción municipal de Simacota hubieran de ejercitar en caso de incumplimiento de los compradores.

Se afirma, además, que si bien las escrituras hablan de precio de $ 60.000 para la hacienda de **San Pablo** y de $ 4.000 para la de **Buenos Aires**, en realidad el de la primera fue de $ 100.000 y de $ 6.000 para la segunda; que las hipotecas sobre las mismas haciendas vinculadas al pago de los precios respectivos fueron canceladas, la primera por Gómez Gómez y la segunda por las mismas vendedoras; que el mandatario intervino en la venta de los ganados que pastaban en las dichas haciendas y recibió por esta causa $ 20.000 además del producto de la venta de los inmuebles; que Gómez Gómez "ha venido administrando y disfrutando dichos dineros, enviando solamente a las demandantes, periódicamente, algunas pequeñas sumas de dinero para sus gastos necesarios, por intermedio del Banco Comercial Antioqueño del Socorro o por terceras personas, sin que estas

sumas representen siquiera el más mínimo de los intereses"; y que Gómez Gómez se ha negado a rendir cuentas.

El demandado contradijo el hecho de haber sido administrador de bienes de las demandantes y sostuvo que las asesoró apenas en la realización de algunos negocios; admitió que el precio de San Pablo fue de $ 100.000 y de $ 6.000 el de Buenos Aires; que los ganados vendidos valieron $ 13.495; y que recibió valores incorporados en las cuentas oportunamente rendidas y fenecidas en 31 de diciembre de 1947 y en 31 de diciembre de 1948.

En fallo del 9 de marzo de 1957 el Juez del conocimiento ordenó al demandado la rendición de cuentas. Ambas partes apelaron, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil en providencia del 9 de agosto del mismo año de 1957 reformó "en el sentido de ordenar que el demandado doctor Hernán Gómez Gómez rinda, dentro del término de veinte días, las cuentas de los caudales que recibió como mandatario de las demandantes señoritas Ana Rosa e Isabel (o Juana Angélica) León Gómez, cuentas que deberá rendir a partir del 31 de diciembre de 1948".

Se lee en la motivación de este proveído:

"Establecido el carácter de mandatario del demandado debe prosperar la acción de rendición de cuentas. El demandado alega que no está obligado a rendirlas porque ya las rindió con fecha 31 de diciembre de 1948 conforme al documento privado que obra al folio 2 del cuaderno número 3. El Juzgado no aceptó este documento como el finiquito de una rendición de cuentas, porque allí no se expresa que el saldo proviene de cuentas rendidas por el doctor Gómez Gómez. En verdad, el documento no es motivado ni está circunscrito a negocio alguno, sino que es lacónico y de carácter general. Y precisamente por ser de carácter general, hay que concluir que en 31 de diciembre de 1948 las señoritas León Gómez admitieron que el doctor Gómez Gómez les debía por todo concepto la cantidad de $ 60.704.98. Y no se pretenda que el documento se expidió para comprobar la deuda relacionada por el doctor Gómez Gómez en su declaración de renta y patrimonio correspondiente al año gravable de 1948, porque ni moral ni legalmente hay derecho para decir mentira en las declaraciones de renta y patrimonio.

"Lo expuesto no significa que el demandado esté exento de la obligación de rendir cuentas a las demandantes. Porque las relaciones jurídicas entre las señoritas León Gómez y el doctor Gómez Gómez están determinadas por los dineros que éste recibió a nombre de aquellas por razón de las ventas de las fincas de San Pablo y Buenos Aires y de los ganados de propiedad de las actoras. Por manera que si en 31 de diciembre de 1948 el doctor Gómez Gómez les debía a las señoritas León Gómez la cantidad de $ 60.704.98, esta cantidad la debía por los conceptos dichos, es decir en calidad de mandatario. No está demostrado que el doctor Gómez Gómez haya pagado esta cantidad. Y antes bien consta de las probanzas atrás ameritadas que el doctor Gómez Gómez autorizó desde el mes de abril de 1948 hasta el año de 1954 tanto al Banco Comercial Antioqueño como a su hermana Helvia Gómez Gómez, y en ausencia de ésta al señor Manuel Enrique Acevedo, para que les entregaran a las señoritas Ana Rosa e Isabel León Gómez la suma de $ 300 mensuales, con cargo a la cuenta corriente que él mantenía en el banco citado.

"Siendo así que no ha habido un corte definitivo de cuentas entre las demandantes y el demandado, éste está obligado a rendir las cuentas que se le demandan. Pero debe rendirlas a partir del 31 de diciembre de 1940, por las razones ya vistas, debiéndose modificar en este punto la sentencia que se revisa".

En el escrito destinado a rendir las cuentas, el responsable expresa:

"Debo aclarar o repetir lo que ya dije desde la contestación de la demanda, o sea que a partir del 31 de diciembre de 1948, yo no recibí ni un solo centavo por cuenta de las señoritas demandantes. Como el H. Tribunal lo reconoce en su fallo, el 31 de diciembre de 1948 se cortaron las cuentas entre el suscrito y las señoritas demandantes, y de dicho corte de cuentas apareció un saldo a mi cargo por la suma de $ 60.704.98, a favor, por partes iguales, de las señoritas Ana Rosa e Isabel León Gómez. Ahora bien, durante el año de 1949 verifiqué varias entregas de dinero a dichas señoritas, y en 31 de diciembre de ese año fue cancelado totalmente el saldo.

"Durante el año últimamente mencionado, o sea de 1949, les pagué, a las mismas señoritas, por concepto de intereses, la suma de $ 2.838 a cada una de ellas, y les cancelé, también a cada una de ellas, la suma que aparecía a mi cargo, como se comprueba con los recibos firmados del puño y letra de cada una de ellas y que textualmente dicen:.....

"De lo expuesto y de los documentos que adjunto, se deduce clara y nítidamente que el saldo que arrojó a mi cargo el corte de cuentas verificado el 31 de diciembre de 1948 y que ha de servir de conformidad con la sentencia del Tribunal, como punto de partida para la rendición de cuentas, les fue entregado en su totalidad a las señoritas León Gómez junto con los rendimientos que ese capital produjo durante el mismo año de 1949 que estuvo en mi poder".

Las objeciones de la parte actora, rechazadas por el médico Gómez Gómez, provocaron la etapa del procedimiento por los trámites ordinarios, cerrados en primera instancia con fecha 18 de septiembre de 1958, así:

"1º.—Se declaran infundadas las objeciones opuestas a las cuentas rendidas por el doctor Hernán Gómez Gómez.

"2º.—En consecuencia se aprueban las cuentas rendidas por el citado doctor Hernán Gómez Gómez.

"3º.—Condénase al demandado doctor Hernán Gómez Gómez a pagar a las demandantes señoritas Ana Rosa e Isabel o Juana Angélica León Gómez, la suma de $ 704,98, más los intereses legales de esta suma a partir del 31 de diciembre de 1949.

"4º.—No se hace condenación en costas".

Por alzada de todos los litigantes fue abierto el segundo grado del juicio, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil resolvió el 2 de abril de 1960:

"CONFIRMAR, en su integridad, como en efecto lo hace, la sentencia recurrida a que se hizo mención en la parte motiva, sentencia pronunciada por el Juez 2º Civil del Circuito de Socorro y que lleva fecha 18 de septiembre de 1958.

"Las costas de la alzada son a cargo de las dos partes apelantes".

EL RECURSO

Interpuesto por las demandantes, concedido y admitido en oportunidad, corresponde ahora a la Corte proveer.

Se invoca la causal 1ª de casación por tres aspectos:

I.—Dice el libelo que por considerar el Tribunal que las cuentas fueron rendidas por el responsable, "infringió directamente los artículos 2181, 2182 y 2183 del Código Civil".

Se detiene en comentarios acerca del fallo que ordenó rendir las cuentas y a la limitación que estableció; entiende que debieron presentarse por partidas, documentadas las importantes según el artículo 2181 del Código Civil; cita varios autores al respecto, y añade:

"Según esto, el citado memorial visible al folio 83 del cuaderno 1, bien puede ser un pequeño y pobre alegato del demandado **pro domo sua**, pero jamás una cuenta. Dónde hay allí pormenorización ninguna de 'los caudales que recibió como mandatario de las demandantes' y 'por razón de las ventas de las fincas de **San Pablo** y **Buenos Aires** y de los ganados de propiedad de las actoras'?, para usar las mismas palabras de la sentencia que ordenó rendir las cuentas de que se trata, dónde está la relación detallada de los intereses a su cargo por razón de los dineros que retuvo en su poder y que empleó en utilidad propia?

II.—"El Tribunal sentenciador, además —dice el libelo— al exonerar prácticamente de toda responsabilidad al demandado con base en dos certificados que éste presentó, visibles a los folios 81 y 82 del cuaderno 1, mediante la aprobación de 'las cuentas rendidas' por él, incurrió en evidentes errores de hecho y de derecho que lo llevaron a violar los mismos artículos 2181, 2182 y 2183 del Código Civil".

Insiste en que el Tribunal se empeñó en ver cuentas donde no las había y descargos donde no los hubo; en que los recibos presentados no corresponden a las cuentas sino a deuda por mutuo, según lo dicho por el responsable en posiciones; en que según el profesor Sitchkin "el mandatario facultado para colocar el dinero a interés no puede tomarlo prestado para sí sin aprobación del mandante y que si hace esto, 'ese acto jurídico consigo mismo es inoponible al mandante, o según otros viciado de nulidad relativa'". Y por último se detiene en la consideración de varias probanzas para oponer su criterio al del sentenciador, como si se tratara de alegato de instancia, con el ánimo de configurar al mismo tiempo errores de hecho y de derecho, ajenos en principio a la técnica en casación.

III.—"Al aseverar el Tribunal —dice el libelo— que como consecuencia de los contratos de mutuo celebrados por el demandado con las demandantes, 'entonces entra en juego la disposición del artículo 2182 del Código Civil, según la cual el mandatario' 'debe al demandante (sic) los intereses corrientes del dinero de éste que haya emplea-

do en utilidad propia', aplicó indebidamente dicho artículo, violándolo flagrantemente".

Y añade al respecto:

"Sólo, pues, por el afán del Tribunal de cohonestar la conducta del demandado tendiente a hacer aparecer pagado lo que no lo está, se explica semejante dislate involucrando dos fenómenos jurídicos completamente distintos y regidos por tanto por disposiciones distintas. Y es que con semejante criterio sentaba el Tribunal las bases para su conclusión errada analizada en el capítulo anterior debido a lo cual el comprobante de pago de una deuda proveniente de un contrato de mutuo lo consideró como descargo de unas cuentas no rendidas, y ello no obstante reconocer que 'por el hecho de la constitución del préstamo sobre caudales del mandato no desaparece la finalidad de la rendición de cuentas'.

"Naturalmente ya dentro de ese criterio, el reconocimiento de estas dos situaciones jurídicas distintas la de mutuante y *mutuario* y la de mandante y mandatario, no impidió al Tribunal aseverar más adelante 'de acuerdo con las conclusiones de la sentencia apelada', que entre el demandado y las demandantes 'no aparece demostrada otra relación que entre mandatario y mandantes'.

"El mutuo, pues, por arte de magia y por obra de escamoteos se convirtió en *mandato*, y al hacer aquella figura mutis por el foro, quedó el demandado libre de sus obligaciones de *mandatario* con la bien adobada prueba del pago del *mutuo*".

SE CONSIDERA:

1.—El juicio de cuentas está organizado de manera que en su fase preliminar sea discutida la cuestión conducente a saber si el demandado se encuentra en la obligación de rendirlas. Si termina con fallo condenatorio, la segunda fase de la controversia no vuelve atrás. Tiene ya por objeto exclusivo el examen de las cuentas hasta deducir el saldo líquido a cargo de cualquiera de las dos partes, o hasta declarar que los litigantes se encuentran en paz y a salvo por causa de la administración respectiva.

Así, la extensión y el contenido de las cuentas que el responsable debe rendir, se medirá por el alcance concreto del fallo condenatorio que clausuró la primera fase del pleito. De suerte que la segunda parte gira ya en definitiva sobre la órbita judicialmente señalada dentro del proceso.

2.—Si el cuentadante rechaza las objeciones formuladas por el actor, el debate prosigue por la vía ordinaria en el estado en que se encuentra, y no para revisar lo hecho hasta entonces. El juicio ulterior plenario en modo alguno tiene por finalidad discutir la existencia o el alcance preciso de la obligación de rendir cuentas. Versa sobre las presentadas, para saber si la orden judicial fue cumplida en conformidad con la ley.

Porque si en el pronunciamiento del juez aparece admitido que las cuentas de una administración fueron dadas y aprobadas antes del juicio hasta liquidar en determinada fecha cierto saldo a cargo del responsable, no hay duda de que la cuenta por rendir sólo puede referirse a hechos ulteriores que por abono o cargo hayan conducido a modificar el saldo.

3.—Cuando el administrador afirma que con posterioridad a la fecha del corte, el único movimiento ha consistido en pagar el saldo a su acreedor y respalda el aserto con recibos u otros medios de prueba, no es oscuro entonces que el mandamiento judicial de rendir cuentas queda satisfecho, sin ninguna necesidad de volver la vista atrás sobre las partidas que dieron origen a la cantidad líquida prevista como base en el definitivo decreto del juez.

Mientras el demandante no demuestre que después del corte de cuentas hubo nuevas entradas que aumentaran a su favor el saldo, y que el Tribunal desconociera esa demostración por yerro manifiesto de hecho o por error de derecho en la valoración probatoria, cualesquiera alegaciones, dudas o conjeturas sobre circunstancias antecedentes que pudieron invocarse en la instancia, carecen de mérito dentro del peritactro estrecho del recurso extraordinario.

Menos todavía en la oportunidad procesal plenaria, cuando no se discute ya en el mandatario la concreta y específica obligación de dar cuenta de una determinada cantidad de dinero y cuando las partidas importantes se resumen en el saldo a cargo del responsable, cuyo pago se documenta en recibos por intereses y el importe del principal hasta $ 60.000.00.

4.—Si, pues, el médico Gómez Gómez fue condenado a rendir cuentas sobre $ 60.704.98 a partir del 31 de diciembre de 1948; si con posterioridad a esta fecha no se han probado ingresos que aumentaran el saldo y el cuentadante acredita el pago de $ 60.000.00, más intereses, no es viable la censura contra el fallo condenatorio a pagar la diferencia. Ni hay violación directa de los artículos 2181, 2182 y 2183 del Código Civil, cuyo desconocimiento por el sentenciador no ha sido demostrado.

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 2 de abril de 1960 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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



NO HUBO ERRORES DE APRECIACION PROBATORIA EN LA SENTENCIA QUE CONDENO A PAGAR EL VALOR DE LOS ALIMENTOS QUE SUMINISTRO EL DEMANDANTE AL PERSONAL DE TRABAJADORES DE UNA CARRETERA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION CIVIL. — Bogotá, diez y ocho de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio ordinario de Marceliano Moreno contra Gerardo Tama.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, fechada el 13 de noviembre de 1953.

Recurrente, el demandado.

— I —

ANTECEDENTES

1.—Marceliano Moreno demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Pereira, al doctor Gerardo Tama, y expuso al efecto los siguientes hechos, según la síntesis que trae el fallo recurrido:

"1º—El doctor Tama, como contratista independiente de Telecomunicaciones, adelantó y adelanta la construcción de una carretera en jurisdicción del Municipio de Calarcá, que va de la carretera "Central" al sitio denominado "El Campanario".

"2º—Por la época en que celebró el contrato anterior, efectuó otro con la empresa 'Utah-Olap' para trabajos de mampostería, en un sector comprendido por la carretera Armenia-Ibagué.

"3º—En cumplimiento de los anteriores contratos el doctor Tama ocupó trabajadores a quienes se hacía forzoso suministrar alimentación completa.

"4º—El doctor Tama, por conducto de su empleado señor José Ospina Navia, celebró un contrato verbal con el señor Marceliano Moreno, para el suministro de alimentación total a todo el personal de trabajadores que tuviera necesidad de ocupar en desarrollo y ejecución de aquellos contratos, incluso al señor Ospina Navia y ocasionalmente al demandado.

"5º—El contrato de que trata el punto anterior, aprobado por el doctor Tama, consistía en que Moreno se comprometía a suministrar alimentación diaria —desayuno, almuerzo y comida— a todo el personal del doctor Tama a $ 2.50 por cada alimentación diaria por obrero, y $ 3.50, por cada alimentación diaria a cada empleado del doctor Tama en forma directa o indirecta.

"6º—Para que Moreno pudiera cumplir, se le facilitaron tres campamentos o casas, equidistantes de los lugares de trabajo.

"7º—Desde el momento en que el señor Moreno aceptó el compromiso de alimentar a ese personal, recibió del doctor Tama algunos utensilios de cocina y procedió a abrir créditos para víveres y carnes, en los cuales fue asesorado por el señor Ospina Navia por orden del doctor Tama, constituyéndose éste fiador.

"8º—Que el señor Moreno, desde agosto 1º de 1954 inclusive, empezó a cumplir el suministro de alimentación completa diaria, hasta agosto 15 de 1954 inclusive; luego desde septiembre 22 de 1954 inclusive, siguió en las mismas condiciones hasta el 7 de febrero de 1955 inclusive, cuando el señor Ospina Navia, con el asentimiento del doctor Tama, en forma descortés y grosera expresó al señor Moreno que saliera de allí, por lo cual éste por culpa de Ospina, se vio imposibilitado física y económicamente para continuar como alimentador.

"9º—En el lapso de agosto 1º de 1954 al 15 de septiembre del mismo año y del 22 de septiembre

del citado año, al 7 de febrero de 1955 inclusive, suministró o alimentó a empleados y trabajadores por cuenta del doctor Tama, en un total de 35.287 alimentaciones diarias, así discriminadas: 1.550 diarias a los empleados, que ocupó el doctor Tama a $ 3.50 diarios y 32.737 alimentaciones a obreros a razón de 2.80 cada alimentación.

"10º—El señor Moreno durante el tiempo que estuvo de alimentador, el doctor Tama le abonó al señor Jorge Cañaveral y por cuenta de Moreno $ 16.240.30, por concepto de víveres; y al señor Roberto Cifuentes, durante ese tiempo y por concepto de carne, el doctor Tama abonó $ 10.000.00. Fuera de esto, Moreno recibió del doctor Tama $ 1.000.00 para otras compras, totalizando el abono al contrato de alimentación $ 27.240.30.

"11º—Que el doctor Tama debía pagar al señor Moreno $ 65.848.30 y que descontando los abonos anteriores, adeuda $ 38.608.00.

"12º—Con el no pago de la suma anterior y por la terminación arbitraria y unilateral del contrato, causó perjuicios considerables al señor Moreno, pues dejó de percibir utilidad apreciable, o sea el lucro cesante, como también perjuicio apreciable en dinero por el retardo en que se encuentra el doctor Tama para cubrir el valor que causa a deber.

"13º—El contrato de alimentador debía tener vigencia hasta que el doctor Tama ejecutara o diera cumplimiento a los contratos, y el lucro cesante debe ser desde que al contratista Moreno se le imposibilitó el cumplimiento de sus obligaciones hasta la terminación de las obras".

2.—Con apoyo en estos hechos pide que se declare que el demandado está en la obligación de pagarle al actor la suma de $ 38.608.00, por concepto de la alimentación suministrada al personal de empleados y obreros del doctor Tama; y además, el lucro cesante causado por la ruptura unilateral del contrato celebrado con tal objeto, así como la indemnización de perjuicios "que le ocasionó con la ruptura del contrato celebrado para suministrar alimentación al personal de trabajadores del doctor Tama, dados los términos usados y en la forma como se violó el contrato".

Subsidiariamente solicitó que, fuera de la suma expresada $ 38.608.00, valor de los alimentos suministrados, se condene al demandado a satisfacerle "las sumas de pesos que como indemnización se demuestren por los perjuicios causados por el doctor Tama con la resolución del contrato —lucro cesante— y los términos y forma como procedió a darlo por terminado".

3.—El demandado contrademandó a fin de que se condene al actor a pagarle la suma de $ 17.000, o lo que se probare en el juicio, como saldo procedente del contrato de trabajo celebrado entre las partes.

4. Con la recíproca oposición de las partes a sus respectivas pretensiones, y la formulación, por el demandado, de "la excepción de carencia de derecho y acción", y además "la genérica", se siguió el juicio, cuya sentencia de primera instancia condenó al demandado a pagar a Moreno la cantidad de $ 16.661.50, como también "la suma que estime por los perjuicios causados con el daño emergente que a éste le resulta, a consecuencia de la resolución unilateral dada al contrato de alimentador por el doctor Gerardo Tama, estimados de acuerdo con el artículo 553 del C. J."; declaró no probadas las excepciones propuestas y absolvió al demandante de los cargos formulados en la demanda de reconvención.

5.—Recurrido el fallo por ambos contendientes, se surtió la segunda instancia, que finalizó con sentencia que redujo a $ 7.684.10 el saldo que debe pagar la parte demandada al actor; negó las demás solicitudes en el libelo principal, así como las excepciones; absolvió de lo pedido en la demanda de reconvención; y en cuanto a costas, condenó al demandado a pagar las de primera instancia.

6.—De esta sentencia ambos litigantes recurrieron ante la Corte, pero sólo la parte demandada formuló acusación al fallo, de manera que la Sala circunscribirá su función al recurso de dicha parte.

LA ACUSACION DE LA SENTENCIA

Tres cargos componen la acusación: dos de ellos (1º y 2º) tendientes a demostrar que entre el doctor Gerardo Tama y Moreno no se formó vínculo alguno contractual referente a las actividades del último encaminadas a alimentar a los trabajadores y empleados en la construcción del sector de carretera a que se refiere este juicio; el otro cargo (3º), se dirige a demostrar que, en el supuesto de haberse celebrado entre dichas personas un contrato con tal objeto, la sentencia incluyó un número de obreros a quienes el actor no prestó el servicio de que se trata.

Primer cargo

7.—Se formula así:

"a)—Falta de apreciación del certificado expedido por la Empresa Nacional de Comunicaciones (cuaderno número 7, f. 14) por el cual se acredita que quien contrató la construcción de la carretera desde un punto situado a 200 metros del lugar denominado 'El Paso' sobre la carretera Central Ibagué-Armenia hasta el cerro llamado El Campanario fue el ingeniero Gabriel E. Gómez y no el ingeniero Gerardo Tama; y

"b)—Errada apreciación de la prueba contenida en las posiciones absueltas por el ingeniero Gerardo Tama.

"La falta de apreciación y la errada apreciación de las citadas pruebas hizo que la sentencia acusada violara, por aplicación indebida, los artículos 1937, 2053 y 1603 del C. C.".

A) Afirma el recurrente que del certificado no estimado en la sentencia, se sigue que el contrato sobre construcción de la carretera de que se trata, fue celebrado con el ingeniero Gabriel E. Gómez y no con el doctor Gerardo Tama, por lo cual es el primero quien debe responder a Moreno y no el último.

B—En relación con la confesión, dice que "en la respuesta dada por el ingeniero Tama a la pregunta primera de las posiciones niega ser el contratista de esa obra y explica que con quien se celebró el contrato fue con el ingeniero Gabriel E. Gómez, de quien es él representante", y agrega: "No existe en el expediente documento alguno que desvirtúe la afirmación hecha por el ingeniero Tama en la respuesta a la pregunta primera de las posiciones de ser él representante del ingeniero Gómez en la construcción de la carretera". Y concluye "Si el contratista era el ingeniero Gabriel E. Gómez la persona obligada a responder de todos los actos y contratos originados en la construcción de la carretera al cerro del Campanario, debía ser este ingeniero".

SE CONSIDERA:

8.—La sentencia examina tanto las posiciones absueltas por el demandado, como los testimonios rendidos a solicitud del actor, y concluye: "Surge en forma patente que el nombrado doctor Tama ha asumido una posición de directo responsable en el negocio, no sólo porque tal se desprende de la contestación de la demanda y de los términos de la contrademanda, sino porque su actuación en el expediente, así lo indica.

El hecho 5º de la demanda aparece concebido así:

"Entre mi mandante señor Moreno y el señor Ospina Navia, pero con la aprobación previa y reiterada de su patrón señor Gerardo Tama, se celebró un contrato consistente en que Moreno se comprometía a suministrar alimentación diaria —desayuno, almuerzo y comida— a todo el personal de empleados y obreros del doctor Tama, a razón de dos pesos con ochenta centavos por cada alimentación diaria que suministrara a cada obrero, y tres pesos con cincuenta centavos por cada alimentación diaria que suministrara a cada empleado al servicio del mismo doctor Tama en forma directa o indirecta".

Contestó el apoderado del demandado:

"Al hecho quinto.—Es cierto. Pero que se prueben los precios por ración a que hace referencia en este hecho y agrego: la obligación de Moreno era la de suministro de raciones exclusivamente del personal directamente vinculado a las obras del doctor Tama.

Y en la contrademanda afirma:

"1º—El señor Marceliano Moreno estuvo vinculado por contrato con el señor doctor Gerardo Tama, mi representado en obras que éste adelantó entre el 1º de agosto de 1954 y el 7 de febrero de 1955".

De manera que tomadas en cuenta estas pruebas —y otras— el sentenciador llegó a concluir que el contrato de suministro de alimentación se había celebrado entre Moreno y el doctor Tama. Y si omitió, en el análisis probatorio, el certificado en referencia, en el supuesto de que el error de hecho fuera de tal entidad que pudiera acarrear la casación de la sentencia, ello a nada conduciría, porque las confesiones contenidas en la respuesta a la demanda principal y en el libelo de reconvención continuarían siendo una prueba completa del mencionado hecho de haberse ajustado el convenio sobre sustento de los trabajadores, entre los actuales litigantes.

De la misma manera, el haber afirmado el doctor Tama, al absolver posiciones, que el contrato de construcción no fue celebrado con él sino con el ingeniero Gabriel E. Gómez, de quien era representante, en nada afecta dichas confesiones, en cuya estimación, por lo mismo, no hay asomo de error de derecho, puesto que según ellas fue

el absolvente quien contrató con Moreno, y a quien éste trata de responsabilizar en el presente juicio.

Lo cual basta para concluír que no es infirmable la sentencia por este cargo.

Segundo cargo

9.—Consiste en la "violación directa de los artículos 604 y 606 del C. J., del 1769 del C. C. que condujo indirectamente a la de los artículos 1973, 2053, 1602 y 1603 del C. C. por habérsele atribuído a las posiciones absueltas por el ingeniero Gerardo Tama un valor probatorio que legalmente no les corresponde. Lo desarrolla así:

"En la motivación de la sentencia hay un aparte denominado 'Contrato y su clase'. En él el Tribunal atribuye a la confesión hecha en posiciones por el ingeniero Tama la fuerza probatoria necesaria para establecer existencia de un contrato civil de arrendamiento y deducir de esa premisa determinadas obligaciones a cargo del demandado. Es el único elemento probatorio aducido por el Tribunal para configurar una categoría jurídica contractual.

"El artículo 1769 del C. C. dice: 'La confesión que alguno hiciere en juicio por sí o por medio de apoderado relativa a un hecho personal de la misma parte, produce plena fe contra ella...'.

Luégo dice:

"El ingeniero Gabriel E. Gómez fue contratista de la construcción de la carretera al cerro El Campanario y comisionó al ingeniero Gerardo Tama para que organizara los trabajos. Este, a su vez, designa ingeniero residente a José Ospina Navia para organizar y dirigir los trabajos. Por eso Ospina Navia contrata los obreros y, entre ellos, a Marceliano Moreno. Ospina Navia debía proveer lo necesario para que el trabajo se desarrollara normalmente y una de las cosas indispensables era suministrar alimentación a los trabajadores. Así acordó con Moreno, quien estaba en el movimiento de tierras, atendiera los menesteres de la comida de los operarios. No se dejó constancia escrita, el convenio fue verbal pero quien supo de sus condiciones y modalidades fue José Ospina.

"Gerardo Tama no tuvo intervención ninguna en el acuerdo de Moreno y Ospina, no conoció sus condiciones sino posteriormente, es decir, no fue 'un hecho personal' suyo".

En una palabra, que a pesar de no tratarse de hechos personales del ingeniero Tama, el sentenciador dio a sus afirmaciones el mérito de confesión, siendo así que el ingeniero Ospina Navia fue quien convino con Moreno cuanto fue conducente a la manutención del personal.

SE CONSIDERA:

10.—El cargo se apoya en el hecho de que quien acordó con Moreno lo relacionado con la tarea de suministrar alimentos a los trabajadores, fue el ingeniero Ospina Navia: "Que Gerardo Tama —dice— no tuvo intervención ninguna en el acuerdo de Moreno y Ospina, no conoció sus condiciones sino posteriormente", es decir, no fue "un hecho personal suyo".

La sentencia se apoya en la contestación del libelo inicial y también en la demanda de reconvención, para considerar que la relación contractual se estableció entre el ingeniero Tama, por una parte, y Moreno, por otra. Así que la confesión del primero, contenida en aquellas piezas, lo perjudica, no obstante que haya sido el ingeniero Ospina Navia quien de manera directa e inmediata hubiese contratado con Moreno el mantenimiento de obreros y empleados al servicio del ingeniero Tama, de modo que el fallo no le atribuye a la prueba "un valor probatorio que legalmente no le corresponde".

Por lo cual el cargo no tiene mérito en el recurso.

Tercer cargo

11.—En tercer lugar se acusa la sentencia así: "De manera subsidiaria a los dos cargos anteriores acuso el fallo: a) por apreciación errónea de las posiciones absueltas por el ingeniero Gerardo Tama; y b) por falta de apreciación de los testimonios de Pedro Nel Zuluaga, Hernando Latorre y Roberto Cifuentes.

"La apreciación errónea y la falta de apreciación de los medios probatorios citados determina la violación por aplicación indebida de los artículos 1973 y 1602 y 1603 del C. C.".

Dice la acusación, fundando el cargo, que la sentencia hace una discriminación, a partir del 22 de diciembre de 1954, por días, quincenas y obreros, con un total de 12.438 raciones para obreros, y 28 para empleados, por un valor de $ 34.826.40 y $ 98.00, respectivamente, a razón de los precios convenidos; y que por los dichos errores, el fallo incluyó en estos cálculos a obreros que atendían a otras obras y que dependían, en

lo referente a alimentación, de otros contratistas.

SE CONSIDERA:

12.—En cuanto al error de derecho alegado, no cita el recurrente qué disposición o disposiciones de orden probatorio infringe la sentencia, como medio, para concluir en la violación de la ley sustantiva, que sí menciona. Sin ello es imposible decidir sobre el cargo por este aspecto.

En relación con el error de hecho, por no haber tomado en consideración las premencionadas declaraciones, se observa:

a) La sentencia sí tiene presentes las de Latorre y Zuluaga; b) Al testigo Cifuentes nada le consta sobre los particulares del cargo; y c) En cuanto a los otros, fuera de que al afirmar Latorre que el doctor Tama "tenia dos alimentadores más y eran Virgilio Herrera en el campamento de Santa Cecilia y José del Carmen Quintero en el campamento de La Línea": y Zuluaga que "como las obras fueron más cortas de la Utah-Olap durante el tiempo que tuvo esas obras y los dos campamentos tuvo otro alimentador fuera de Marcelino Moreno, que fue el señor Virgilio Herrera", aparece una manifiesta discordancia entre ambos dichos, ninguna luz arrojan sobre los pormenores del tiempo durante el cual el demandante prestó los servicios en referencia y el número de obreros y empleados que de él recibieron alimentación, de modo que no hay en sus afirmaciones base alguna demostrativa de haber cometido el fallo error de hecho en lo tocante a los cómputos y cálculos verificados al respecto, con fundamento en las posiciones absueltas por el demandado. Y menos a un error manifiesto que sólo existe cuando la conclusión opuesta a la del Tribunal, es la única lógica y razonable que pueda hacerse sobre las pruebas omitidas.

No puede, por tanto, ser infirmada la sentencia.

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 fecha trece (13) de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio ordinario iniciado por Marceliano Moreno contra Gerardo Tama.

No hay lugar a condenación en costas, por no haberse causado.

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

Enrique Coral Velasco.—Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Arturo C. Posada. — Enrique J. González, Conjuez. — Ricardo Ramírez L., Secretario.

NO EXISTEN LOS PRETENDIDOS ERRORES DE ESTIMACION PROBATORIA EN LA SENTENCIA QUE DECLARO CONSUMADA LA PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE UN INMUEBLE URBANO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, D. E., mayo veintitrés de mil novecientos sesenta y uno.

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

En demanda de 20 de marzo de 1958 el señor Rafael Martínez Torres solicitó del Juez Segundo Civil del Circuito de Popayán que, con audiencia del señor Agente del Ministerio Público y por la vía especial que señalan los artículos 7º y siguientes de la Ley 120 de 1928, se declarara que, por prescripción adquisitiva de dominio, pertenece al demandante un solar con casa de habitación ubicado en el perímetro urbano de la citada ciudad de Popayán, en la calle 10, entre carreras 3ª y 4ª, distinguida la casa en su puerta de entrada con el número 8-73, y alindado el inmueble como se indica en el hecho primero de la misma demanda.

El actor sustentó su pedimento en varios hechos que pueden resumirse así:

1—El señor Martínez Torres ha estado en posesión pacífica, como dueño y señor y sin reconocer dominio ajeno, del inmueble cuya pertenencia solicita ser reconocida.

2—La posesión referida data de más de 30 años, y en el inmueble dicho el señor Martínez Torres ha construído a sus exclusivas expensas "una casa de paredes de tapia, adobe y bahareque, existiendo también algunas paredes de ladrillo en los linderos interiores, casa cubierta de tejas de barro cocido, pisos de ladrillo y cemento".

3)—También de su propio peculio el demandante hizo instalar en la casa servicios de alcantarilla, agua y energía eléctrica, como lo demuestran los comprobantes que se acompañan.

4)—El señor Martínez Torres ha ejecutado sus actos posesorios sobre el inmueble como señor y dueño de éste, sin reconocer dominio ajeno y sin haber sido perturbado por nadie.

El Personero Municipal de Popayán evacuó el traslado de la demanda diciendo que por lo pronto no tenía reparos que formular y pidiendo que el juicio se abriera a prueba.

Antes de expirar el término del emplazamiento se presentó en el juicio, por medio de apoderado, el señor Juan Bautista Betancourt, con el fin de expresar que se oponía a la acción de pertenencia incoada por el señor Martínez Torres y de contrademandar a éste en reivindicación para que se le condenara a restituirle el inmueble especificado en el libelo respectivo.

El opositor expuso en su demanda que por medio de la Escritura Nº 180, otorgada en la Notaría Primera de Popayán el 12 de febrero de 1958, había adquirido el inmueble cuya declaración de pertenencia solicitaba Martínez Torres; que su tradente, señor Gustavo Martínez Torres, hubo el mismo bien con sus edificaciones por partición efectuada con la señora Josefina Martínez Torres, según consta en la escritura número 1977, extendida en la Notaría expresada el 31 de diciembre de 1948; que los nombrados Gustavo y Josefina Martínez adquirieron todo el inmueble partido mediante la escritura Nº 239, pasada ante el Notario de Popayán el 18 de julio de 1887; que su antecesor Gustavo Martínez Torres "poseyó el inmueble por conducto de sus finados padres, a quienes facultó para que vivieran en la propiedad cuestionada, pagó impuestos, mejoró la casa y terreno, pues la señora Carmen Torres vivió en la casa hasta el año de 1952, con autorización y en representación de su hijo Gustavo, dueño de la

propiedad, y aquella falleció en esta ciudad el 5 de junio de 1954"; que el padre de Rafael Martínez Torres, que lo fue también de Gustavo Martínez Torres, vivió en la misma casa que es objeto del pleito hasta cuando murió en el año de 1938, con autorización del dueño, señor Gustavo Martínez; que Rafael Martínez sólo entró a vivir en tal casa después del año de 1952 y que antes había estado viviendo en el barrio Bolívar, de Popayán, y en la fracción de Chiribío, Distrito de Sotará.

Formulada esta demanda de oposición y dominio, se dispuso ventilar el juicio por la vía ordinaria, teniendo al opositor como demandante y ordenando correr traslado de dicho libelo al nombrado Rafael Martínez Torres. Este contestó oponiéndose a su vez a las pretensiones del señor Betancourt y negando la mayoría de los hechos.

El Juez del conocimiento puso término a la primera instancia del litigio mediante el fallo de 5 de octubre de 1959, en el cual se denegaron tanto la declaración de pertenencia impetrada por Martínez Torres como la oposición del señor Betancourt y se absolvió al mismo demandado de los cargos que se le formularon en la demanda de reivindicación.

LA SENTENCIA ACUSADA

Habiendo apelado ambas partes del fallo de primera instancia, el Tribunal Superior de Popayán lo revocó por sentencia de 31 de marzo de 1960 y en su lugar resolvió:

"PRIMERO. Declárase no probada la oposición formulada por el señor Juan Bautista Betancourt, mayor de edad y vecino de Popayán, a la acción de prescripción adquisitiva de dominio pedida por el señor Rafael Martínez Torres, también mayor y de este vecindario, sobre el lote de terreno y casa en él construida y deslindado en la demanda de oposición.

"SEGUNDO.—El señor Rafael Martínez Torres es dueño exclusivo del lote de terreno y de la casa de habitación en el construída ubicados en esta ciudad de Popayán, en la calle 10, entre carreras 8ª y 9ª, distinguida en su puerta de entrada con el Nº 8-73, cuyos linderos son los siguientes: 'Por el Norte, con la calle 10, en una longitud de nueve metros con diez centímetros (9 mtos., 10); por el Occidente, pared de por medio, con propiedades de Carmen Valencia, Ligia Montaño, José Antonio Manrique, Filomena Rodríguez de Gómez, Luis López, Belarmina y Clementina Rico, Hernando Ruiz, Faustina Elvira y herederos de Gabriel Solís; por el Sur, pared de por medio, con propiedad de Marciana Guevara; y por el Oriente, pared de por medio, con propiedad de Reinaldo Tróchez'.

"TERCERO.—Inscríbase esta sentencia en el Libro Número Primero de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Popayán, para los efectos del artículo 2534 del Código Civil, en armonía con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 120 de 1928".

Después de hacer una relación de las cuestiones que son materia del litigio, la sentencia se refiere a las pruebas concernientes al dominio que el demandante Beancourt alega y concluye el análisis diciendo que "está plenamente demostrado con los títulos escriturarios mencionados que el opositor es el poseedor inscrito del derecho de dominio sobre el lote de terreno en que se halla edificado el inmueble cuestionado en este juicio". Sobre esta base el fallo acomete luego el estudio de los fundamentos de la acción de prescripción ejercitada por el señor Martínez Torres en orden a determinar si son suficientes "para enervar el derecho de dominio alegado por el opositor".

Dentro de este orden de ideas, la sentencia recuerda primeramente los principios y normas que regulan el fenómeno de la prescripción tanto extintiva como adquisitiva, ordinaria y extraordinaria, y expresa que la prescripción adquisitiva extraordinaria, que es la que en este negocio se hace valer, "debe reunir estos tres requisitos: 1º—Que el bien inmueble, objeto del juicio, sea susceptible de prescripción; 2º—Que tal bien haya sido poseído durante el lapso de tiempo requerido por la ley; y 3º—Que la posesión no haya sido interrumpida". Admite a continuación que en este caso aparece comprobado el primer requisito, y en relación con los dos últimos analiza así la prueba testimonial allegada por ambas partes, transcribiendo sus pasos principales, como los documentos traídos por el prescribiente, para terminar con estas conclusiones:

"1º.—Que el prescribiente Rafael Martínez Torres ha tenido la posesión ininterrumpida del lote de terreno objeto de este juicio, por un lapso superior a treinta (30) años, en el cual lote construyó, con su propio y exclusivo peculio, la casa que actualmente existe allí y que fue identificada en las inspecciones oculares practicadas en la primera y segunda instancia, como atrás se dejó visto.

"2º.—Que esa posesión sobre el lote de terreno y la casa mencionados, por el lapso de tiempo indicado, ha sido quieta, pacífica y tranquila, sin reconocer dominio ajeno sobre esos bienes, lo que resulta probado no sólo con las citadas pruebas, sino también porque ninguna otra se ha presentado aquí para demostrar lo contrario.

"3º.—La posesión ejercitada por el prescribiente en la forma, modo, tiempo y lugar, como ha sido demostrado en este juicio, es decir, por medio de los hechos positivos a que da derecho el dominio, según el Código Civil, como lo exige el artículo 5º de la Ley 120 de 1928, genera en su favor la consecuencia jurídica de que es procedente la declaración judicial de prescripción adquisitiva de dominio impetrada por él.....

"4º.—Para impugnar la acción ejercitada por el prescribiente alegó el opositor ser el poseedor inscrito del cuestionado bien inmueble y para demostrar tal hecho adujo la prueba requerida por la ley para tal fin, como atrás se dejó visto.

"Mas observa la Sala que, en tratándose de una prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, cuando se ha consumado la posesión en el lapso de tiempo exigido por la ley, ella prevalece sobre el título inscrito; de lo contrario, de ser como el opositor lo entiende en este juicio, jamás operaría el fenómeno de la prescripción.....

"5º.—En el caso **sub judice** la controversia se ha reducido, sencillamente, a una cuestión de hecho consistente en determinar y precisar si se consumó o no la prescripción en favor de quien la alega, por haber abandonado por más de treinta años la posesión del inmueble quienes tenían el título inscrito; y que no sólo abandonaron la susodicha posesión, sino que incurrieron en aquella inacción injustificada que la doctrina considera como una de las bases de la prescripción..... En efecto, de las pruebas aducidas por el opositor en esta litis no existe ninguna encaminada a demostrar que él o su tradente hubiesen acudido a alguno de los distintos, adecuados y eficaces medios procesales que brinda nuestro sistema legal para la recuperación del dominio del inmueble cuestionado, o para interrumpir la prescripción iniciada en favor del prescribiente Rafael Martínez Torres. Su actividad probatoria, por este aspecto, se circunscribió única y exclusivamente a demostrar que en el inmueble, objeto de la prescripción adquisitiva de dominio, habitaron también los padres del prescribiente y del tradente del opositor, pues aquellos son hermanos legítimos, junto con algunos otros miembros de esa familia; que el prescribiente sólo entró a poseer dicho inmueble desde el año de 1952; y que las mejoras allí existentes fueron ejecutadas a expensas del tradente del opositor, señor Gustavo Martínez Torres. Pero no intentó siquiera demostrar que el prescribiente hubiera tenido el carácter de mero tenedor de tal inmueble, o que haya ejercitado la posesión de ese bien sin **animus dominí**. Su oposición, como se ha dejado visto, se fundamenta en hechos bien diferentes".

La sentencia añade que los testimonios allegados por el opositor Betancourt no demuestran que su antecesor Gustavo Martínez Torres hubiera puesto mejoras en el inmueble en litigio, y que por el contrario uno de los cinco testigos asevera no conocer al citado Martínez y otro confirma que fue el prescribiente Rafael Martínez Torres quien ejecutó esas mejoras. Luego dice el mismo fallo: "Contra lo dicho por esos testigos están las afirmaciones de los catorce estimados por la Sala y presentados por el prescribiente Rafael Martínez Torres, a los cuales, en atención a las circunstancias de modo, tiempo y lugar como percibieron los hechos sobre que versan sus deposiciones, les otorga el Tribunal entera credibilidad para la decisión de la litis, conforme a lo dispuesto por el artículo 702 del C. Judicial".

Repite finalmente la sentencia que las circunstancias de que, una vez realizada la partición material que se consignó en la escritura número 1977, de 31 de diciembre de 1948, nada hubiere hecho el señor Gustavo Martínez Torres para ejercitar los correspondientes actos de dominio sobre la porción que se le adjudicó, y de que el opositor Betancourt tampoco hiciera nada en el mismo sentido después de adquirir esa porción, constituyen "graves indicios en favor del prescribiente" respecto de su posesión pacífica sobre el terreno y sobre la casa construida por él, toda vez que el nombrado Betancourt no vino a hacer valer su título sino cuando ya Rafael Martínez Torres había promovido su acción de pertenencia. Dicho título no basta por sí solo para enervar la acción de prescripción, porque la posesión material ejercida por el prescribiente adquiere fuerza suficiente para cancelar, por ministerio de la ley, la posesión inscrita del opositor.

EL RECURSO DE CASACION

El demandante Betancourt interpuso contra el fallo del Tribunal el recurso de casación, recurso

que la Corte procede a decidir por hallarse debidamente sustanciado.

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, el recurrente formula contra la sentencia tres cargos, así: dos por error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas y otro por error de derecho en la valoración de las mismas pruebas. Los dos cargos por error de hecho se analizarán en conjunto por referirse a materias similares.

Primer cargo.—La acusación consiste en el quebranto indirecto de los artículos 946, 2518, 2532 y 2200 del C. Civil a causa de error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas.

El recurrente empieza por afirmar que el error se refiere a las pruebas tanto documental como testifical que el demandado Martínez adujo: que en el fondo ese error estriba en no tener en cuenta la sentencia más que el texto de las declaraciones y en dar por establecida la posesión de dicho demandado cuando en realidad tales pruebas no la acreditan porque carecen de contenido: que, habiéndose invocado la prescripción como defensa contra la demanda de reivindicación, los comprobantes presentados por el mismo Martínez tampoco demuestran posesión alguna: que no basta citar y transcribir una prueba para tener por comprobado un hecho: que en este caso los declarantes aseveran que Martínez Torres ha poseído por más de treinta años sin reconocer dominio ajeno, pero no señalan en concreto actos posesorios de dicho demandado, ni dicen desde cuándo se inició esa posesión, ni expresan si éste reconoció o no dominio ajeno. Luego agrega: "El error es evidente, pues basta reparar los términos de los testimonios para comprobar que no son tales; basta observar la posesión que ellos mencionan para enterarse de que no existe nada parecido a ella en los términos y durante el tiempo referido. Basta, en fin, observar las menciones temporales para concluir que no se estableció punto de partida con anterioridad suficiente para que se entienda que a las alturas de agosto de 1958 el demandado había ya prescrito.

"El error fue fundamental y decisivo para el fallo absolutorio, puesto que sólo por negligencia en el estudio de las probanzas señaladas y en virtud de encontrar en ellas datos que no mostraban, el Tribunal pronunció fallo desestimatorio, quebrantando así, por dejarlo de aplicar, el artículo 946 del C. C., que consagra la acción de dominio, y el artículo 2518 junto con el 2532 de la misma obra, al aplicarlos indebidamente a un caso que no regulan, puesto que la prescripción funciona sólo sobre fundamento posesorio aquí ausente".

Afirma en segundo término el mismo impugnante que, al expresarse en el fallo que el actor no demostró la calidad de mero tenedor del demandado, se admite que puede existir posesión sin animus domini, toda vez que, conforme a las pruebas, aparece de bulto que Rafael Martínez Torres vivía en la casa a título de comodato gracioso o benévolo, al menos inicialmente, o sea, hasta cuando sus padres permanecieron en el mismo inmueble; que es curioso, por no decir absurdo, que el hijo que vive con sus padres y los socorre pueda invertir por su voluntad los papeles y convertirse de simple habitante del inmueble en señor y dueño de éste y tomar el cumplimiento de sus obligaciones familiares como actos posesorios para desconocer el dominio ajeno; que el Tribunal ignoró que en la casa vivieron los padres del demandado con otros de sus hijos, uno hasta 1938 y otro hasta 1954; que también olvidó que Ramón Martínez compró en mayor extensión el predio para sus hijos Josefina y Gustavo, que éstos partieron más tarde y que de allí proviene el título del demandante, y que por haber ignorado las pruebas correspondientes pudo el fallador estimar como posesión lo que no fue sino simple comodato gracioso. Añade que si el actor no demostró el carácter precario de la tenencia de Martínez Torres, se debe a que esta circunstancia aparece comprobada en el proceso, ya que dicho demandado vivió en la casa con sus padres y hermanos y sólo vino a quedar allí como tenedor único de 1952 en adelante, y sin que el hecho de que él pagase contribuciones y atendiera a las relaciones con los vecinos pueda ser entendido como posesión. Al no verse el comodato benévolo y tenerse por acreditadas la posesión y la prescripción del demandado, se violaron, según el recurrente, los artículos 946 y 2200 del C. Civil, por falta de aplicación, y los artículos 2518 y 2532 ibidem, por aplicación indebida.

SE CONSIDERA:

En repetidas ocasiones ha recordado la Corte que la casación no es una tercera instancia de los juicios, sino un recurso extraordinario con finalidades propias y específicas. Dicho recurso no autoriza el examen general de las pruebas para determinar si están o no demostrados los hechos

constitutivos de la litis. Esa tarea se halla reservada a los juzgadores de mérito, y en forma tan autónoma que la Corte no puede variar la apreciación de los elementos probatorios realizada por el sentenciador de instancia, sino en los casos concretos en que se le demuestre que tal estimación adolece de un error evidente de hecho o de un error de derecho.

Ya se dijo que la sentencia reconoce estar plenamente comprobado con los títulos aducidos por el demandante Betancourt que éste es "poseedor inscrito" del derecho de dominio sobre el inmueble que constituye el objeto de este juicio. El fallador no ignoró esos títulos, pero sí estimó que las probanzas allegadas por el demandado Martínez Torres acreditan la posesión de éste durante el lapso necesario para adquirir por prescripción extraordinaria la propiedad sobre el mismo inmueble y para tener por extinguido el derecho del propio demandante.

El fallo acusado trae a colación los testimonios y unos comprobantes aducidos por el demandado, hace referencia a una parte de las declaraciones, transcribe otra parte y concluye el análisis de estas pruebas admitiendo como acreditados varios hechos posesorios del señor Martínez Torres, tales como haber vivido en la casa durante más de treinta años, derribado la edificación antigua y construído la que actualmente existe y dotádola de los servicios de alcantarillado, acueducto y energía eléctrica, y haberse entendido con varios vecinos para la división y construcción de las cercas medianeras. El sentenciador estimó todas esas pruebas, y dándoles fe, juzgó comprobada la posesión del demandado durante el tiempo requerido para ganar por prescripción el dominio del inmueble.

El recurrente sostiene que la apreciación de las pruebas se resiente de error de hecho, porque ellas no acreditan ninguna posesión del demandado, porque los testigos no indican actos posesorios en concreto ni desde cuándo empezó la posesión aludida y porque no se tuvo en cuenta que en el inmueble vivió el mismo demandado con sus padres y hermanos, no pudiendo hacerlo como señor y dueño, sino a simple título de "comodato gracioso". Atentamente examinado el cargo, se observa que envuelve más una crítica general de las pruebas mencionadas que la demostración precisa de los errores de hecho que el impugnante atribuye a la sentencia. El fallador consideró esas pruebas y juzgó establecidos los hechos posesorios referidos; también apreció los elementos probatorios allegados por el actor y no encontró desvirtuada con ellos la posesión del demandado, ni comprobado que éste hubiera reconocido dominio ajeno y vivido en la casa como simple comodatario. A la inversa, consideró corroborada esa posesión con la circunstancia de que ni el demandante ni su antecesor hubieran recurrido oportunamente a los medios legales para interrumpir la prescripción del demandado y recuperar el dominio del inmueble. La sentencia no dejó de apreciar ninguna de las probanzas allegadas al juicio ni se ve que hubiera incurrido en ningún error de hecho y menos de carácter manifiesto al dar por acreditada la posesión de Martínez Torres durante el lapso de prescripción extraordinaria y al no hallar prueba demostrativa del comodato benévolo de que habla el recurrente. El cargo carece por tanto de fundamento.

Segundo cargo. — Se hace consistir este cargo en "error de derecho en la apreciación de las pruebas, del que se siguió quebranto del artículo 946 por defecto de aplicación y de los artículos 2518 y 2532, todos del C. C., por aplicación indebida."

En desarrollo de este cargo dice el impugnante:

"Al decir del artículo 697 del C. J., los testimonios cuyo acervo puede constituir prueba plena han de ser responsivos, circunstanciales y unívocos.

"Los del presente proceso son indeficientes en punto a igualdad, demasiado iguales si se quiere, pero nunca responsables y detallados en lo que se refiere a posesión...

"Los testigos relatan simplemente que han visto a Martínez Torres desde hace mucho tiempo viviendo en la casa vecina, donde han conocido siempre a la familia Martínez Torres, primero en compañía de sus padres Ramón Martínez y Carmen Torres, y luego solo, a la muerte de ellos (1936, 1954). Seguidamente, repitiendo el interrogatorio, afirman posesión de más de 30 años y no reconocimiento de dominio ajeno.

"¿Qué pueden saber los testigos de si Martínez al convivir con sus ascendientes directos y sus hermanos lo hizo con el ánimo de señor y dueño de la casa común? ¿Dónde están los datos expuestos certeramente por los declarantes que permitan ver a los padres de Martínez Torres como simples arrimados a la vivienda y a los hermanos titulares del dominio como beneficiarios de morada caritativa?

"Treinta años de posesión continua; ¿desde qué fecha? Los testigos dicen simplemente que veían al demandado vivir en la casa tradicionalmente de su familia. ¿Llegará a concluirse acaso que Martínez Torres nació poseyendo contra los hermanos que habitaban con él y el resto de la familia la misma casa?

"Careciendo como carecen de las calidades exigidas por la ley, los testimonios acotados no constituyen prueba alguna, mucho menos la plena, y el Tribunal que los habilitó de tales y les concedió valor incurrió en protuberante error de derecho, con quebranto del citado artículo 987 del estatuto procedimental y de allí, sin solución de continuidad, pasó a violar la norma sustantiva: el 946 por negar la acción de dominio a quien la tiene contra quien la puede ejercitar; los artículos 1518 y 1532 (sic), al ver prescripción extraordinaria donde no existe".

La Corte considera:

El demandado aportó a los autos dieciseis declaraciones y unos comprobantes relacionados con la instalación y pago de los servicios de energía eléctrica, acueducto y alcantarillado. El Tribunal prescindió de dos de esos testimonios por provenir de parientes del mismo demandado y examinó los catorce restantes, transcribiendo su parte sustancial. Tuvo en cuenta además los documentos aludidos así como cinco de las ocho declaraciones aducidas por el actor. Dando "entera credibilidad" a la prueba testifical del demandado en atención a las circunstancias de modo, tiempo y lugar como los deponentes percibieron los hechos que narran y estimando que los testimonios allegados por el demandante Betancourt no desvirtúan lo expuesto por aquellos testigos, el sentenciador llegó a la conclusión de que estaba probada la posesión de Martínez Torres. Y aunque es verdad que los declarantes no indican explícitamente la fecha exacta en que se inició dicha posesión, la mayoría de ellos sí habla de venirse ejerciendo ésta por el demandado desde hace más de treinta años, lo que le fue suficiente al fallador de instancia para tener por comprobado el elemento de la prescripción consistente en el lapso de duración de los actos posesorios y es también bastante para considerar infundado el reparo de erróneo que el impugnante formula contra este concepto.

El Tribunal encontró satisfactorios los testimonios referidos y les asignó el valor de plena prueba de la posesión del demandado, con lo cual no erró de derecho en la valoración de esa probanza, porque la ley autoriza para reconocer dicho mérito a dos declaraciones que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar. Aquí no fueron sólo dos testimonios, sino catorce, además de los comprobantes mencionados, las pruebas del actor y los indicios constituídos por la inacción o abandono del propio demandante y de su antecesor. Todos estos elementos concurrieron a formar la convicción del sentenciador, y al atribuirles éste pleno valor demostrativo no se encuentra que hubiera incurrido en el error de derecho que alega el impugnante. El cargo es infundado.

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 treinta y uno de marzo de mil novecientos sesenta dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en este juicio ordinario de Juan Bautista Betancourt contra el señor Rafael Martínez Torres.

No se causaron costas.

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

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

NO PROSPERAN LAS CENSURAS HECHAS A LA SENTENCIA QUE SE NEGO A DECLARAR LA INDIGNIDAD DE UN HIJO PARA SUCEDER A SUS PADRES

Indignidad y sus efectos. Purificación de la misma con el transcurso del tiempo. Prueba del atentado grave, como causal de indignidad. El perdón en el testamento. Sustracción y ocultación de bienes de una sucesión o de una sociedad conyugal disuelta.

1.—La indignidad para recibir asignación hereditaria proviene de las causas taxativamente señaladas en la ley y puede tener lugar tanto en la sucesión testada como en la intestada y comprende lo mismo las herencias que los legados. Pero la indignidad, cuyo estatuto obedece al interés privado de los particulares, no existe, para los efectos de la ley, mientras no sea declarada por sentencia que cause ejecutoria, según lo estatuye el artículo 1031 del C. Civil. Una vez pronunciada, se extingue en el asignatario la aptitud legal para recibir toda herencia o legado, como si no la hubiese tenido jamás, y la restitución debe comprender todos los bienes, con las accesiones y frutos percibidos durante el tiempo que los haya gozado.

2.—Hay una marcada disparidad doctrinaria sobre la naturaleza del fenómeno contemplado en el artículo 1032 del Código Civil, que dice: "La indignidad se purga en diez años de posesión de la herencia o legado". Los autores van desde la prescripción adquisitiva (Claro Solar, XIII, 129) hasta la simple prescripción de la pena (Carrizosa Pardo, Sucesiones, 146), pasando por la prescripción extintiva de índole civil (Fernando Vélez, IV, 110), y la caducidad (Luis De Gásperi, Derecho Hereditario, I, 43).

a)—No se trata desde luego de una prescripción adquisitiva, porque la fórmula del texto: "la indignidad se purga en diez años", no corresponde a dicha noción, y es completamente diferente de la que emplea la ley en el artículo 1326 con respecto al heredero aparente. Ello se explica, porque el sucesor putativo no es verdadero heredero, sino que aparenta serlo y por ello puede adquirir por usucapión lo que no tiene; al paso que el heredero que ha cometido un acto causante de indignidad, mientras ésta no sea declarada judicialmente, es verdadero titular de la herencia. De esta suerte, los diez años del artículo 1032 tienen el cometido de purificar su vocación hereditaria, su título sucesorio, del vicio resultante de un hecho previsto en la ley como generador de indignidad. Por donde se ve que la posesión de que habla el artículo 1032, no es allí, lo que en la prescripción adquisitiva, la entraña misma, sino simplemente la señal ostensible con que el asignatario aplica su vocación; mueve a quien interese, a provocar un pronunciamiento de indignidad, y purga su derecho de la falta cometida y de la pena.

b)—Las demás tesis, al localizar el lapso referido partiendo de la delación de la herencia, coinciden en lo sustancial, al punto de que para todas corre sin suspensión de ninguna especie, sin duplicación de días por ausencia y sin distingo alguno de buena o mala fe del heredero.

3—La depuración del título requiere "la posesión de la herencia o legado", según el artículo 1032 del C. Civil. A qué especie de

posesión se refiere? A la posesión concreta de los bienes de la herencia viciada, con base en el auto de adjudicación o partición? El artículo habla de "la herencia" no de los bienes. A la posesión efectiva? Puede ser que no se haya conferido al heredero. A una posesión de hecho, sin mediar auto adjudicación ni posesión efectiva? O a la posesión legal, con origen en la delación? Como el artículo 1025 pide posesión de la herencia y no de los bienes, se refiere ante todo a la posesión legal, sin excluir la efectiva, si la hubiere, ni la de los bienes en concreto al serle adjudicados al heredero. Pero bien puede ocurrir que los diez años transcurran sin que se haya obtenido la efectiva y aun sin haberse verificado la partición del haber hereditario, y sinembargo, el decenio legal habrá transcurrido con la sola posesión legal.

4.—Según el ordinal 2º del artículo 1025 del C. Civil, el atentado grave contra la vida, el honor o los bienes del de cujus, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos debe acreditarse mediante "sentencia-ejecutoriada". Se pregunta si dicho texto se refiere únicamente a las decisiones de carácter penal. La Corte tiene sentada doctrina (LXXXII, 548), según la cual ello no es así rigurosamente, porque el texto no hace distingo alguno, con acierto indudable, ya que un atentado de tal especie puede también aparecer de una providencia civil; y en algunos casos es imposible que conste en sentencia penal, como acontece con el adulterio, que hoy no es delito. La doctrina en mención reconoce a este hecho el alcance legal de atentado grave, probado que sea ante la jurisdicción civil mediante una sentencia de divorcio quoad thorum et cohabitationem, de origen eclesiástico o civil, esto es, una decisión judicial, pero no de carácter penal.

5.—El ordinal 2º del artículo 1025 del Código Civil prescribe que el atentado se pruebe por medio de "sentencia ejecutoriada", pero no exige un fallo que previamente demuestre el atentado, y otro que luego lo califique y pronuncie la indignidad. Es natural que si el hecho generador de ésta no puede establecerse sino mediante decisión de los jueces penales, no puede aguardarse ante ellos la acción de indignidad, que es estrictamente civil. Mas, si el hecho causante se puede acreditar por medio del fallo de los jueces civiles, como en el caso de atentado prevalido de la simulación, que a ellos concierne declarar, no se ve la razón que impida ejercer las dos acciones dentro de una misma litis.

6.—Acerca de la norma del artículo 1030 del Código Civil, es evidente que el perdón, expreso o tácito, contenido en el acto testamentario posterior al hecho causante de la indignidad, redime a su autor de la falta y la pena. Por ello, la institución testamentaria de heredero o legatario, cancela el pretérito y reduce el ámbito de la indignidad en la sucesión testada, a hechos que se sucedan con posterioridad al testamento, pero no a la muerte del causante, salvo algunos pocos hechos que no pueden acontecer sino después, como es la falta de aceptación del albaceazgo o del cargo de partidor o curador.

7.—La censurable conducta del hijo con posterioridad a la muerte de sus progenitores, no puede tomarse en cuenta para efectos de la indignidad. Porque con el fallecimiento desaparece el sujeto de un patrimonio, que pasa por ello mismo a pertenecer inmediatamente a los sucesores. En consecuencia, no hay atentado contra el patrimonio del causante, si se trata de hechos posteriores a su muerte, sino contra el haber de los sucesores, ya personalmente considerados. De hechos de esta clase se defienden los herederos mediante otros instrumentos, v. gr., los previstos en los artículos 1268 y 1384 del C. Civil, pero no con la acción de indignidad.

8.—En cuanto a la sustracción de bienes pertenecientes a la sucesión, dice la sentencia recurrida que tal hecho no puede considerarse probado en este negocio "a efecto de sustentar nuevas peticiones en relación con el artículo 1268 del Código Civil y la acción que de él pueda derivarse", puesto que si bien es cierto que ello se acreditó, no tuvo lugar en el presente juicio sino en otro. La referencia remite al negocio que sobre simulación se adelantó entre las mismas partes

y que llegó hasta la Corte, la cual, como tribunal de instancia, con base en los hechos probados, profirió condena. Pues bien, el concepto de la sentencia recurrida debe rectificarse de acuerdo con la siguiente doctrina expuesta en casación de 6 de abril de 1956 (LXXXIII, 548): "El juicio del juzgador sobre la prueba de los hechos que han sido la base de la decisión, demuestra esos mismos hechos en un nuevo litigio entre las mismas partes, aun cuando se trate de obtener el reconocimiento o declaración de efecto, consecuencia o resultado distinto del que se persiguió en la primera litis, como lo destacan las casaciones de 31 de octubre de 1936 (XLIV, 461) y 27 de octubre de 1938 (XLVII, 336)".

3.—No son consecuenciales de la petición de indignidad, las acciones fundadas en los artículos 1288 y 1824 del C. Civil. La de indignidad tiende a sancionar el hecho del heredero con la exclusión completa de todo derecho en la masa hereditaria del causante agraviado; en tanto que aquellas otras acciones se enderezan a sancionar al sucesor que sustrae, distrae u oculta bienes pertenecientes a una sucesión o a una sociedad conyugal. Se explica por ello que en el caso de autos, hayan sido propuestas como principales todas, sin que valga argüir que se trata de unos mismos hechos, porque los ejecutados antes de la muerte de los causantes atañen a la indignidad, y los cumplidos después, a las sanciones por ocultación, sustracción o distracción de bienes de una sucesión o de una sociedad conyugal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, veinticinco de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.).

Juicio ordinario de Carlos Saúl Goyeneche contra Ciro Enrique Goyeneche.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 11 de septiembre de 1959.

Recurrente: el actor.

— I —

ANTECEDENTES

1.—Carlos Saúl Goyeneche demandó a Ciro Enrique Goyeneche, ante el juez 5º civil del circuito de Bogotá, para que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera.—Que el demandado Ciro Enrique Goyeneche es indigno de suceder como heredero o legatario a sus padres, don Faustino Goyeneche y doña Otilia Otero de Goyeneche, por haber atentado gravemente contra sus bienes, al tenor del numeral 2º del artículo 1025 del Código Civil.

"Segunda.—Que el demandado Ciro Enrique Goyeneche ha perdido el derecho que como heredero o legatario le corresponde o haya podido corresponderle en los bienes de las sucesiones de don Faustino Goyeneche y doña Otilia Otero de Goyeneche.

"Tercera.—Que el demandado Ciro Enrique Goyeneche ha perdido el derecho a la cuota que como heredero o legatario le haya correspondido o le pueda corresponder en relación con los bienes de la sucesión de doña Otilia Otero de Goyeneche, y el de repudiación, de acuerdo con el artículo 1288 del Código Civil.

"Cuarta.—Que el demandado Ciro Enrique Goyeneche está obligado a restituir los bienes que le hayan sido adjudicados en dichas sucesiones o en una de ellas, y los que, perteneciendo a una de ellas o a ambas, tuviere en su poder o hubiere usufructuado: restitución que deberá hacerse junto con sus accesiones, frutos naturales y civiles, no sólo los percibidos sino los que hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, de conformidad con los artículos 964 y 1031 del Código Civil, reputándose al susodicho demandado como poseedor de mala fe. Dicha devolución o pago de frutos debidos deberá computarse para su liquidación a partir del 20 de septiembre de 1938.

"Quinta.—Que en consecuencia, y por haber ocultado y sustraído dolosamente los inmuebles de "El Huracán" y "Cumutica" que pertenecieron a don Faustino Goyeneche o la sociedad conyugal que él formó con la señora Otilia Otero de Goyeneche, bienes que se determinan por sus linderos en los hechos j) y k) de esta demanda, los mismos a que se refiere y que están comprendidos

dentro del alcance que tiene la sentencia de casación proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia en el juicio ordinario promovido por Carlos Saúl Goyeneche y Oliva Goyeneche de Otero contra Ciro Enrique Goyeneche y Ramón Otero ante el juzgado promiscuo del circuito de Charalá, el demandado Ciro Enrique Goyeneche está obligado a devolverlos doblados, o sea, dichos bienes y además el valor que ellos tengan al tiempo de la restitución, de conformidad con el artículo 1824 del Código Civil. Dicha restitución deberá hacerse en armonía con las modalidades de la petición "Cuarta" de esta demanda.

"Sexta.—Que los derechos y acciones que le corresponden o hubieran podido corresponderle al heredero demandado Ciro Enrique Goyeneche en las mencionadas sucesiones de don Faustino y doña Otilia Otero de Goyeneche, y a que se refieren las peticiones de esta demanda acrecen a los derechos y acciones del heredero demandante Carlos Saúl Goyeneche Otero, cesionario de los derechos herenciales de sus demás hermanos.

"Séptima.—Que el heredero demandado Ciro Enrique Goyeneche debe pagarle a la sucesión de don Faustino Goyeneche, o a ésta y a la de la señora Otilia Otero de Goyeneche, representada por el suscrito demandante, los perjuicios ocasionados por la retención indebida de las mencionadas fincas "El Huracán" y "Cucutica", incluyendo el lucro cesante y el daño emergente, en la cantidad que avalúen peritos.

"Octava.—Que el heredero demandado Ciro Enrique Goyeneche debe devolverle a la sucesión de la señora Otilia Otero de Goyeneche, representada por el heredero demandante Carlos Saúl Goyeneche Otero, los bienes que en ella le fueron adjudicados a título de herencia conforme a la respectiva partición que fue protocolizada por escritura pública número 340 de fecha 11 de noviembre de 1936 en la notaría primera del circuito de Málaga, a saber: a) La tercera parte del campo denominado "La Insula o Tabacal", ubicada en el municipio de Enciso y que se determina y alindera en el hecho h) de esta demanda; b) Una cuota parte equivalente a ciento treinta y tres pesos con sesenta y siete centavos ($ 133.67) en la mitad de una casa que se determina en el hecho i) de esta demanda.

"Novena.—Que en consecuencia deben cancelarse las inscripciones que de la hijuela de adjudicación de bienes en la mencionada sucesión de la señora Otilia Otero de Goyeneche se hicieran o hubieren hecho en la Oficina de Registro del circuito de Málaga, en cuanto tales inscripciones se refieren al demandado Ciro Enrique Goyeneche, subsistiendo en cuanto a las demás adjudicaciones.

"Décima.—Que los bienes que le hayan sido adjudicados al heredero demandado Ciro Enrique Goyeneche y entran a formar parte de la correspondiente sucesión de don Faustino o de doña Otilia, o de ambas, según proceda, y que se liquidan en el juzgado octavo civil de Bogotá, a fin de que se adjudiquen conforme a derecho y con exclusión del heredero indigno Ciro Enrique Goyeneche.

"Undécima.—Que el plazo de que habla el artículo 1082 del Código Civil, se le empieza a contar al demandado Ciro Enrique Goyeneche solamente desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia en mención, proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia el trece (13) de abril de mil novecientos cincuenta y uno (1951) en el aludido juicio ordinario sobre simulación de contratos escriturarios, promovido por el demandante Carlos Saúl Goyeneche Otero y su hermana Oliva Goyeneche de Otero contra el demandado Ciro Enrique Goyeneche y Ramón Otero ante el juzgado promiscuo del circuito de Charalá, o sea desde el trece (13) de mayo de mil novecientos cincuenta y uno (1951), cuando quedó ejecutoriada la sentencia.

"Duodécima.—Que el heredero demandado, Ciro Enrique Goyeneche debe pagar las costas de este juicio, por haber dado motivo a él".

2.—Los hechos fundamentales de la demanda son los siguientes:

a) Faustino Goyeneche y Otilia Otero de Goyeneche contrajeron matrimonio el día 30 de abril de 1896 y en él procrearon cuatro hijos: Ciro Enrique, Oliva, Alejandro y Carlos Saúl.

b) Otilia Otero de Goyeneche otorgó testamento nuncupativo el 29 de mayo de 1929, por medio de escritura número 220, de la notaría 2ª del circuito de Málaga, y en él asignó a su hijo Ciro Enrique el usufructo de las fincas mencionadas en la cláusula tercera, a fin de que se pagara la suma de cuatro mil ochocientos pesos ($ 4.800.00) que le debía y atendiera a todas las necesidades de su esposo hasta la muerte del mismo. En la cláusula quinta instituyó heredero al mismo Ciro Enrique Goyeneche. La testadora murió el 10 de marzo de 1931.

c) Faustino Goyeneche afianzó en el Banco de Londres y América del South, algunas obligaciones personales contraídas por su hijo Alejandro, obligaciones que por falta de pago el Banco pretendía hacer efectivas contra el fiador. Con este apremio resolvió vender en forma simulada varias fincas y derechos hereditarios de su propiedad a su consuegro Ramón Otero, según aparece de la escritura número 208, de 27 de abril de 1928, de la notaría primera del circuito de Soatá. Posteriormente, por orden del mismo vendedor, Ramón Otero hizo escritura de los mismos bienes y derechos a Ciro Enrique Goyeneche, como consta en instrumento número 175 de 22 de mayo de 1928, de la notaría segunda del circuito de Málaga.

d) Faustino Goyeneche otorgó testamento abierto en la notaría única de Villeta el día 2 de septiembre de 1938, bajo el número 207. En la cláusula tercera hizo constar: "Asimismo dispongo de los bienes que actualmente y de manera simulada tiene en su poder mi hijo mayor Ciro Enrique Goyeneche, vecino de Charalá, y que son las fincas denominadas Cucutica, ubicada en el municipio de Enciso; El Huracán, ubicada en el municipio de San José de Miranda, y la de Valero y que también tiene simuladamente la señorita Eloísa Pinto". En la cláusula sexta designa herederos universales a sus cuatro hijos en la proporción allí indicada. Falleció el 21 de septiembre de 1938.

e) Por no haber restituido los bienes Ciro Enrique fue demandado conjuntamente con Ramón Otero, por Carlos Saúl y Oliva Goyeneche Otero, en juicio de simulación de aquellas ventas y de restitución de los bienes a la sucesión de Faustino Goyeneche, juicio fallado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 13 de abril de 1951, en la cual se hicieron las referidas declaraciones y condenas impetradas.

3.—Seguida la litis con la oposición del demandado, la sentencia de primera instancia fue absolutoria, y apelada por el mismo, la confirmó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

La Corte decide la casación interpuesta por la parte actora.

— II —

LA SENTENCIA ACUSADA

4.—La sentencia niega la declaración de indignidad formulada en la petición primera del libelo, en primer lugar, por no haberse aducido la sentencia de origen penal como prueba del atentado grave que exige el ordinal 2º del artículo 1025 del C. C., en causal de indignidad para recibir asignación por causa de muerte; en segundo lugar, porque de acuerdo con el artículo 1030 ib., los padres perdonaron al demandado su comportamiento, al instituirlo heredero testamentario; y en tercer lugar, porque la acción de indignidad está extinguida según lo prescrito en el artículo 1032 del mismo Código.

5.—En cuanto a la petición quinta de la demanda, para que con apoyo en el artículo 1824 del C. C. se condene al demandado a restituír las fincas "El Huracán" y "Cucutica", y además el valor que las mismas tengan el día de la restitución, la sentencia la niega con invocación de la cosa juzgada que funda en el fallo de la Corte Suprema de Justicia, de 13 de abril de 1951.

Las demás peticiones del libelo inicial fueron negadas, por considerar el sentenciador que son consecuencias de las ya referidas.

— III —

EL RECURSO DE CASACION

6—Cinco cargos se formulan a la sentencia, por violación de la ley sustantiva: el primero, por errónea interpretación del artículo 1025, ordinal 2º, del C. C.; el segundo, por aplicación indebida del artículo 1030 ib.; el tercero, por haber aplicado indebidamente el artículo 1032 ib.; el cuarto, por quebranto directo del artículo 1288 ib. y aplicación indebida del artículo 473 del C. J.; y el quinto, por no haber aplicado el artículo 1824 del mismo código.

Cargos primero, segundo y tercero

A las tres razones que la sentencia expone para fundamentar la negativa con que resuelve la petición de indignidad, el recurrente opone, en su orden, los cargos primero, segundo y tercero.

La Corte se refiere a ellos en distinto orden.

Cargo tercero

7.—Estos son los conceptos del fallo:

"Por lo que hace relación al otro medio extintivo de la acción se observa que el demandante

confiesa en su demanda que a partir del 20 de septiembre de 1938 está en posesión de la herencia el demandado y de conformidad con el artículo 1032 del Código Civil: 'la indignidad se purga en 10 años de posesión de la herencia o legado'.

"No admitido por este Tribunal que la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia tenga la virtud legal para interrumpir la prescripción en el presente caso, la demanda propuesta se presentó el 30 de mayo de 1952 y fue notificada al doctor Ciro Enrique Goyeneche el 4 de julio del mismo año, lo cual significa que transcurrieron más de 10 años de posesión de la herencia por parte del Dr. Ciro Enrique Goyeneche y además de la causal extintiva considerada anteriormente, es preciso admitir la de prescripción de la acción y en tal sentido debe ser confirmada la sentencia recurrida".

8.—El cargo está formulado así:

"No dice el artículo 1032 qué clase de posesión es la exigida por diez años para purgar la indignidad, si la legal, si la efectiva, si la definitiva (757 c. c.), habiendo serios motivos para pensar en las dos últimas (766, 4º). Pero en todo caso obran en el expediente datos sobrados para establecer que el fenómeno prescriptivo no alcanzó a presentarse aquí, cualquiera que sea la inteligencia que se dé al precepto en cuanto a posesión se refiere.

"Como se lee en el artículo 1025, el atentado grave no es por sí solo razón suficiente de la indignidad, sino que ha de estar declarado en sentencia ejecutoriada, lo que significa la imposibilidad de demandar la indignidad antes de fallado el punto ofensa. O sea que la acción de indignidad surge solamente a partir del día en que por fallo que haga tránsito a cosa juzgada se excluya toda duda sobre la verificación de los hechos enunciados como causales de ineptitud sucesoral. Y si no puede el interesado intentar la acción sino de allí en adelante, sería lógico suponer que los términos le están corriendo de antemano? Podría partirse del absurdo legislativo de extinguir una acción antes de que surja?

"Piense uno en los varios casos contemplados en la norma para llegar a captar su esencia y concluirá con que se le aplicó a este caso del modo más indebido el artículo 1032 y se dejó de aplicar el 1025: Quien da muerte al de cujus no es indigno de por sí, sino en cuanto por autoridad criminal se le haya condenado como homicida. Apenas en el momento en que se ejecutoria esa condena pueden los interesados en recibir la herencia que no puede captar el criminal solicitar se declare su indignidad. Y qué sucedería si el proceso penal tarda más de diez años en ser resuelto? De obrar como procede aquí el Tribunal se diría que como el homicida hace más de diez años que posee, la acción de indignidad caducó o prescribió, o sea que el demandante no tuvo cuándo iniciarla y sin embargo la indignidad está patente.

"....

"El Tribunal niega eficacia interruptora al juicio ordinario de simulación que concluyó con sentencia favorable a los demandantes, eludiendo toda razón para tal pensamiento. Semejante actitud es una inequívoca violación directa del artículo 2539 c. c. si que también una aplicación indebida del 1032.

"Si no se puede iniciar juicio de indignidad sin sentencia ejecutoriada que declare la existencia del atentado, el juicio en torno al mismo constituye una antesala o escalón forzoso en el desarrollo del asunto y, necesariamente su promoción y notificación interrumpen la prescripción extintiva de la acción de indignidad".

SE CONSIDERA:

9.—Para el fallo recurrido, el demandado entró en posesión de la herencia el 20 de septiembre de 1938, de manera que a la notificación de la demanda con que se dió comienzo a este juicio, efectuada el 4 de julio de 1952, habían corrido más de diez años, ya que la sentencia de casación de 13 de abril de 1951, no tuvo "la virtud legal de interrumpir la prescripción en el presente caso".

Para el recurrente, cualquiera que sea la posesión que requiera el artículo 1032, no se presenta el fenómeno de la prescripción porque los diez años no pueden contarse en el caso del ordinal 2º del artículo 1025 del C. C., sino a partir de la sentencia que declare probado el hecho constitutivo de indignidad, o sea la que, proferida en este caso por la Corte Suprema de Justicia, declaró la simulación absoluta de varios contratos.

10.—A este respecto, debe saberse que Faustino Goyeneche, para evitar el embargo de sus bienes por deudas de su hijo Alejandro, que él había afianzado, dijo vender a Ramón Otero las fincas de "El Huracán", "Valero" y "Cucutica", situadas en los Municipios de San José de Miranda las dos primeras y en el de Enciso la última, según escritura Nº 208, de 27 de abril de 1928, de la notaría primera de Sostá. Por medio de la

Nº 175, de 28 de mayo siguiente, de la notaría segunda de Málaga, Otero, obedeciendo instrucciones de su vendedor, dijo vender los dichos inmuebles a Ciro Enrique Goyeneche, hijo de Faustino. A poco éste solicitó de Ciro la restitución de los mismos bienes, a lo cual se negó. Murieron luego, en 1931, Otilia Otero de Goyeneche, y en 1938, Faustino Goyeneche, padres de Ciro, y no habiendo hecho éste la devolución, fue demandado por los herederos Carlos Saúl Goyeneche y Oliva Goyeneche de Otero, para que fueran declarados simulados aquellos contratos, a la vez que restituídos los bienes a la sucesión de Faustino Goyeneche, y se condenara, además, al demandado a perder su cuota hereditaria en la sucesión de su padre, en lo relacionado con los bienes de la simulación, los cuales, además, debía restituir doblados. La sentencia de segunda instancia, desfavorable a la parte actora, fue casada por la Corte Suprema de Justicia según fallo de 13 de abril de 1951, en el cual fue pronunciada la simulación; se ordenó la devolución de los fundos, pero no doblados; y se declaró que el reo había perdido su derecho hereditario en los mismos bienes así como el derecho a repudiar la herencia en la misma sucesión de Faustino Goyeneche.

11.—Dice el artículo 1032 del C. C.:

"La indignidad se purga en diez años de posesión de la herencia o legado".

La indignidad para recibir asignación hereditaria proviene de las causas taxativamente señaladas en la ley y puede tener lugar tanto en la sucesión testada como en la intestada y comprende lo mismo las herencias que los legados. Pero la indignidad, cuyo estatuto obedece al interés privado de los particulares, no existe, para los efectos de la ley. Mientras no sea declarada por sentencia que cause ejecutoria, según lo estatuye el artículo 1031 del C. C. Una vez pronunciada, se extingue en el asignatario la aptitud legal para recibir toda herencia o legado, como si no la hubiese tenido jamás, y la restitución debe comprender todos los bienes, con las accesiones y frutos producidos durante el tiempo que los haya gozado.

12.—Sobre la naturaleza del fenómeno contemplado en el artículo 1032 hay una marcada disparidad doctrinaria. Nuestra jurisprudencia no ha tenido ocasión de precisarlo. Los autores van desde la prescripción adquisitiva, como Claro Solar (XIII. Nº 149), hasta la simple prescripción de la Pena, como Carrizosa Pardo ("Sucesiones" Nº 146), pasando por la prescripción extintiva de índole civil, con Fernando Vélez (IV. Nº 110), hasta la caducidad, con Luis De Gásperi ("Derecho Hereditario" I. Nº 43).

A) No se trata desde luego de una prescripción adquisitiva, porque la fórmula que emplea el artículo 1032: "la indignidad se purga en diez años", no corresponde a dicha noción. No dice el texto que el asignatario indigno adquiere la herencia o legado mediante la prescripción de diez años, como respecto del heredero aparente sí lo dispone el artículo 1326 para el caso de obtener la posesión efectiva, y con mayor razón la adjudicación de los bienes en el juicio mortuorio. El asignatario que aún no ha sido declarado indigno, es verdadero titular de la herencia o legado, y si a ello agrega la posesión, su situación es normal en tanto que no se dicte sentencia de indignidad. El sucesor putativo no es verdadero heredero: aparenta serlo; por ello puede adquirir por usucapión lo que no tiene, al paso que el heredero que ha cometido un acto causante de indignidad, mientras ésta no sea declarada judicialmente, es verdadero titular de la herencia. De esta suerte, los diez años del artículo 1032 tienen el cometido de purificar su vocación hereditaria, su título sucesorio, del vicio resultante de un hecho previsto en la ley como generador de indignidad.

Por donde se ve que la posesión de que habla el artículo 1032, no es allí lo que en la prescripción adquisitiva —la entraña misma— sino simplemente la señal ostensible con que el asignatario aplica su vocación; mueve a quien interese, a provocar un pronunciamiento de indignidad, y purga su derecho de la falta cometida y de la pena.

B) Las demás tesis, al localizar el lapso referido partiendo de la delación de la herencia, coinciden en lo sustancial, al punto de que para todas corre sin suspensión de ninguna especie, sin duplicación de días por ausencia y sin distingo alguno de buena o mala fe del heredero.

13.—La depuración del título requiere "la posesión de la herencia o legado", según el artículo 1032.

A qué especie de posesión se refiere? A la posesión concreta de los bienes de la herencia viciada, con base en el acto de adjudicación o partición? El artículo habla de la "herencia", no de los bienes. A la posesión efectiva? Puede ser que

no se haya conferido al heredero. A una posesión de hecho, sin mediar aún adjudicación ni posesión efectiva? O a la posesión legal, con origen en la delación?

La doctrina jurisprudencial tampoco se ha pronunciado al respecto. Fernando Vélez (IV. Nº 110), Hernando Carrizosa Pardo ("Sucesiones" Nº 146) y Manuel Somarriva Undurraga ("Derecho Sucesorio" I Nº 118), para citar algunos autores conceptúan que es suficiente la posesión legal de la herencia, que es la que confiere la ley al heredero en el momento en que es deferida (artículos 757 y 783 del C. C.), esto es, a la muerte del causante, si se trata de asignación pura y simple. Esta posesión legal se confirma con la aceptación de la herencia, al consolidarse el derecho hereditario en el causahabiente y subsiste hasta la liquidación plena o total de la herencia.

Como el artículo 1032 pide posesión de la herencia y no de los bienes, se refiere ante todo a la posesión legal, sin excluír la efectiva, si la hubiere, ni la de los bienes en concreto al serle adjudicados al heredero. Pero, bien puede ocurrir que los diez años transcurran sin que se haya obtenido la efectiva y aún sin haberse verificado la partición del haber hereditario, y sin embargo el decenio legal habrá discurrido con la sola posesión legal.

14.—La delación de la herencia del demandado, en la sucesión de Otilia Otero de Goyeneche, se verificó a la muerte de la misma el 10 de marzo de 1931; y en la de Faustino Goyeneche, al fallecer éste el 21 de septiembre de 1938. Así, al ser notificado a Ciro Enrique Goyeneche el libelo que dió principio a la presente litis, el 4 de julio de 1952, había corrido el término en referencia en relación con una y otra universalidad, esto es, ya se había purgado su título de la indignidad en que hubiese podido incurrir en relación con los bienes de sus antecesores.

De donde se sigue que la sentencia recurrida no contiene la infracción alegada del artículo 1032 del C. C., y de consiguiente bien denegados fueron las súplicas primera y segunda del libelo.

Mas, en este punto debe elucidarse si el lapso referido se debe contar, no desde la delación de la herencia, sino a partir del fallo de simulación, como lo sostiene el recurrente, caso en el cual no se hallarían las herencias del demandado rescatadas de la indignidad que se les atribuye. Lo que obliga a tratar del cargo primero de la acusación.

Cargo primero

15.—El recurrente acusa el fallo de instancia de interpretación errónea del ordinal 2º del artículo 1025 del C. C., porque, en síntesis, "el problema de si se requiere o no fallo penal no puede resolverse con patrones exentos de salvedades, uniformes e invariables, sino con arreglo a la realidad. Si los hechos imputados al heredero constituyen figuras delictivas, de más está decir que se esperará a que las autoridades de la jurisdicción penal fallen el caso, para luego las civiles pronunciarse sobre su ubicación dentro del fenómeno de indignidad. Cuando los hechos, no obstante su gravedad y alcance, por cualquier motivo no estén consagrados como delitos, el juez civil puede sin obstáculos pronunciarse sobre ellos en sus solos efectos hereditarios".

El fallo acusado niega la idoneidad a una sentencia civil de simulación, como prueba del atentado grave que, según la demanda inicial del juicio, cometió el demandado Ciro Enrique Goyeneche contra el patrimonio de sus padres. Estima, por tanto, que dicho texto, al hablar de "sentencia ejecutoriada", como prueba del "atentado grave", contempla únicamente las decisiones de carácter penal.

SE CONSIDERA:

16.—Según el ordinal 2º del artículo 1025 del C. C., al atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona del de cujus, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, debe acreditarse mediante "sentencia ejecutoriada".

La Corte tiene sentada doctrina (cas. de 6 de abril de 1956, LXXXII, 2167, 548), según la cual ello no es así rigurosamente, porque el texto no hace distingo alguno, con acierto indudable, ya que un atentado de tal especie puede también aparecer de una providencia civil; y en algunos casos es imposible que conste en sentencia penal, como acontece con el adulterio, que hoy no es delito. La doctrina en mención reconoce a este hecho el alcance legal de atentado grave, probado que sea ante la jurisdicción civil mediante una sentencia de divorcio quoad thorum et cohabitationem, de origen eclesiástico o civil, esto es, una decisión judicial, pero no de carácter penal. La casación de 6 de abril de 1956 precisó la doctrina al respecto, ya que la de 17 de mayo de 1945 (LX, 2032, 456), había exigido dos senten-

cias, una penal sobre el atentado y otra civil sobre la indignidad, en tanto que las de 8 y 30 de julio de 1948 (LXIV, 2062 y 2063, 485 y 2064-y 2065, 678), al requerir también dos fallos no pidieron que uno de ellos fuese de orden criminal. El fallo de 6 de abril de 1956 demostró la suficiencia de una decisión de origen eclesiástico, como supuesto necesario para declarar la indignidad.

No hay, pues, duda de que en este punto el fallo recurrido viola el ordinal 2º del artículo 1025, por haber rechazado la sentencia de simulación como prueba del atentado grave —que la Corte no entra a calificar— por el solo hecho de no proceder de los jueces del crimen.

17.—Empero, tal infracción carece de efecto en el recurso, porque aun admitida la sentencia de origen civil como prueba del atentado, el decenio no podía comenzar a contarse desde la misma sentencia, sino a partir de las asignaciones hechas a Ciro Enrique Goyeneche, de acuerdo con la doctrina general ya vista. Contado así, desde el 10 de marzo de 1931 —en la sucesión de la madre— y desde el 21 de septiembre de 1938 la sucesión del padre— la demanda en esta controversia fue notificada al demandado el 4 de julio de 1952, ya vencidos dichos términos, de modo que quedaron tales herencias redimidas de la causal de indignidad alegada.

18.—En caso como el de autos, la prueba del atentado grave y la declaración de indignidad se pueden perseguir dentro de una misma controversia, con el objeto de evitar que el término llegue a vencerse, por una parte, y por razones de economía procesal, por otra. El ordinal 2º del artículo 1025 prescribe que el atentado se pruebe por medio de "sentencia ejecutoriada", pero no exige un fallo que previamente demuestre el atentado, y otro que luego lo califique y pronuncie la indignidad. Es natural que si el hecho generador de ésta no puede establecerse sino mediante decisión de los jueces penales, no puede acumularse ante ellos la acción de indignidad, que es estrictamente civil. Mas, si el hecho causante se puede acreditar por medio del fallo de los jueces civiles, como en el caso de atentado prevalido de la simulación, que a ellos concierne declarar, no se ve la razón que impida ejercer las dos acciones dentro de una misma litis.

Hay doctrina ya intocable que permite incoar en un mismo libelo la acción de investigación de la paternidad natural y la de petición de herencia y aún la reivindicatoria contra terceros poseedores: la de nulidad contra el sujeto pasivo de ella y la de reivindicación contra extraños; la de resolución contra el contratante incumplido y la de restitución contra poseedores obligados a soportar los efectos de la resolución; la de simulación contra el comprador y la reivindicatoria contra terceros de mala fe, etc. Antes no se admitía que sin el fallo previo ejecutoriado de filiación, de nulidad, de resolución o simulación, se pudiese intentar la petición de herencia o la restitución o reivindicación contra terceros.

19.—La posibilidad invocada por el recurrente, de que pueden ser pocos los diez años para obtener una sentencia de origen penal —o de otro origen, según lo expuesto—, es excepcional y por ello insuficiente para desviar el propósito de la ley, que es el de que estos litigios entre miembros de una misma familia, no se alarguen en demasía, propósito aún más acentuado en legislaciones que tienen previstos lapsos muchísimo más cortos que el consagrado en la nuestra, v. gr., cinco años la chilena, tres la argentina y uno la peruana.

"Mas —dice De Gásperi— ingratísimas como son las cuestiones que toda indignidad suscita y de graves consecuencias el estado de incertidumbre de los derechos que eventualmente podrían corresponder al indigno mientras su exclusión no sea decretada por sentencia judicial, interesa al orden público poner fin a esa duda por un plazo fijado a la caducidad de la acción de parientes, cuya duración varía según el criterio que acerca de esta materia sustenta el legislador". (Ob. y tº citados, número 43).

Tampoco es bastante a desquiciar la dicha tesis sobre el día de iniciación del decenio, el concepto de que no existiendo indignidad sino en virtud de sentencia ejecutoriada, mal puede contarse desde la delación, por la imposibilidad de demandar la indignidad antes de obtener una decisión sobre los hechos. Porque el término corre, en todos los casos del artículo 1025, desde la delación. No habría razón para exceptuar el ordinal 2º porque haya de exigirse una sentencia sobre el acto constitutivo de indignidad, aun cuando en ocasiones poco comunes dicho lapso pueda resultar insuficiente. Que discurra desde la delación el expresado término, es calidad de sí mismo, pues como viene expuesto, se trata simplemente de la purificación del título de heredero.

20.—No obstante hallarse fundado el cargo en lo tocante a la especie de sentencia requerida por el ordinal 2º del artículo 1025, como prueba del

hecho generador de indignidad, y de consiguiente también acerca de la infracción de este precepto al exigirla de origen penal, ello ha conducido a rectificar la doctrina, solamente, pero sin incidencia en el recurso, por la razón dada de que el tiempo señalado allí se cuenta a partir de la delación de la herencia.

Cargo segundo

Violación del artículo 1030 del C. C., por haber sido traído a la controversia indebidamente.

21.—Reza el fallo:

"La señora Otilia Otero de Goyeneche por su testamento otorgado el 29 de mayo de 1929, vale expresar, más de un año después del acto jurídico simulado por voluntad de don Faustino Goyeneche en fraude de sus propios acreedores, y haciendo cómplice de falta a su propio hijo doctor Ciro Enrique Goyeneche, acto jurídico del cual dimana todo el andamiaje en que se ha querido basar la causal de indignidad alegada por el demandante, tuvo ese testamento la virtualidad jurídica protegida con la presunción que no admite prueba en contrario, de perdonar tácitamente la causal de indignidad propuesta, por lo que hace relación a la señora Otillia Otero de Goyeneche y, por lo tanto, todas las demás peticiones consecuenciales propuestas respecto a la sucesión de ella contra el heredero doctor Ciro Enrique Goyeneche deben rechazarse.

"Más clara, más patente y más precisa es la condonación de la indignidad alegada en contra del Dr. Ciro Enrique Goyeneche, en lo que atañe a la sucesión de su legítimo padre, don Faustino Goyeneche, porque como se ha visto, a sabiendas del acto simulado, así lo confiesa y expresa en la cláusula tercera de su memoria testamentaria, otorgada el día 2 de septiembre de 1935 y ya hemos visto que la escritura que contiene el acto simulado es de fecha 22 de mayo de 1928 y que en ese mismo testamento instituye con sus demás hijos, al doctor Ciro Enrique Goyeneche como su heredero universal".

22.—El recurrente dice:

"Cuando Otilia Otero de Goyeneche testó no podía ella conjeturar siquiera que su hijo Ciro Enrique Goyeneche fuera a desconocer a sus propios hermanos sus legítimos derechos y a negar lo que todos conocían por haberlo vivido, tampoco podía ella partir de un supuesto incierto: que Ciro Enrique no iba a devolver los bienes, y por ende a sustraerlos de la liquidación de la sociedad conyugal y de la sucesión materna. Más precisamente, cuando Otilia Otero testó la injuria no se había producido y mal podía ella perdonar por anticipado lo que no imaginaba siquiera fuera a ocurrir.

"Es desacertado decir como lo hace el Tribunal que el testamento de la madre en favor del demandado contenga una remisión de la ofensa no producida, una especie de condonación del dolo futuro (1523), como si el demandante pudiera remitir los alcances no previstos ni previsibles de su apoderado en negocios futuros. Desacertada e ingenua la exculpación hallada oficiosamente por el Tribunal.

"Y si para esa corporación resulta más claro el perdón de Faustino Goyeneche que el de su esposa, la situación en este caso resulta aún más absurda: El testador dice que los inmuebles rurales (Cucutica, Valero y Huracán) son suyos por estar simuladamente en cabeza de su hijo Ciro, a quien exhorta a la devolución para repartirlos entre sus herederos. Quiere lo anterior decir que Faustino Goyeneche reconoció allí el fraude de su hijo, el ilícito de éste al pretender apropiarse de lo ajeno y se lo perdonó? Ridículo habría sido disponer de lo propio sabiéndolo perdido en manos ajenas y, aceptando la sustracción definitiva, hacer reparto del bien como si se encontrara libre de amenazas.

"La cláusula testamentaria en examen tiene un sentido inequívoco de refrendación de la confianza: Sabedor el testador, sabedores los herederos, Ciro Enrique el primero, de que la titulación de éste era ficticia y en la creencia errada testador y herederos distintos de Ciro Enrique de que éste cumpliría su promesa hecha al recibir los bienes en fiducia, no se concibe para entonces consumación de un atentado y menos perdón del mismo".

SE CONSIDERA:

23.—Los autos dan cuenta, en lo que respecta a este cargo, de lo siguiente:

a) Faustino Goyeneche dijo vender a Ramón Otero los inmuebles de "El Huracán", "Cucutica" y "Valero" y además algunos derechos hereditarios, según escritura Nº 208, de 27 de abril de 1928, de la notaría primera de Sostá; y Otero dijo venderlos a su turno el 28 de mayo siguiente a Ciro Enrique Goyeneche, por instrumento Nº 175 de la notaría segunda de Málaga.

b) Otilia Otero de Goyeneche testó nuncupativamente el 19 de mayo de 1929, por escritura Nº 220, de la misma notaría. Instituyó heredero a

su hijo Ciro Enrique y murió el 1º de marzo de 1931.

c) Faustino Goyeneche otorgó testamento el 2 de septiembre de 1938, según intrumento público Nº 207, de la notaría de Villeta; designó herederos a sus cuatro hijos, incluído Ciro Enrique, y dispuso en el mismo acto testamentario de los bienes que fueron objeto de aquellos contratos. Falleció el 21 de septiembre de 1938.

d) En junio 5 de 1940 demandaron Carlos Saúl Goyeneche y Blanca Oliva Goyeneche a Ciro Enrique Goyeneche y Ramón Otero, para que se declarase la simulación absoluta de tales contratos, y fuera condenado el primero de los demandados a restituírlos doblados a la sucesión del finado Faustino Goyeneche y con la declaración, además, de que el mismo demandado había perdido la cuota que como heredero le pudiera corresponder en los mismos bienes. Este litigio terminó con sentencia de la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— por medio de la cual se hicieron las declaraciones pedidas, limitando la quinta a la pérdida "del derecho a la cuota que como heredero o legatario le pueda corresponder (a Ciro Enrique) en los bienes cuya restitución se ha decretado y en relación con la sucesión de su padre el señor Faustino Goyeneche, y el de repudiación".

24.—En relación con Otilia Otero de Goyeneche, si la conducta de su hijo Ciro Enrique Goyeneche constituía atentado grave contra sus bienes, fue perdonado al ser instituído heredero por ella el 19 de mayo de 1929, cuando aquél no los había restituído; y en lo atinente a Faustino Goyeneche, ocurrió lo propio, por haberlo designado igualmente heredero el 2 de septiembre de 1938, cuando todavía retenía los bienes que se habían titulado a su nombre ficticiamente.

Acerca de la norma del artículo 1030 del C. C., es evidente —como lo expone la sentencia de instancia— que el perdón, expreso o tácito, contenido en acto testamentario posterior al hecho causante de la indignidad, redime a su autor de la falta y la pena. Por ello, la institución testamentaria de heredero o legatario, cancela el pretérito y reduce el ámbito de la indignidad en la sucesión testada, a hechos que se sucedan con posterioridad al testamento, pero no a la muerte del causante, salvo unos pocos hechos que no pueden acontecer sino después; como es la falta de aceptación del albaceazgo o del cargo de partidor o curador.

Por esto, la conducta del demandado posterior a la muerte de sus progenitores, que la aludida sentencia de la Corte halló censurable y merecedora del fallo antes mencionado, no podría tomarse en cuenta para efectos de la indignidad. Porque con el fallecimiento desaparece el sujeto de un patrimonio que pasa por ello mismo a pertenecer inmediatamente a los sucesores, por el modo de adquirir que actúa al morir la persona y merced al efecto retroactivo de la partición, que une el patrimonio del de cujus con el del heredero, sin solución de continuidad. En consecuencia, no hay atentado contra el patrimonio del causante, si se trata de hechos posteriores a su muerte, sino contra el haber de los sucesores, ya personalmente considerados. El artículo 1025, ordinal 2º, habla del cónyuge o de cualquiera de los ascendientes o descendientes legítimos del de cujus, pero no de los herederos que son ciertamente los mismos, pero ya investidos de la condición de sucesores o causahabientes por la muerte de su autor y la delación de la herencia. De hechos de esa clase se defienden los herederos mediante otros instrumentos v. gr., los previstos en los artículos 1288 y 1824 del C. C., pero no con la acción de indignidad.

Según la súplica primera de la demanda con que se dió comienzo al presente litigio, la causa de indignidad invocada se funda en "haber atentado el demandado gravemente contra los bienes de sus padres". Si el atentado se mira en relación con los bienes de éstos, de él fue absuelto en las respectivas memorias testamentarias; y si a los bienes de la universalidad herencial, naturalmente ya fallecidos aquéllos, se trataría de bienes de los herederos y no de los padres. Salvo las excepciones aludidas, a la muerte del causante se cortan cuentas por conceptos de indignidad, de forma que no se juzga sino de aquellos actos ejecutados antes de la apertura de la sucesión, fenómeno que determina los derechos de quienes son llamados a recibir asignación del sujeto fallecido.

No quebranta, por tanto, la sentencia la disposición del artículo 1030 del C. C.

Cuarto cargo

Violación directa específica del artículo 1288 del C. C., y por **aplicación indebida** del artículo 473 del C. J.

25.—Afirma el recurrente que al negar la sen-

tencia el pedimento tercero de la demanda, fundado en el artículo 1288 del C. C., violó los textos citados, ya que la aplicación de este precepto en el juicio de simulación, sólo se refirió a los bienes de Faustino Goyeneche y no a los de Otilia Otero de Goyeneche.

SE CONSIDERA:

26.—En la demanda de simulación fechada el 5 de junio de 1940, figura esta solicitud:

"Quinto.—Que como el demandado Ciro Enrique Goyeneche a sabiendas ocultó maliciosamente los bienes pertenecientes a la sucesión expresada y no ha cumplido con la obligación de devolverlos, ha perdido la cuota que como heredero le pudiera corresponder en los bienes cuya restitución se demanda, y debe restituirlos doblados".

La Corte, en la sentencia de casación de 13 de abril de 1951, resolvió al efecto:

"Cuarto. Declárase que el demandado Ciro Enrique Goyeneche ha perdido el derecho a la cuota que como heredero o legatario le pueda corresponder en los bienes cuya restitución se ha decretado, y en relación con la sucesión de su padre el señor Faustino Goyeneche, de acuerdo con el inciso primero del artículo 1288 del Código Civil, y el de repudiación".

El fallo recurrido dice que "respecto a la causal contemplada en el inciso primero del artículo 1288, sobre pérdida de la herencia sobre los bienes ocultados por el demandado, ya se pronunció la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia que hace tránsito a cosa juzgada y acoge este Tribunal plenamente el concepto del a-quo, cuando dice: Por último, se observa que el hecho que motivó las declaraciones hechas por la Corte quedó debidamente sancionado, siendo imposible tomarlo como comprobado no en este juicio sino en otro para sustentar nuevas pretensiones en relación con el artículo 1288 y la acción que de él pueda derivarse. Cualquier intento al respecto encuentra el obstáculo de la cosa juzgada'".

27.—El recurrente arguye que habiendo sido sancionado en la anterior sentencia Ciro Enrique Goyeneche, en cuanto es sucesor de Faustino Goyeneche, a la pérdida de su cuota hereditaria en los fundos de "El Huracán", "Cucutica" y "Valero", por haberlos ocultado maliciosamente, se trata ahora de que lo sea como heredero de Otilia Goyeneche de Otero y pierda también en dichos inmuebles la cuota que le corresponde en la sucesión de la última, y agrega: "La cosa juzgada intangible al tenor del 473 C. J., excepción suficiente en nuevo litigio, previene decisiones contradictorias en casos iguales y por ende su aplicación exige igualdad de objeto, causas y personas, factores que no se hallan completos aquí como para permitir prosperidad de la defensa".

28.—Demandada una declaración contra Ciro Enrique Goyeneche, de haber perdido su cuota de heredero en la sucesión de su padre y en relación con los inmuebles llamados "El Huracán", "Cucutica" y "Valero", y una condena, además, de restituirlos doblados a la misma sucesión, la Corte declaró que Ciro Enrique había perdido su cuota en tales bienes, en la sucesión de Faustino Goyeneche, "de acuerdo con el inciso primero del artículo 1288 del C. C.," así como también el derecho a repudiar la misma herencia, pero no ordenó que la devolución se hiciese doblada.

De manera que si en el juicio actual se han demandado semejantes declaración y condena, no ya en lo atinente a la cuota que en los mismos bienes correspondía al demandado en la sucesión del padre, sino en cuanto a la cuota que en ellos le pertenece en la de la madre, es evidente que la sentencia viola el artículo 473 del C. J., por haberlo traído al debate indebidamente, ya que no se trata de la misma cosa, y por lo mismo el artículo 1288 del C. C., de manera directa específica.

Pero estos agravios a la ley no configuran en esta ocasión un cargo procedente, tal como se formula, por violación directa, ya que sería indirecta, en cuanto el sentenciador llegara a la conclusión atacada en el cargo, por manifiesto error de hecho sufrido en la apreciación del punto cuarto de la parte resolutiva de la sentencia de la Corte de 13 de abril de 1951, que no se refirió a la pérdida de la cuota hereditaria de Ciro Enrique, en ambas sucesiones, sino tan sólo en la de Faustino, como literal y expresamente lo dice. Pero tal error de hecho no fue planteado en la demanda de casación.

29.—Mas, debe rectificarse un concepto de la sentencia. Dice, en cuanto a la sustracción de los bienes, que no puede considerarse probado tal hecho en este negocio "a efecto de sustentar nuevas peticiones en relación con el artículo 1288 del C. C. y la acción que de él pueda derivarse", "ya que sólo se acreditó en el de simulación".

Mas, olvida la sentencia que la misma casa-

ción de 6 de abril de 1956 (LXXXII. 2167, 548), dijo lo siguiente, reiterando doctrina ya consagrada:

"El juicio del juzgador sobre la prueba de los hechos que han sido base de la decisión, demuestra esos mismos hechos en un nuevo litigio entre las mismas partes y aun cuando se trate de obtener el reconocimiento o declaración de un **efecto, consecuencia o resultado distinto del que se persiguió en la primera litis,** como lo destacan las casaciones de 31 de octubre de 1936 (XLIV. 461) y 27 de octubre de 1938 (XLVII. 330") (Subraya la Sala).

En consecuencia, probados los hechos generadores de la acción que erige el artículo 1288, en el juicio de simulación, y visto, además, que con base en ellos hizo la Corte, como Tribunal de instancia, el pronunciamiento contenido en el punto cuarto de dicha sentencia, el **juicio del juzgador sobre la prueba de los mismos hechos que fueron la base de la decisión, los demostraría igualmente** en este nuevo litigio, entre las mismas partes, "aunquando se trate de obtener el reconocimiento o declaración de un efecto, consecuencia o resultado distinto del que se persiguió en la primera litis".

Cargo quinto

Violación del artículo 1824 del C. C., por no haber sido aplicado al pleito.

30.—Dice la sentencia:

"Como todas las otras peticiones de la demanda son consecuenciales de la indignidad que, por las razones dichas, no prospera, no es el caso de hacer referencia particular a ellas".

"Leyendo cada una de las peticiones posteriores a la primera sobre declaratoria de indignidad, se observa con la nitidez de la evidencia que se trata de acciones consecuenciales a tal declaratoria y de no ser consecuenciales han debido proponerse como subsidiarias o eventuales, para el caso de que no prosperara aquélla.

"Pero en todo caso al fallador le corresponde interpretar la demanda propuesta y así podría tenerse como eventualmente propuesta la relacionada con la sustracción dolosa que conlleva la sanción de pérdida de lo ocultado y ya hemos visto que la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el citado precepto del artículo 1288, teniendo en cuenta todos los efectos legales de la dolosa ocultación. Sin que sea dable a la justicia revivir cuestiones decididas definitivamente".

31.—El recurrente funda el cargo diciendo que la acción del artículo 1824 del C. C., es distinta de la de indignidad y también de la estatuída en el artículo 1788 ib.; que todas pueden prosperar a la vez, o sólo dos de ellas, y una simplemente, o ser negadas todas, y que en el caso de autos concurre el supuesto previsto en el artículo 1824, dado que Ciro Enrique Goyeneche distrajo dolosamente los bienes, al negarse a restituirlos y sostener un proceso de simulación.

SE CONSIDERA:

...

32.—En el punto quinto de la parte petitoria de la demanda de 5 de junio de 1940, que dió origen al juicio de simulación, se formuló la solicitud de que se aplicara al demandado la sanción del artículo 1824 del C. C., o sea, la doble restitución de los bienes distraídos maliciosamente a la mortuoria de Faustino Goyeneche.

Por entonces la sucesión de Otilia Otero de Goyeneche se había liquidado (escritura de protocolización Nº 340 de 11 de noviembre de 1936, notaría del circuito de Málaga), y es obvio que no figuraron en ella los inmuebles nombrados, los que seguían a la sazón en cabeza del heredero Ciro Enrique Goyeneche.

De lo cual se sigue que al demandar en aquel libelo, al lado de una declaración de ser ficticias las ventas de los nombrados fundos, que se condenara al comprador aparente a restituírlos como efecto del decreto de simulación, y a restituírlos doblados, por haberlos sustraído dolosamente, con apoyo en el artículo 1824 del C. C., no se hizo fraccionamiento alguno de tales inmuebles, atendiendo a que en parte pudieran pertenecer a la sucesión de Faustino y en parte a la de Otilia, o sólo a la del primero, por hallarse la de la última ya liquidada. Por tanto, la pretensión de que da cuenta la petición quinta del libelo de la controversia sobre simulación, quedó definitivamente fallada en la sentencia de 13 de abril de 1951.

33.—Por esta razón es necesario concluír:

a) que el punto cuarto de la parte resolutiva del fallo de la Corte Suprema de Justicia, de 13 de abril de 1951, decidió sobre la petición quinta de la demanda aludida, limitando la declaración, por concepto de sustracción o ocultamiento de bienes, a la pérdida de la cuota herencial de Ciro Enrique Goyeneche, en los prementionados bienes raíces, habiendo negado el pedimento de que las fincas se devolviesen dobladas. La Corte, en vez

de apoyarse en el artículo 1824, aplicó el 1288, que cita expresamente en la declaración quinta de dicha providencia.

b) Que, por tanto, lo concerniente a la acción que consagra el artículo 1824 del C. C., que sirvió de sustento a la petición quinta de la demanda antigua, quedó definitivamente fallado en la supradicha sentencia de la Corte, en la forma expresada. Y

c) Que, al demandar Carlos Saúl Goyeneche a Ciro Enrique Goyeneche, en el presente litigio (petición quinta del libelo), con el objeto de que "por haber ocultado maliciosamente los inmuebles de "El Huracán" y "Cucutica" se le condene a restituirlos doblados, de conformidad con el artículo 1824 del Código Civil", repite la expresada petición quinta de la demanda de simulación que esta Corte decidió en el citado fallo, circunscribiendo el pronunciamiento a la pérdida de la cuota hereditaria en los inmuebles mencionados, y además, el derecho de repudiar la herencia, según lo preceptúa el inciso primero del artículo 1288.

Por consiguiente, al negar la sentencia impugnada la petición quinta del libelo, no infringe el artículo 1824 del C. C.

33.—Mas, debe la Corte rectificar doctrinariamente al juzgador de instancia:

No son consecuenciales de la petición de indignidad, las acciones fundadas en los citados artículos 1288 y 1824 del C. C. La de indignidad tiende a sancionar el hecho del heredero con la exclusión completa de todo derecho en la masa hereditaria del causante agraviado; en tanto que aquellas otras acciones se enderezan a sancionar al sucesor que sustrae, distrae u oculta bienes pertenecientes a una sucesión o sociedad conyugal. Se explica por ello que hayan sido propuestas como principales, todas, sin que valga argüir que se trata de unos mismos hechos, porque los ejecutados antes de la muerte de los causantes, atañen a la indignidad, y los cumplidos después, a las sanciones por ocultación, sustracción o distracción de bienes de una sucesión o de una sociedad conyugal.

No habrá lugar a condena en las costas de la casación, por las rectificaciones doctrinarias.

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 fecha once (11) de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de Carlos Saúl Goyeneche contra Ciro Enrique Goyeneche.

Sin costas.

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

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



NO SE CASA LA SENTENCIA QUE SE NEGO A HACER DECLARACION JUDICIAL DE PERTENENCIA SOBRE UN LOTE URBANO DE TERRENO DE EJIDO

Juicios de pertenencia, modalidades, prueba requerida. No pueden versar sobre bienes de uso público. Ejidos, su concepto. Imprescriptibilidad de los terrenos de ejido y de las construcciones levantadas en ellos.

1.—Objeto específico del juicio regulado por la ley 120 de 1928 es el de que todo aquel que tenga en su favor la prescripción adquisitiva del dominio de un inmueble, sea ordinaria o extraordinaria, pueda hacerla valer por vía de acción autónoma, impetrando la declaración judicial de pertenencia.

2.—Tres modalidades contempla la ley 120 de 1928 del juicio de pertenencia: a)—Que la acción se dirija contra persona o personas determinadas, caso en el cual se seguirá con éstas un juicio ordinario (art. 6º); b)—Que en defecto de personas conocidas contra quienes hacer valer el fenómeno adquisitivo, la acción se establece erga omnes, y entonces se le dará el trámite especial que establecen los artículos 6º a 9º de la ley; c) que contra la acción erga omnes se interponga oposición, evento en que se adelantará juicio ordinario con el opositor, quien tendrá que asumir la función de demandante si no está en posesión de la finca (artículos 10 y 11).

3.—Como quiera que la cuestión planteada por quien pretende a su favor la declaración judicial de pertenencia es ganar el dominio por obra de la usucapión, la oposición de quien, por carecer de la posesión actual, está obligado a constituirse en demandante, habrá de erigirse en este mismo campo, oponiendo su dominio u otro derecho real no desvirtuados por la posesión del pretenso usucapiente o una posesión de mejor derecho, que son ciertamente las situaciones jurídicas amparadas por la acción reivindicatoria.

4.—La acción de prescripción adquisitiva no puede versar sobre inmuebles de las entidades de derecho público, declarados imprescriptibles, y este carácter necesariamente ha de predicarse, tanto respecto de la petición inicial, como de la oposición que a su turno pretenda fundarse en la posesión o en el derecho de dominio derivado de la posesión de esos bienes.

5.—El solo reconocimiento por los ocupantes de ejidos, del dominio del respectivo municipio en éstos, es prueba contra tales ocupantes, de la verdad de esta circunstancia, como se deduce del contenido del artículo 22 de la Ley 41 de 1943.

6.—Entre nosotros el concepto de EJIDO —palabra que se deriva de la latina exitus, que significa salida— es el mismo que nos legara la tradición jurídica española. Conforme a ésta, los ejidos son campos o tierras que están a la salida del lugar y no se plantan ni se labran, pues están destinados al uso común de sus moradores; nadie puede apropiárselos, ni ganarlos por prescripción, ni edificar en ellos, ni mandarlos en legado.

7.—No obstante el carácter inalienable de los terrenos ejidos, ello no obsta para que el legislador, como regulador de la administración municipal, pueda, cuando lo juzgue conveniente, ampliar las facultades de los Concejos respecto de la administración de los terrenos comunales, permitiéndoles enajenar aquéllos que no sean necesarios para algún uso público.

8.—Mr tanto que las ciudades o municipios conserven sin enajenar sus terrenos ejidos, éstos, como bienes de uso público que son, gozan del fuero de la imprescriptibilidad.

9.—Quien construye en suelo que no le pertenece se sujeta a que, por virtud de la accesión, el dueño del terreno lo sea del edificio. Resultado éste a que no puede oponerse el edificador, quien sólo tiene un derecho personal a la indemnización que por la mejora le corresponda, sin perjuicio del derecho de retención a que en pro del mismo constructor pueda haber lugar.

10.—Siendo predicable en derecho que lo accesorio sigue el destino de lo principal, no puede escapar a este imperativo la suerte de la edificación levantada en terreno imprescriptible, o lo que es lo mismo, que esta imprescriptibilidad se comunica desde un principio a la construcción.

11.—La posesión material, durante un lapso igual al de la prescripción extraordinaria, cumplida por un particular sobre la casa levantada por él en terrenos de ejido, ni puede evitar el fenómeno de la accesión de la casa al terreno, ni otorgarle por prescripción alguna, el dominio del edificio construído sobre terreno imprescriptible. La situación de sus herederos es, desde luego, la misma.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, D. E., veintiséis de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga con fecha 16 de diciembre de 1957, en el juicio ordinario seguido por Carmen Elisa Obando de Rodríguez contra José Vicente y Francisco Morales, originado en la oposición de la recurrente a una demanda de los dos últimos sobre declaración de pertenencia.

— I —

EL LITIGIO

1.—José Vicente y Francisco Morales, recurriendo al trámite del juicio por edictos de que tratan los artículos 6º y siguientes de la Ley 120 de 1928, impetraron del Juez Civil del Circuito de Buga, la declaración de haber ellos adquirido por prescripción el dominio pleno de un lote de terreno en que está levantada una casa de paredes de ladrillo y adobe, con techo de tejas de barro cocido, inmueble situado en el perímetro urbano de la población de Buga, en la carrera 17, entre calles 12 y 13, distinguido según la nomenclatura oficial con el número 12-86, cuyo terreno tiene una superficie de 637 metros cuadrados, midiendo 13 metros de frente por 49 de fondo, y determinado por los siguientes linderos: Al occidente, con la carrera 17; al oriente con predio de Luis Alberto Rivera; al sur con predio de herederos de Jesús Delgado; y al norte, con predio de José Vicente Morales.

2.—A este pedimento se opuso primeramente el Personero del Municipio, mediante escrito en que alegó ser imprescriptible el terreno, por hacer parte de los ejidos municipales.

3.—Después, y dentro del término del emplazamiento de que tratan los artículos 7º y 8º de la Ley 120 de 1928, la señora Carmen Elisa Obando de Rodríguez formuló oposición, mediante escrito en que, asumiendo el carácter de demandante que le atribuye el artículo 11 de la citada ley, solicita que por sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se decida lo siguiente:

"a). Declarar que no es procedente la declaratoria de pertenencia invocada, tanto por ser sustantivamente inepta la demanda, como por ser única propietaria y poseedora inscrita de la casa de habitación edificada sobre el lote de terreno ejido, la señora CARMEN OBANDO DE RODRIGUEZ, mi representada:

"b). Que en virtud de dicha declaración, corresponde únicamente a la nombrada señora el

derecho para invocar y obtener del Municipio de Buga la correspondiente adjudicación del lote de terreno de ejido, sobre el cual se encuentra edificada la referida casa de habitación a que se contrae esta demanda, y con sujeción a los acuerdos del H. Concejo Municipal de Buga;

"c). Que como consecuencia de lo anterior, los señores JOSE VICENTE Y FRANCISCO MORALES deben restituir, dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo determine, a la señora CARMEN OBANDO DE RODRIGUEZ, la posesión material del citado inmueble, con sus frutos naturales y civiles y no solamente los percibidos, sino los que la dueña hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, o su valor en dinero efectivo, además de los deterioros que por su hecho o culpa haya sufrido el inmueble, como poseedores de mala fe:

"d). Que se les condene al pago de la totalidad de las costas que la presente acción demande, inclusive los honorarios profesionales del suscrito abogado"

Como HECHOS fundamentales de su demanda, la señora Obando de Rodríguez alegó los siguientes:

1º.—Que "Juan Francisco Barbosa poseyó quieta y pacíficamente durante muchos años el lote de terreno de ejido" en referencia, dentro del cual edificó con sus recursos personales la casa de habitación número 12-66;

2º.—Que en el juicio de sucesión del mismo Barbosa, cuyo expediente se protocolizó en la Notaría 1ª de Buga por escritura número 1475 de 16 de noviembre de 1954, le fue adjudicado a María Josefa Barbosa, como a única heredera del causante, el referido inmueble, bajo sentencia de 10 de septiembre del mismo año, registrada el 15 de noviembre siguiente;

3º.—Que por la escritura número 1327 de 4 de noviembre de 1954, de la Notaría 2ª de Buga, debidamente registrada, María Josefa Barbosa vendió ese inmueble a Margarita Riveros Martínez;

4º.—Que, después, por la escritura número 428 de 20 de abril de 1955, de la misma Notaría, debidamente registrada, Margarita Riveros Martínez vendió el mismo inmueble a Carmen Obando de Rodríguez;

5º.—Que el inmueble fue poseído también, quieta y pacíficamente, por la primitiva adjudicataria María Josefa Barbosa pero que luego, mediante un habilidoso juicio ejecutivo simulado, en que se obtuvo el secuestro del mismo, el depositario fue desalojado por los señores Morales, viéndose imposibilitado para cumplir la orden de entrega de la finca a María Josefa Barbosa, por lo cual pidió al Juzgado del conocimiento —que lo era el 1º Municipal de Buga— procediera a hacerla directamente, "lo que al efecto se hizo por conducto del inspector primero de policía municipal, quien por su desconocimiento de estas cuestiones procesales civiles, admitió una absurda oposición de los mismos demandantes MORALES y demandados en el juicio ejecutivo simulado, lo cual es materia de trámite especial en dicho Juzgado actualmente".

A todo lo cual agrega que "en tratándose de un lote de terreno de ejido, aún NO ADJUDICADO, la demanda es sustantivamente INEPTA, porque se considera como patrimonio común, sobre el cual sólo tiene derecho a la respectiva adjudicación el poseedor material que habiendo edificado en él, obtenga del Municipio de Buga la correspondiente adjudicación. Es decir, que ese lote no puede ser lícitamente objeto de la declaración de pertenencia por su carácter imprescriptible, mientras no haya salido del patrimonio municipal (artículos 675, 2512, 2518, 2526 del C. Civil)".

Y en DERECHO invoca, además de las disposiciones últimamente citadas, los artículos 668, 762 y ss. 1849 y ss. y 2673 y ss. del C. Civil; los artículos 140, 141, 195 y ss. de la ley 4ª de 1913; los acuerdos números 15 de 1922, 5 de 1933, 13 de 1926 y 35 de 1926, del Concejo Municipal de Buga; y los artículos 205, 734 y ss. del C. Judicial.

4.—Concluyó la primera instancia con pronunciamiento en que el Juez se abstuvo de decidir sobre el fondo del negocio, por carencia del presupuesto procesal de demanda en forma, providencia de que apelaron la actora Obando de Rodríguez y los demandados Morales y que el Tribunal Superior revocó por medio de la sentencia de 16 de diciembre de 1957, resolviendo en su lugar lo siguiente:

"Primero.—Niégase la declaración judicial de pertenencia solicitada por los señores José Vicente y Francisco Morales en su demanda presentada el catorce de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco;

"Segundo.—NIEGANSE las peticiones b) y c) contenidas en el escrito de oposición presentado por la señora Carmen Obando de Rodríguez.

"Sin costas en las dos instancias".

5.—Contra este último fallo interpuso recurso de casación únicamente la parte de Carmen Elisa Obando de Rodríguez, por lo cual está el negocio al estudio de la Corte.

— II —

LA IMPUGNACION

1.—Tres cargos formula el acusador tocantes con la causal 1ª de casación, así: El primero, por violación directa de la ley sustantiva en razón de interpretación errónea de los artículos 2º, 5º y 11º de la Ley 120 de 1928 y aplicación indebida del artículo 946 del Código Civil; el segundo, por violación indirecta de los mismos textos de la ley 120 citada, a causa de error de hecho manifiesto en la interpretación de la demanda de Carmen Elisa Obando de Rodríguez, con quebranto directo de los artículos 205 y 737 del Código Judicial; y el tercero, por infracción indirecta de los mismos preceptos de la Ley 120 de 1928 y de los artículos 762, 775, 981 y 2518 del Código Civil, debida a falta de apreciación de unas pruebas y errada apreciación de otras, con quebranto directo de los artículos 609, 597 y 697 del Código Judicial.

2.—A intento de fundar el primer cargo, el impugnante discurre así: Que el Tribunal interpretó erróneamente los preceptos de que la censura trata, "al confundir la acción de pertenencia que se refiere a posesión material, según los artículos citados en la Ley 120 de 1928, con la acción reivindicatoria de dominio del artículo 946 del Código Civil. Por eso concluye que el título en que se basa la acción es la escritura Nº 428 de 20 de abril de 1955, de la Notaría 2ª de Buga; que ella no es anterior a la posesión de los demandados Morales; y que no prevalece sobre la posesión de los mentados señores Morales". Que "En los juicios de pertenencia se discute esencialmente sobre posesión material", atendido el texto del art. 5º de la Ley 120, sin perjuicio de que la persona o personas contra quienes se pretenda hacer valer la prescripción puedan invocar un título distinto al de la posesión material; y que "en el caso presente fue la posesión material por parte de los causantes de la señora Obando de Rodríguez el título invocado para oponerse a la prescripción o usucapión invocada por los señores Morales que es apenas una mera tenencia".

3.—En la exposición del segundo cargo, sostiene el acusador lo siguiente: Que, en su demanda, no ha pedido la señora Obando de Rodríguez que se le declare dueña del lote, "sino que en virtud de ser improcedente la declaratoria de pertenencia, por parte de los Morales 'corresponde únicamente a la nombrada señora el derecho para invocar y obtener del Municipio de Buga la correspondiente adjudicación del lote de terreno de ejido, sobre el cual se encuentra edificada la referida casa de habitación a que se contrae esta demanda, y con sujeción a los acuerdos del H. Concejo Municipal de Buga' "; que, a pesar de términos tan claros, el Tribunal dice que: "'Con estas peticiones se ejercita, sin lugar a duda, la acción reivindicatoria o de dominio que consagra el artículo 946 del Código Civil, pero ocurre que frente a la posesión alegada por los demandantes de la declaración de pertenencia, la opositora ha exhibido como título la escritura pública número 428 de 20 de abril de 1955, otorgada en la Notaría 2ª de Buga, es decir, un título posterior a la misma demanda de prescripción, sin presentar los títulos de los anteriores tradentes a efecto de que pueda tener prevalencia sobre la posesión de los señores Morales' "; que si bien es cierto que se trae a colación en el hecho 4º de la demanda tal escritura, por la cual Margarita Riveros vendió a Carmen Obando de Rodríguez la casa construída en el lote de que se trata, "ello se invoca, no para reclamar el derecho de dominio, de conformidad con los términos del artículo 946 del Código Civil, sino para expresar que está acreditado uno de los elementos para 'invocar y obtener del Municipio de Buga la correspondiente adjudicación del lote de terreno de ejido' como dice la petición b)"; que "Tan cierto es ello que en ninguna parte de la demanda dicho se cita el artículo 946, que trae a colación el Tribunal como fundamento de su decisión"; que, aunque es cierto que una demanda puede interpretarse y que las citas de las disposiciones de derecho no son restrictivas, "en este caso los hechos no indican lo que el Tribunal entendió, sino todo lo contrario, que tales hechos corresponden a un juicio de pertenencia y no a la acción de dominio contemplada en el artículo 946 del Código Civil"; y que "De ahí el error fundamental del Tribunal, que lo llevó a exigir la presentación de 'los títulos de los anteriores tradentes (de Carmen Elisa Obando de Rodríguez), a efecto de que pueda tener prevalencia su título inscrito sobre la posesión de los señores Morales', como si se tratara de una reivindicación".

4.—El cargo tercero se desenvuelve con los siguientes argumentos: a) Que el sentenciador erró

de hecho al estimar como confesión de que la posesión de los Morales es anterior al título de dominio presentado por la opositora Obando de Rodríguez, la declaración emitida por ésta bajo el hecho 5º de su demanda, donde dice que el inmueble, que fue poseído por la primitiva adjudicataria María Josefa Barbosa, tradente de Margarita Riveros, vino a ser secuestrado en una habilidosa ejecución simulada, de que resultó desalojado el secuestre por los señores Morales, a quienes el Inspector de Policía admitió oposición en el momento en que, por razón de desembargo, se iba a cumplir la orden judicial de entrega del mismo a la Barbosa; y que como el secuestre no realiza actos de posesión sino a nombre del que obtenga una decisión a su favor, no se puede concluír, como lo hizo el Tribunal, que por el hecho de haber perdido la tenencia del bien en un secuestro judicial, la Barbosa y sus sucesoras hubieran perdido la posesión, razonamiento con que se quebrantó el artículo 609 del C. J., preceptivo del modo de apreciar la confesión. b) Que el juzgador no tuvo en cuenta los recibos —trátase de una certificación— del Catastro de Buga (f. 24, c. 4), acerca de que el predio números 12-66 y 12-74, ubicado en la carrera 17, figuró inscrito a nombre de Barbosa Francisco, desde el año de 1946 hasta el 13 de julio de 1953 en que se dividió su inscripción en dos, así: a nombre del mismo Barbosa el número 12-66, el cual pasó sucesivamente a ser propiedad de Barbosa María Josefa, Riveros Martínez Margarita y hoy de Obando de Martínez (sic) Carmen, y a nombre de Morales Barbosa José Vicente el número 12-74, de que se deduce que Barbosa cedió a Morales parte del inmueble que primitivamente poseyó el primero en mayor extensión, razón por la cual la finca del litigio linda por un costado con una de Morales, como se estableció en la diligencia de inspección ocular del 26 de noviembre de 1955, que constituye plena prueba sobre los hechos observados. c) Que tampoco tuvo en cuenta los testimonios de Roberto Barbosa Lerma, Eufemia Bejarano de Martínez, Jesús Lozano Lerma, Emilio Soto Ibarra, Julio Rómulo González y Luis Ernesto González, "sobre la posesión de Francisco Barbosa", cuyos dichos son fehacientes porque explican cómo llegaron ellos al conocimiento de los hechos, sin que quepa dudar de su veracidad, por lo cual el Tribunal violó los artículos 597 y 697 del C. J.: el primero, porque dejó de considerar pruebas que forman parte del proceso y el segundo, porque dos testigos "que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba de la posesión material". d) Finalmente, el acusador incluye entre las pruebas erróneamente apreciadas por el Tribunal, "los testimonios sobre posesión por parte de los Morales", sin indicar bajo qué concepto y en qué sentido lo fueron, como también se refiere en la misma forma a unas copias expedidas por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buga, que —dice— acreditan el juicio ejecutivo seguido por Carlos H. Morales contra José Vicente Morales, para apoderarse de la casa en disputa.

— III —

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

— A —

1.—Objeto específico del juicio regulado por la Ley 120 de 1928, es el de que todo aquel que tenga en su favor la prescripción adquisitiva del dominio de un inmueble, sea ordinaria o extraordinaria, pueda hacerla valer por vía de acción autónoma, impetrando la declaración judicial de pertenencia, siempre que no se trate de bienes de la Nación y demás entidades de derecho público declarados imprescriptibles (artículo 2º).

2.—Tres modalidades contempla la ley de este juicio: a) Que la acción tenga inicialmente un sujeto pasivo particular, esto es, que ella se dirija contra persona o personas determinadas, caso en el cual se seguirá con éstas un juicio ordinario (artículo 4º); b) que, en defecto de personas conocidas o supuestos interesados contra quienes hacer valer el fenómeno adquisitivo, la acción se entable frente a todos —erga omnes—, caso en el que se le dará el trámite especial de un juicio por edictos y con citación del Agente del Ministerio Público, al tenor de los artículos 6º a 9º de la ley; c) que contra la acción erga omnes se interponga oposición, ya del Ministerio Público, ya de un tercero, evento en que se adelantará juicio ordinario con el opositor y en el cual éste tendrá que asumir la función de demandante, si no está en posesión de la finca (artículos 10 y 11).

4.—Pero, sea que por el peticionario de la declaración de pertenencia se invoque una u otra especie de prescripción adquisitiva, la oposición de quien, por carecer de la posesión actual, esté obligado a constituírse en demandante, tiene lógicamente que formularse a base de pretensiones

que sean prevalecientes sobre las del dicho peticionario. Y como la cuestión planteada por éste es la garantía del dominio por obra de la usucapión, será en este campo en donde tenga que erigirse la pretensión adversa, oponiendo el contradictor su dominio u otro derecho real no desvirtuados por la posesión del pretenso usucapiente o una posesión de mejor derecho, que son ciertamente las situaciones jurídicas amparadas por la acción reivindicatoria (artículos 947, 948, 949 y 951 del C. C.). Al enfrentarse entonces pretensiones contrapuestas, gravita sobre cada litigante el deber de probar la suya, o lo que es lo mismo, que la falta de prueba de la pretensión del uno no exime al otro de la carga de demostrar la propia, ninguna de las cuales podrá ser despachada favorablemente si no ha sido acreditada en legal forma.

5.—En el caso de autos, como se vió atrás, la opositora Carmen Elisa Obando de Rodríguez ha pedido que se declare: a) Improcedente el pedimento de los Morales, "por ser —ella— única propietaria y poseedora inscrita de la casa de habitación edificada sobre el lote de terreno de ejido"; b) que a la misma señora corresponde "el derecho para invocar y obtener del Municipio de Buga la correspondiente adjudicación del lote de terreno de ejido, sobre el cual se encuentra edificada la referida casa"; c) que los Morales "le deben restituir..... la posesión material del citado inmueble, con sus frutos naturales y civiles". Como se ve, estos puntos del petitum entrañan súplicas de órdenes distintos: la del punto b), para que se le reconozca a la oponente actora el derecho personal a obtener sobre el suelo el dominio de que ella aún no es titular, que es petición inadmisible por su misma naturaleza en juicio de esta especie; y las de los puntos a) y c), que respectivamente corresponden a la petición de dominio y acción reivindicatoria respecto de la edificación.

6.—Todas estas razones son suficientes a demostrar que el Tribunal no cometió en la interpretación de la demanda el error de hecho que le atribuye el recurrente, ni quebrantó en forma alguna por los supuestos motivos de que tratan los cargos primero y segundo de la impugnación, los preceptos legales allí citados como infringidos.

— B —

7.—Ya se dijo que la acción de prescripción adquisitiva no puede versar sobre inmuebles de las entidades de derecho público, declarados imprescriptibles, carácter éste que necesariamente ha de predicarse, tanto respecto de la petición inicial, como de la oposición que a su turno pretenda fundarse en la posesión o en el dominio derivado de la posesión de esos bienes. La imprescriptibilidad, establecida por la ley, es así una categoría que se impone a todo el mundo, trascendiendo a las situaciones de facto sobre tales bienes creadas.

8.—Es verdad de este proceso, que el solar componente del inmueble a que se refiere la litis es una porción ejidal, o sea correspondiente a los ejidos de Buga. Así lo confesaron José Vicente y Francisco Morales en el poder que otorgaron para la acción y la señora Obando de Rodríguez en su demanda como opositora, y así lo sostuvo el Personero del Municipio en sus escritos de oposición, amén de haber dictaminado en igual sentido los peritos que intervinieron en la inspección ocular efectuada en la primera instancia, el 26 de noviembre de 1955. Lo cual es aquí indiscutible, dado que el sólo reconocimiento por los ocupantes de ejidos, del dominio del respectivo municipio en éstos, es prueba contra tales ocupantes, de la verdad de esta circunstancia (arg. ley 41 de 1948 artículo 22).

Así las cosas, cabe considerar lo siguiente:

9.—Entre nosotros, el concepto de EJIDO es el mismo que, a través de antiguos estatutos y a merced de hechos histórico-administrativos, nos legara la tradición jurídica española, cuya noción clásica al respecto cabe encontrar en las Partidas del Rey Sabio, a que se remite en su autorizado Diccionario Escriche, cuando refiere que ejido es "El campo o tierra que está a la salida del lugar y no se planta ni se labra, y es común para todos los vecinos. Viene de la palabra latina exitus, que significa salida. Los ejidos de cada pueblo están destinados al uso común de sus moradores: nadie por consiguiente puede apropiárselos ni ganarlos por prescripción, ni edificar en ellos, ni mandarlos en legado (Ley 9, Tit. 28, Ley 7, Tit. 28, Ley 23, Tit. 32 Part. 3; y Ley 13 Tit. 9, Part. 6)". Por lo cual, la penúltima de las leyes de partida citadas dispuso que "El que hiciera casa, edificio u otra labor en calle, plaza o ejido del común, debe derribarla, salvo si el Concejo quisiere retenerla y disfrutar su renta como las demás cosas comunes (Ley 23, Tit. 32, Part. 3)". Aparte de este uso común a todos los vecinos, los frutos y las rentas que procedían de los ejidos debían

ser invertidos, de acuerdo con las necesidades de la época en la ejecución de obras de interés comunal, como muros, puentes, calzadas, y en otros gastos de administración de las ciudades a que pertenecían (Ley 10, Tit. 28, Part. 3).

Bajo la dominación española, el Soberano adjudicó a ciudades y villas principales de la Colonia, terrenos aledaños a sus áreas urbanas, destinados al uso público.

Los ejidos eran, pues, terrenos pertenecientes al patrimonio común de las ciudades, y su administración correspondía a los ayuntamientos o cabildos. No obstante ser imprescriptibles e inalienables, de hecho llegaron a sufrir mermas por ocupaciones equivocadas o abusivas e inercia de las autoridades, sin que ello pudiera en principio hacerles perder su prístina calidad.

Durante la República, la legislación ha reconocido la existencia de los terrenos comunales, respetando su carácter y los derechos que sobre ellos tienen las ciudades o municipios

10.—Lo cual no empece a que el legislador, como regulador de la administración municipal, pueda, cuando lo juzgue conveniente, ampliar las facultades de los concejos respecto de la administración de los terrenos comunales, permitiéndoles enajenar aquellos que no sean necesarios para algún uso público. Entonces se producirá la desafectación de los mismos, que pasarán a convertirse en bienes de dominio privado. Disposiciones de esta especie pueden verse en la que fue ley 149 de 1888 sobre régimen político y municipal, en la ley 4ª de 1913 que es el código actual en esta materia, en la ley 71 de 1916, en la ley 41 de 1948 y en el decreto legislativo número 3101 de 1953.

11.—Pero, en tanto las ciudades o municipios conserven sin enajenar sus terrenos ejidos, éstos como bienes de uso público que son gozan del fuero de la imprescriptibilidad. Es conclusión que surge diáfana en el campo del Código Civil, cuyo artículo 2519 preceptúa que "Los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso". Y para confirmar en cuanto a los ejidos este principio, que no para introducir en el punto una regulación que no existiera, vino la ley 41 de 1948 a decir en su artículo 1º lo siguiente: "Los terrenos ejidos situados en cualquier municipio del país no están sujetos a la prescripción, por tratarse de bienes municipales de uso público o común".

12.—Este examen se ha hecho indispensable, para poder determinar si el cargo que el impugnante hace a la sentencia recurrida, de violación indirecta de la ley sustantiva por errores en la estimación de las pruebas de posesión de la señora Obando de Rodríguez sobre la casa existente en terreno de ejido, tiene base que permita proceder al análisis mismo de esas pruebas, para, en la hipótesis de ser fundada la censura, llegar a la invalidación del fallo y en su lugar otorgar, en cuanto a la edificación, el pedido de dominio y restitución a favor de la dicha señora, según lo solicitado por ésta en los puntos a) y c) de sus súplicas.

13.—Ahora bien: quien construye en suelo que no le pertenece se sujeta a que, por virtud de la accesión, el dueño del terreno lo sea del edificio: **superficies solo cedit**. Resultado éste a que no puede oponerse el edificador, quien carece de jus in re y sólo tiene, en los casos de la ley, un derecho personal a la indemnización que por la mejora le corresponda, cuyo tratamiento será distinto según haya obrado sin conocimiento del propietario o a ciencia y paciencia de éste, y sin perjuicio del derecho de retención a que en pro del mismo constructor pueda haber lugar (artículos 739 y 970 C. C.).

Como lo dijo la Corte, en fallo de esta Sala, de fecha 3 de mayo último (juicio ordinario de sucesión de José María Hernández Góngora contra Alfonso Aldana), "El derecho de dominio sobre la tierra se prolonga de inmediato a las mejoras. La legitimación para reivindicar lo uno y lo otro corresponde precisamente al propietario de la totalidad, que por accesión ha llegado a integrarse en una sola cosa..... No es que quien construya, plante o siembre de lo suyo en tierra ajena sea dueño de las mejoras, como sin juridicidad suele decirse, puesto que por accesión lo es el propietario del terreno, según las leyes civiles. No es titular tampoco de la acción reivindicatoria, que está atribuída asimismo al dueño del suelo....."

14.—Y siendo predicamental en derecho, el que lo accesorio siga la suerte de lo principal: **accessorium sequitur rei principalis sortem**, quiere decir que no ha podido escapar a este imperativo la suerte de la edificación levantada en terreno imprescriptible, o lo que es lo mismo que esta imprescriptibilidad se comunicó desde un principio a la construcción de que se trata. Lo contrario conduciría a la antinomia de que lo accesorio se constituyese en entidad autónoma oponible a lo principal para sojuzgar su condición, lo que sería jurídicamente inadmisible.

Y esto que es conclusión fluente del propio sis-

tema del Código Civil, vino después a ser corroborado respecto de los ejidos, por la citada ley 41 de 1948, cuando por su artículo 24 "Se declaran de utilidad pública las mejoras plantadas en terrenos ejidos de los respectivos municipios", y en donde, al determinar la acción pertinente para la recuperación de ejidos ocupados por personas que no discutan esta calidad, dice su artículo 22 lo siguiente: "Cuando el ocupante de ejidos fuere tenedor, por reconocer dominio del respectivo Municipio, sin tener contrato de arrendamiento con el Distrito, el Personero Delegado para Ejidos y Vivienda Popular procederá a instaurar la acción de tenencia, que se tramitará como juicio de lanzamiento de arrendatario". Cabe advertir que esta función fue luego atribuída a las Juntas Administradoras de los Ejidos Municipales, por el decreto legislativo número 3101 de 1963, orgánico de las mismas (Diario Oficial Nº 23369).

15.—Si, pues, en el caso del pleito, la señora Obando de Rodríguez ha reconocido, a todo lo largo del debate, que es EJIDO el solar en que se contiene la casa cuyo dominio pretende haber adquirido a fuer de sucesora de quien —dice— lo hubo originalmente por construcción y posesión de largo tiempo, no puede la demandante tener sobre tal edificación o mejora un derecho distinto del que hubiera podido haber aquel primer ocupante o edificador de cuya situación jurídica sería ella causahabiente. O lo que es lo mismo: que si Juan Francisco Barbosa, en la hipótesis de haber sido el constructor y luego poseedor material de la casa por un lapso igual al de la prescripción extraordinaria, a pesar de todo no hubiera podido, ni evitar el fenómeno de la accesión de la casa al ejido, ni lograr por prescripción alguna el dominio del edificio, de esa misma imposibilidad padece la demandante Obando de Rodríguez.

Así las cosas, resulta impertinente que la Sala se ocupe de verificar si por el sentenciador se cometieron sí o no, los errores en la estimación de las pruebas sobre posesión de la casa por la parte que representa Carmen Elisa Obando de Rodríguez y a que se refiere la censura, porque, aún en el caso de que los yerros resultasen ciertos y esa posesión demostrada, con todo no podría la Corte, al casar la sentencia, llegar a una decisión distinta a la impartida por el Tribunal, en cuanto la petición de dominio y reivindicación deducidas por la misma señora (puntos a. y c. del petitum) carecen de la legitimación en causa de la demandante. Quiere decir que en lo tocante a éste, la sustentación de la sentencia recurrida se hace por las razones expuestas, y no por los motivos de deficiencia invocados por el juzgador de instancia.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de fecha diez y seis (16) de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Sin costas en el recurso, por no haberse causado.

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

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



FILIACION NATURAL

Legitimación en causa en juicios de filiación natural. Validez del mandato judicial a pesar de la muerte del mandante. Importante aplicación de esta regla en juicios de filiación natural.

1.—Para el caso en que el pretenso hijo natural busca la definición de su estado en una sentencia, la facultad para hacer valer ese derecho y perseguirlo judicialmente, como también frente a quién debe hacerlo valer, resulta de los artículos 402 y 403 del Código Civil, que legitima al actor y al demandado y les atribuye capacidad jurídica haciéndolos sujetos de la relación procesal.

2.—Según el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil, el mandato judicial no termina por la muerte del mandante si ya está notificada la demanda, sino que la situación litigiosa se trasmite a sus herederos automáticamente, sin operarse suspensión ni interrupción del procedimiento, sólo que se radica en ellos el derecho de revocar el poder y si no hacen uso de esa facultad quedan obligados a las consecuencias de la sentencia.

3.—Notificada la demanda sobre reclamación de estado formulada por el hijo frente al presunto padre, y habiendo éste constituído apoderado judicial oportunamente, su deceso no alteró la legitimación en la causa, y al deferirse la situación procesal a los herederos, éstos ocuparon en el litigio el lugar de aquél y estuvieron representados judicialmente por el abogado que el causante personó, pues los herederos no revocaron ese mandato.

4.—No podría alegarse válidamente que de acuerdo con el artículo 2189 del Código Civil el mandato termina con la muerte del mandante, porque ese artículo es de carácter general, al paso que el 264 del Código de Procedimiento es especial para el mandato judicial y también de carácter sustancial.

5.—Sería ciertamente inútil y contraproducente que la ley previera la continuación del juicio civil con el apoderado de la parte fallecida, y a la vez abriera la posibilidad de declarar la nulidad porque el juicio no se notificó a los herederos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, mayo treinta y uno de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Girardot, Luis Alfredo Rodríguez y Rosa María Rodríguez demandaron a Raimundo Rivera en juicio de filiación natural "y para que se produzcan consecuencialmente todos los efectos legales correspondientes al estado que se reclama".

Los hechos pueden resumirse así:

Luis Alfredo Rodríguez nació en la población de Tocaima el 26 de julio de 1917, y fue bautizado el 6 de mayo de 1918.

Rosa María Rodríguez nació en el mismo municipio el 26 de febrero de 1915 y fue bautizada el 10 de octubre del mismo año. En el acta de estado civil aparecen los citados como hijos naturales de Timotea Rodríguez.

Timotea Rodríguez vivió maritalmente con Raimundo Rivera bajo un mismo techo, y de esto tuvo conocimiento el vecindario de la población de Tocaima, pues las relaciones extramatrimoniales comenzaron por el año de 1912 y se prolongaron hasta el año de 1919, más o menos.

Al principiar la vida marital Raimundo y Timotea habitaron una casita ubicada en las minas de carbón de Quebradaseca, donde nació el primogénito llamado Luis Carlos, fallecido a los dos años de su edad.

Más tarde, Rivera trajo a Timotea a la población de Tocaima donde habitaron una casa de Adolfo Mogollón, en la cual nacieron Luis Alfredo y Rosa María Rodríguez como fruto de las relaciones sexuales de aquéllos.

Al cabo de diez años de vida común, aproximadamente, y por diferencias surgidas entre ellos, Raimundo abandonó a Timotea, pero por intermedio de un amigo común, Cupertino Criales, le hizo adquirir una casa en Tocaima para que ésta y sus hijos vivieran ella. Posteriormente Raimundo entabló relaciones con otra mujer, de la cual también tuvo hijos.

Durante el tiempo en que Rivera hizo vida con Timotea, a nadie ocultó esa situación que fue conocida por todo el vecindario de la población de Tocaima.

No sólo mientras duró la vida en común entre los concubinos, sino aún después, por un término de quince años, Rivera trató a Luis Alfredo y Rosa María Rodríguez como a sus hijos, así los presentó a sus amigos y relacionados y fue de tal manera notoria esta circunstancia que las gentes de Tocaima les decían los Riveritas.

Para el bautizo de los demandantes, Rivera hizo la escogencia de los padrinos.

En función de marido Rivera atendió los gastos de sostenimiento de Timotea y sus hijos, y después de terminada la vida en común, siguió proveyendo los gastos de los hijos y su educación elemental.

El demandado Rivera compareció al juicio por medio de apoderado judicial, el cual contestó la demanda oponiéndose a las declaraciones solicitadas y negando todos los hechos.

El Juzgado resolvió la primera instancia en sentencia de 5 de noviembre de 1957, por la cual niega la declaración de que Luis Alfredo y Rosa María Rodríguez sean hijos naturales de Raimundo Rivera.

El Tribunal Superior de Bogotá, al resolver el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, en fallo de 20 de febrero de 1959, revocatorio del de primer grado, proveyó así:

"1º.—Los demandantes Luis Alfredo Rodríguez y Rosa María Rodríguez tienen la calidad de hijos naturales del demandado Raimundo Rivera, y, en consecuencia, deben efectuarse las anotaciones del caso en los respectivos libros del Estado Civil. 2º—No hay lugar a condenación en costas en ninguna de las instancias".

Contra este fallo recurrió en casación la parte demandada.

LA SENTENCIA ACUSADA

Encuentra el Tribunal que no existe problema alguno en autos en lo que hace a la personería de las partes, "puesto que se trata de una acción instaurada por dos mayores de edad..... y contra otra persona natural, principalmente interesada en el litigio y quien también ha obrado por medio de apoderado debidamente constituido".

En cuanto a la acción, después de transcribir el artículo 1º de la Ley 45 de 1936, y de tener como invocadas las causales previstas en los numerales 4º y 5º del artículo 4º de la misma ley, concluye:

"De estas causales determinantes de la filiación natural cada una por sí sola contemplada es suficiente, caso de establecerse en autos, para efectuar la declaración impetrada".

Relativamente a las relaciones sexuales permanentes, analiza el Tribunal la absolución de posiciones de Raimundo Rivera y al estudiar la respuesta a la pregunta décima-sexta y las declaraciones de doce testigos, del conjunto de esas pruebas las infiere y, al respecto dice:

"Más clara y más concluyente no puede ser la demostración de que hubo relaciones sexuales permanentes entre Raimundo y Timotea, cosa que también está ampliamente demostrada con la declaración de los doce testigos aducidos por la parte demandante.

"Todos los testigos coinciden en afirmar que la vida en común de los concubinos se produjo desde mil novecientos diez hasta mil novecientos veinte,

y, es lógico que no puedan precisar, como lo quiso el contrainterrogante, la fecha cierta y precisa en que se iniciaron esas relaciones y aquella en que terminaron. Si hubiera habido tal precisión en deponentes que hablan en 1956 de hechos ocurridos en 1910 más bien les habría restado tal cosa verosimilitud a su dicho.

"Lo cierto es que las relaciones se iniciaron en 1910, según el dicho uniforme de los testigos y se prolongaron hasta 1920 y que el nacimiento de los demandantes, según las partidas traídas a los autos, se efectuó en 1915 y en 1917, es decir, dentro de los términos exigidos por el numeral 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, lo que da perfecto margen para efectuar la declaración impetrada.

"Aun cuando el presunto padre habla de la mala conducta de la madre en la contestación a la posición que arriba se copió, no fue esgrimida tal cosa como defensa exceptiva dentro del juicio, ni, mucho menos, se intentó demostrar tal cosa, de modo que podría prescindirse del análisis de ello, pero, sin embargo, para mayor abundamiento, se hacen las siguientes consideraciones:

"En el caso del numeral 4º en cita el presunto padre puede quedar libre de la imputación de paternidad, probando por la vía exceptiva los medios razonables de defensa que la ley le concede, denominados en la legislación francesa 'fins de non recevoir'; tales excepciones son, la **plurium constupratorum** o **plurium concumbentium** o vida disoluta o mala conducta, la **imposibilidad física** de tener acceso a la mujer, la impotencia **coeundi** por falta de órganos indispensables para la generación".

LA ACUSACION

A través de las causales primera y sexta del artículo 520 del C. J., se postulan contra la sentencia de instancia cuatro cargos. Los dos primeros se estudiarán conjuntamente y, los dos últimos, en la misma forma.

CAPITULO I

"PRIMER CARGO.—La sentencia viola las disposiciones sobre legítimo contradictor en juicios de filiación, las que versan sobre personería sustantiva de la parte demandada y las que se refieren a personería adjetiva que el Tribunal aplicó indebidamente: hay en el proceso una carencia de legitimación en causa de la parte demandada".

Se explica de la siguiente manera:

"La acción se dirigió contra Raimundo Rivera, quien le dió poder a un abogado (f. 21 del c. 1º), que contestó la demanda (f. 23) y siguió el juicio hasta la terminación del período de pruebas.

"Pero como Raimundo Rivera falleció el 15 de febrero de 1957 (f. 25 del c. 1º), el apoderado de los actores acompañó su partida de defunción y se presentó al Juzgado 'para pedir al señor Juez que, ante el fallecimiento del demandado, cuya partida de defunción adjunto, **les sea notificado personalmente a los herederos la existencia y contenido del presente juicio**'. Y señaló como tales a la esposa de Raimundo Rivera, a dos hijos legítimos, Leonilde y Elena, y a seis hijos naturales, Pablo, Miguel, María, Anselma y Vicenta Rivera Rojas, y a Carmen y Virginia Rivera Alfonso, y presentó un testamento del señor Raimundo Rivera en que se les reconocía ese carácter de herederos".

"Presentados los alegatos, citadas las partes para sentencia, estando ya al despacho del juez para proferir el fallo, manifestó el apoderado que daba por no presentada la solicitud de cambio de la parte demandada. Nada se proveyó al respecto, para conocimiento del demandado, y el juicio siguió su curso hasta su terminación.

"Fue, pues, la parte demandante la que cambió de rumbo a la acción enderezándola, no ya contra Raimundo Rivera, sino contra los herederos a los cuales señala. Y como ya había pasado el término de prueba, solicitó que se diera nuevo traslado del libelo a los nuevos demandados, de acuerdo con el artículo 208 del código judicial.

"Pero no se hizo la notificación, ni se corrió el traslado pedido, a pesar del hecho evidente del fallecimiento del demandado Raimundo Rivera, hecho acreditado por el propio demandante.

"En la segunda instancia se alegó dicha carencia de legitimación en causa.

Afirma el recurrente que se resolvió el caso como uno de personería adjetiva, cuando expresó en la sentencia recurrida:

"PERSONERIA DE LAS PARTES.—No existe problema alguno en autos por lo que hace a la personería de las partes, puesto que se trata de una acción instaurada por dos mayores de edad que le confieren poder, con todas las formalidades exigidas por la ley, a un abogado, para que en nombre de ellas actúe y la **acción está enderezada contra otra persona natural, principalmente**

interesada en el litigio y quien también ha obrado por intermedio de apoderado debidamente constituido".

"Como se ve, encaja el problema como de personería adjetiva, posiblemente en el artículo 264 del código judicial, que dice que el mandato judicial no termina por la muerte del mandante si ya está notificada la demanda, mientras no sea revocado por los herederos o expire por otra causa legal".

Para el recurrente no se trata de un problema de personería adjetiva "sino de la personería sustantiva misma, de la carencia de legitimación en causa, para el cual no puede aplicarse el precepto a que se alude.

"En efecto, los términos o resultados de la cosa juzgada respecto de las sentencias dictadas en juicios referentes 'al estado civil de las personas, se producen en los términos señalados en el código civil' (artículo 475 del c. j.).

"Y en los artículos 401 a 404 del código civil se establece que el fallo judicial sobre legitimidad del hijo vale 'respecto de todos' en cuanto a sus efectos (artículo 401); que es necesario que se haya pronunciado 'contra legítimo contradictor' (artículo 402); que es legítimo contradictor en la cuestión de paternidad el padre contra el hijo 'o el hijo contra el padre' (artículo 403); que los herederos representan al contradictor legítimo 'que ha fallecido antes de la sentencia' y que 'el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que citados no comparecieron' (artículo 404).

"Muerto el padre, la acción no expira, porque de ella han de responder los herederos, pero es necesario que se les cite para que la sentencia los afecte. Si uno solo comparece, el fallo les aprovecha o perjudica 'a los coherederos que citados no comparecieron', pero a los que no comparecieron por no haber sido citados, no puede afectarlos favoreciéndolos o perjudicándolos un juicio que resulta res inter alios acta.

"Así, pues, de acuerdo con los artículos 401 a 404 del código civil, la sentencia que se pronuncie en juicio contra los herederos, 'tendrá el efecto relativo de toda sentencia' y, por tanto, 'no se extenderá en su fuerza de cosa juzgada sino sobre quienes hayan sido partes en la controversia, en contraste con las que se dictaren en juicio seguido contra el padre en persona, la que tendría efecto erga omnes en virtud de la declaración excepcional del artículo 401' (Cas. de 1º de octubre de 1945, G.J. Tomo LIX p. 684). Y tal doctrina se ha sostenido por la Corte en numerosos fallos.

"Aquí no se hizo la citación a los herederos; el apoderado no es apoderado de los herederos; la sentencia no puede afectar a los herederos. Es un proceso extraño a ellos, que no tiene por qué perjudicarlos ni favorecerlos pues no se trata de una cuestión meramente adjetiva, sino de algo eminentemente sustantivo. 'La sentencia debe perjudicar o aprovechar a todos los herederos citados en el juicio', para emplear la expresión de Fernando Vélez; luego a contrario sensu, no puede perjudicar o aprovechar a los herederos en este caso, pues no fueron citados en el juicio.

"Pido, pues, que se infirme el fallo acusado, por carencia de legitimación en la causa o de personería sustantiva de la parte demandada, y, en consecuencia, se absuelva a la parte demandada de los cargos de la demanda".

"SEGUNDO CARGO.—En subsidio alego la nulidad de lo actuado, a partir del fallecimiento del causante, con base en la causal 8ª del artículo 520 del Código Judicial, por no haber sido citadas o emplazadas, en la forma legal, las personas que han debido ser llamadas al juicio. (ord. 3º del artículo 448 del C. J.).

"La base de esta alegación son los hechos discriminados en el punto anterior, pues si el recurrente apoderado tiene poder del demandado, hoy lo tendría en representación de los herederos, que han debido ser citados o emplazados y no lo fueron".

Dice el demandante que existe un caso semejante en el artículo 1434 del Código Civil, pues, cuando hay un título ejecutivo contra una persona que falleció no puede algarse la ejecución sin notificar a los herederos judicialmente la existencia del título, y concluye:

"A fortiori, un juicio contra una persona no puede llevarse adelante en demanda de reconocimiento de paternidad natural, muerto el padre, sin que se cite al juicio a los herederos, que ocupan el lugar de aquél, para responder de sus obligaciones. Dicho de otro modo, si no es lícito seguir una ejecución, en la que ha de haber un título ejecutivo con mérito de plena prueba, muerto el deudor, sin notificar a los herederos la existencia de la obligación, menos puede seguirse un juicio, no ya breve sino ordinario, contra los representantes del legítimo contradictor, sin saber

ellos la existencia del juicio (artículos 475, 401 a 404, 7 a 12 de la ley 45 de 1936).

LA CORTE CONSIDERA:

a).—La legitimación en causa o titularidad de la relación jurídica concreta, exige que, por activa y pasiva, las personas que figuran con calidad de partes demuestren en el proceso la legitimidad respectiva. El problema de quién o contra quién se puede incoar una acción en nombre propio pertenece particularmente al Código Civil, y, para el caso de autos en que el pretenso hijo natural busca la definición de su estado en una sentencia, la facultad para hacer valer ese derecho y perseguirlo judicialmente, como también frente a quien debe hacerse valer, resulta de los artículos 402 y 403 del código citado, que legitima al actor y al demandado y les atribuye capacidad jurídica haciéndolos sujetos de la relación procesal.

b).—Determinado el momento de la legitimación en causa por la contestación de la demanda, pueden ocurrir en el proceso diversos fenómenos, uno de ellos el de cambio o sustitución de partes que se verifica, entre otros casos, por muerte de una de ellas durante la tramitación del negocio, transmitiéndose a los herederos automáticamente la situación litigiosa, de tal modo que el sustituído está en el sustituto, sin operarse por eso ni suspensión ni interrupción del procedimiento, si quien fallece tiene constituído apoderado judicial y radicándose en los herederos el derecho de revocar el poder en virtud de que el mandato judicial no termina por la muerte del mandante si la demanda ya está notificada, como no termina por la renuncia si no queda sustituto en reemplazo. (C. J. 264-265). Adquirido el derecho a revocar el mandato, el no ejercicio de esta facultad obliga a los herederos del fallecido a las consecuencias de la sentencia respectiva.

c) —Si legítimo contradictor es el padre frente al hijo y éste frente a aquél en los juicios sobre reclamación de estado y la demanda fue notificada al legítimo contradictor —en el caso de este pleito al padre—, el cual constituyó apoderado judicial oportunamente, su deceso no alteró su legitimación en la causa, y al deferirse la situación procesal a sus herederos, éstos ocuparon en el litigio el lugar de aquél y estuvieron representados judicialmente por el abogado que el causante personó oportunamente, y cuyo mandato no revocaron.

d).—En relación con el alcance del artículo 264 del C. J., la Comisión Redactora del Código, en la correspondiente exposición de motivos, dijo:

"Respecto a los casos en que expira el mandato judicial, que la ley 105 enumera en su artículo 287, hemos creído más acertado dejar que obre la disposición general contenida en el artículo 2189 del Código Civil y señalar en el proyecto que presentamos los casos en que no expira: o sea por muerte del mandante, a no ser que los herederos revoquen el poder, o fenezca por otra causa: o por cesación de funciones del que lo constituyó si ha sido notificada la demanda, a menos que finalice por otro motivo. Así se consultan mejor los intereses del poderdante y la celeridad de los juicios".

f). — No podría, pues, alegarse válidamente que de acuerdo con el artículo 2189 del Código Civil el mandato termina con la muerte del mandante, porque este artículo es de carácter general al paso que el 264 del Código Judicial es especial para el mandato judicial y también de carácter sustancial.

La Corte ha dicho:

"...De la misma manera, el artículo 264 del citado Código Judicial establece, a diferencia de lo que al respecto estatuye el Código Civil, que el mandato no termina con la muerte del poderdante ni por la cesación de las funciones del que lo dió como representante de una persona natural o jurídica si ya está notificada la demanda, a no ser que sea revocado por los herederos o por la persona natural o jurídica a cuyo nombre se había conferido, o que expire el mandato por otra causa legal" (LVIII-pág. 675).

Sería ciertamente inútil y contradictorio que la ley previera la continuación del juicio con el apoderado de la parte fallecida y a la vez abriera la posibilidad de declarar una nulidad porque el juicio no se notificó a los herederos.

Ya en otra oportunidad, con motivo de haberse alegado la misma causal 6ª de casación con fundamento en el numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial, por cuanto no se citó al heredero en el juicio de filiación cuya demanda contestó el presunto padre, quien murió mientras se tramitaba la primera instancia de dicho juicio, oportunidad en que también se acudió al argumento de analogía que se pretende encontrar en

el artículo 1434 del Código Civil, la Corte expresó su criterio de la siguiente manera:

"En las cuestiones sobre nulidad, en que es preciso, como se sabe, proceder con criterio restricto, sin aplicaciones extensivas ni analógicas, la finalidad justificativa y explicativa de cada caso autorizado de invalidación es circunstancia de influencia decisiva en la resolución de los problemas sobre validez de actuaciones judiciales. A este respecto conviene recordar que la ley sólo erige en causales de nulidad aquellas irregularidades que implican el desconocimiento de las bases mismas de la organización judicial o la violación del derecho de defensa. El caso planteado en este recurso se vincula al último concepto, porque aunque se hable de jurisdicción, de lo que en realidad se trata es de desamparo procesal de uno de los litigantes por el hecho de su muerte. No es otro el sentido y el alcance del numeral 2º del artículo 370 del C. J., aducido como base esencial del razonamiento del recurrente, esto es, la necesidad de que no se prosiga un juicio con ausencia de una de las partes cuyos intereses quedan absolutamente privados de asistencia y defensa.

"De ahí por qué el fenómeno de la suspensión de términos a que se refiere la citada disposición no tenga lugar ni ocurra sino en el caso de que el litigante que fallece carezca de apoderado judicial. La ley de procedimiento civil no señala ni enumera los casos en que el mandato judicial termina, sino los casos en que no termina, en sus artículos 264 y 265. Esta especie de mandato, por disposición especial y de aplicación preferente de la ley que lo regula, no termina por la muerte del mandante si ocurre después de notificada la demanda, de tal modo que pasando al heredero los efectos del contrato, tienen completo valor contra el sucesor los actos de procedimiento ejecutados por el apoderado del causante o contra él cuando la muerte de éste ocurre después de estar trabada en firme la relación jurídico procesal. No se puede decir entonces que la muerte produce el desamparo procesal del litigante, y desaparece toda razón justificativa de la suspensión de términos. Y si los términos no se suspendieron en este caso, se desquicia toda la argumentación del recurso. La causal alegada, referente a la defensa de la parte demandada, queda así sin razón ni principio de doctrina en qué afirmarse, porque no ha carecido este litigante en ningún momento del desarrollo procesal de apoderado, que ha producido pruebas, alegado y tenido su representación ininterrumpidamente en el juicio, en forma que no se ve qué otra pudiera haber sido la situación si no hubiera ocurrido su muerte, ya que el demandado Pedro J. Silva, por efecto de la reforma constitucional de 1945, no habría podido tomar ninguna intervención personal en el litigio....."

"En reiteradas decisiones de esta Sala de Casación se ha sostenido que la causa de suspensión relativa o especial de términos a que se refiere el numeral 2º del artículo 370 del C. J. debe entenderse cuando el litigante que fallece no tiene apoderado judicial, caso que hoy no puede ocurrir sino cuando el abogado inscrito litiga en causa propia, porque si lo tiene debe el apoderado continuar actuando en representación de los herederos hasta que éstos le revoquen el poder o expire por alguna causa legal, según lo dispone el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil". (LXIV, pág. 749).

De todo lo dicho se concluye que los herederos del causante Raimundo Rivera adquirieron carácter de legítimos contradictores secundarios por sustitución procesal de su padre, que estuvieron debidamente representados en el juicio y, por tanto, que los cargos estudiados no son legalmente procedentes.

CAPITULO II

TERCER CARGO.—"..... alego —dice el recurrente— con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, la violación indirecta del artículo 4º de la ley 45 de 1936, ordinal 4º, y la violación directa de los preceptos sobre prueba testimonial, que el Tribunal no tuvo en cuenta, pronunciando una sentencia contraria a la evidencia procesal, como paso a demostrarlo, citando estos preceptos en su lugar.

"'La soberanía de los falladores de instancia' no sirve en este caso, porque aparece de modo manifiesto, evidente, patente, que el Tribunal no hizo análisis de la prueba testimonial, que los testigos no son testigos, pues no declaran sobre lo que les consta, y que lo que afirman no prueba los hechos que debieran probar".

Reproduce el recurrente el aparte de la sentencia del Tribunal en que figuran los nombres de los testigos, de cuyo contenido el fallador deduce que, "las relaciones en cuestión fueron públicas y notorias para los habitantes de la población en que residieron los concubinos, sin que mediara ninguna circunstancia que indicara que intenta-

ran en forma alguna ocultar tal estado de cosas. La calidad de los testigos es bien diferente y el grado de instrucción que demuestran al emitir sus afirmaciones también es muy distinto, lo único que se desprende en común de todas ellas es la espontaneidad como deponen, la razón clara y precisa que dan de su dicho y la coincidencia de todos ellos en circunstancias esenciales de sus afirmaciones".

Para el recurrente las razones anteriores no son convincentes, y después de afirmar que el análisis de las declaraciones cumplido por el Tribunal es "al por mayor", y luego de pormenorizar esas declaraciones, concluye de esta manera:

"Las preguntas no han de insinuar o contener las respuestas (artículo 687 del c. j.), como aquí sucede; el testimonio ha de ser responsivo, exacto y completo y el testigo ha de dar la razón de su dicho de manera precisa y distinta (artículo 688 ibidem); las declaraciones han de contener exposiciones sobre hechos, con sus circunstancias de modo, tiempo y lugar (artículo 697 ibidem): el dicho de un testigo por haberlo oído a otros, no prueba sobre hechos (artículo 698 ibidem)".

CUARTO CARGO.—Se formula por violación indirecta del artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936 y la violación directa de los artículos 604 a 609 del Código Judicial sobre confesión.

El Tribunal para afirmar la permanencia de las relaciones sexuales, tuvo en cuenta, además de la respuesta del absolvente en posiciones, las declaraciones de los doce testigos aducidas por la parte demandante.

Para impugnar esos conceptos, dice el recurrente:

"Tan vacilante quedó el Tribunal en su interpretación, que tuvo que contemplar (sic) el indicio de la confesión con las declaraciones de los doce testigos, cuyo nombre cita, pero cuyas declaraciones no analiza.

"El Tribunal necesitó completar la prueba de la confesión, que según elementales principios de derecho probatorio es PLENA PRUEBA (artículo 606 del C. J.). Y no paró mientes en lo que con tanta razón se alegó en la instancia: que hay un indicio negativo, de considerable fuerza para la interpretación de la pseudoconfesión del demandado, cual es la circunstancia de que el señor Rivera SI reconoció como hijos naturales, en 1923 (varios años después de nacidos Luis Alfredo y Rosa María Rodríguez) a María Anselma, Pablo, Vicente y Miguel Rivera Rojas, hijos de Mercedes Rojas, y a María del Carmen y Ana Virginia Rivera Alfonso, hijos de Pascuala Alfonso, según copia no registrada aportada por los propios demandantes del testamento otorgado en aquel año de 1923".

LA CORTE CONSIDERA:

El error a que la demanda de casación se refiere, no proviene del desconocimiento del fallador sobre la existencia del medio probatorio, ni de haber atribuído a los testigos aseveraciones que ellos no hicieran en el proceso, sino de la mala apreciación en derecho de la prueba testimonial.

Pero, como esta mala apreciación no se produce, en tratándose de error de derecho en la estimación de las pruebas, pues no está demostrado que el sentenciador haya infringido los textos de carácter probatorio citados por el recurrente, por esta razón no puede darse la violación indirecta del numeral 4º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

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, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá, de fecha 20 de febrero de 1959, en el juicio ordinario sobre filiación natural de Luis Alfredo Rodríguez y otra contra Raimundo Rivera.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Enrique Coral Velasco. — Gustavo Fajardo Pinzón. — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Enrique López de la Pava. — Arturo C. Posada, con salvamento. — **Ricardo Ramírez L.**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ARTURO C. POSADA

Resumen.—Muerto el padre antes de haberse dictado sentencia, en juicio de filiación natural, la litis debe continuar con sus herederos a los cuales la ley da la representación del legítimo contradictor, precisamente para que la sentencia alcance los efectos buscados. Por consiguiente es obligatorio citarlos de conformidad con el artículo 404 del Código Civil, a fin de que tengan conocimiento del litigio y se apersonen de él, si a bien lo tienen. No habiéndose hecho así en este juicio, indudablemente se incurrió en la causal de nulidad establecida en el ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial, por falta de citación y emplazamiento de los herederos del contradictor legítimo.

Con todo el respeto que tengo por las muy autorizadas opiniones de mis distinguidos colegas de Sala, me he apartado del fallo por las razones que expongo en este salvamento de voto:

El artículo 17 del Código Civil consagra el principio de la cosa juzgada, conforme al cual las sentencias judiciales, pronunciadas en un litigio en que se decide una pretensión, sólo tienen efecto entre las partes que lo han adelantado. Los artículos 473 y 474 del Código Judicial establecen los requisitos esenciales para que se configure la cosa juzgada. En otros términos, los artículos 17, 473 y 474 estatuyen el efecto relativo de las sentencias, como norma general. Por consiguiente, la ley debe señalar los casos en que ellas tengan efectos absolutos, es decir, contra todos, inclusive contra las personas que han sido extrañas al juicio.

Los artículos 401, 402, 403 y 404 del C. Civil regulan una excepción al artículo 17, en cuanto reconocen efectos erga omnes a los fallos proferidos en juicios en que se controvierte la filiación legítima, ya por acciones de reconocimiento o de impugnación, bien de la paternidad legítima, bien de la maternidad, siempre que la sentencia se profiera dentro de las condiciones expresadas en el artículo 401, una de las cuales es la de que se haya pronunciado contra legítimo contradictor.

Otra excepción se encuentra en el artículo 7º de la Ley 45 de 1936 que ordena aplicar los artículos 401, 403 y 404 citados "al caso de la filiación natural". Vale decir, que la sentencia pronunciada en juicio de investigación de la paternidad natural tiene efectos aún contra las personas que no han intervenido en el litigio, cuando además de llenarse los otros requisitos señalados en el artículo 402 del C. Civil, se ha dictado contra legítimo contradictor.

Esta ha sido la doctrina de la Corte, repetida en varios fallos: En el de primero de octubre de 1945 dijo en el resumen de conclusiones: "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. De consiguiente, incrustada la acción de legítimo contradictor en las acciones sobre declaración de la filiación natural, creadas en la Ley 45 de 1936, es forzoso aplicarlas en este 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". (T. LIX, págs. 701-702).

"La pretensión de filiación puede proponerse contra legítimo contradictor en orden a producir un fallo erga omnes, caso en el cual son de aplicación rigurosa los artículos 403 y 404 del C. C. pero también puede plantearse contra los herederos del padre no como representantes del con-

tradictor legítimo sino como simples continuadores de su personalidad jurídica llamados a afrontar todas las controversias que hubieran podido proponerse contra el causante en orden a generar en derecho determinados efectos; este último aspecto de la acción no conlleva la consecuencia de generalizar los efectos de las sentencias, sino que hace tránsito a cosa juzgada, apenas en relación con las personas que fueron partes en la litis". (T- LXV pág. 752).

"Dichos preceptos legales se refieren exclusivamente a los efectos de la sentencia proferida: erga omnes si el juicio ha concurrido legítimo contradictor; los ordinarios de toda sentencia en el caso contrario". (T. LXXV, págs. 407-408).

"Los artículos 401 a 404 del C. C. se incorporaron al código para regular los juicios sobre filiación legítima y se aplican a la natural en virtud del artículo 7º de la Ley 45 de 1936". (T- LXXVIII pág. 648).

"De manera que no se violenta ni se desvirtúa el espíritu propio de las disposiciones legales sobre legítimo contradictor al entenderlas en el sentido de que mientras aquel viva el ejercicio de cualquiera acción de legitimidad sólo puede llevarse a efecto con audiencia del mismo; pero una vez muerto, entonces debe la acción instaurarse contra los herederos. La doctrina acabada de exponer se aplica a los juicios sobre filiación natural por mandato expreso del artículo 7º de la Ley 45 de 1936". (T- LXXXVIII págs. 887 y 888).

Infiérese de la doctrina sostenida por la Corte en un lapso de más de quince años que, cuando el juicio de filiación legítima o natural se ha iniciado directamente contra el padre y el fallo se produce en vida del mismo, los efectos de la legitimidad o de la declaración de filiación natural valen "no sólo respecto de las personas que han intervenido, sino respecto de todos". (artículo 401 ibidem).

Pero cuando el contradictor legítimo ha fallecido antes de la sentencia, el artículo 401 ibidem, le da a sus herederos la representación de él en dicho carácter, y dispone que el fallo pronunciado en tales condiciones "aprovecha o perjudica a los herederos que citados no comparecieron".

Para desentrañar el alcance de esta norma, debe tenerse en cuenta que la pretensión de todo actor en un juicio respaldado por la titularidad de su derecho, busca la eficacia de la sentencia, es decir, que ella produzca sus efectos cualesquiera que sean. Este es el alcance del artículo 472 del C. Judicial que dice: "Los funcionarios del orden judicial al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva y, por consiguiente, con ese criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho".

El hijo natural que ha instaurado la acción de investigación de la paternidad contra el legítimo contradictor, que es el presunto padre, pretende obtener el reconocimiento judicial de dicho estado y las consecuencias que de él se derivan, de las cuales la principal es la reclamación de sus derechos hereditarios, que la ley 45 le reconoce hoy, llegado el caso, en concurrencia con los hijos legítimos, o con los ascendientes legítimos y con el cónyuge, y, a falta de éstos, excluye a todos los otros herederos.

Con miras precisamente a que el fallo que declara o niega la paternidad natural, en litigio seguido contra el mismo padre, valga no sólo respecto de las personas que han intervenido en aquel sino contra todos (artículo 401 del C. C.), el artículo 404 ibidem, les confiere la representación del contradictor legítimo a los herederos de éste, cuando ha fallecido antes de la sentencia. Es de observar que siendo personalísima la calidad de contradictor legítimo, excepcionalmente les da la ley la representación de ella a sus herederos, pues no se trata de la que les corresponde como continuadores de la personalidad jurídica del causante, supuesto en el cual la acción de estado no conlleva las consecuencias de generalizar los efectos de la sentencia, ya que hace tránsito a cosa juzgada apenas en relación con las personas que fueron parte en la litis, sino de la especial de contradictores legítimos para los efectos absolutos del fallo. Pero para que la sentencia proferida en este caso excepcional produzca los efectos erga omnes, el citado artículo 404 añade que el fallo pronunciado a su favor o en contra de cualquiera de los herederos, aprovecha o perjudica a los coherederos que citados no comparecieron.

Impone este precepto una citación personal en el proceso a los herederos del legítimo contradictor? Siendo la citación de ellos una condición para que la sentencia les aproveche o los perjudique, no queda la menor duda de que la citación es obligatoria. Aceptarlo en otra forma conduciría a adelantar un juicio que pudiera afectarlos sin

haberlos llamado a él de una manera expresa.

De otra parte, esta es la diferencia entre los efectos de los juicios sobre estado civil y los puramente patrimoniales. En éstos, cuando el demandado muere, pero ha venido actuando por medio de representante judicial, fallado el negocio sin que los herederos se hayan apersonado en él, la sentencia los beneficia o los afecta, pues según el art. 264 del C. Judicial, el mandato en juicio no termina por la muerte del mandante, si ya está notificada la demanda mientras no sea revocada por los herederos y expire por otra causa legal. Y es así como produce sus efectos contra los causahabientes a título universal o singular, sin que hayan sido citados especialmente porque no hay norma que lo prescriba. (Artículo 404 C. J.).

En cambio los efectos de la cosa juzgada de las sentencias dictadas en juicios en que se ventilen cuestiones relativas a la legitimidad o filiación natural del hijo, se producen en los términos señalados en el Código Civil, como lo dispone el artículo 475 del C. Judicial, que dice: "Los efectos de la cosa juzgada respecto de las sentencias dictadas en juicios en que se ventilen cuestiones relativas al estado civil de las personas, se producen en los términos señalados en el Código Civil". Es decir, que son de aplicación los artículos 401 a 404 de dicho código, los cuales, según queda dicho, establecen las condiciones para que las sentencias en tales juicios produzcan efectos absolutos. Y si para el caso que se contempla, el artículo 404 impone la citación de los herederos como representantes del legítimo contradictor muerto en el curso del juicio, esa citación o llamamiento debe notificarse en forma personal o llegado el caso, por edicto, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 307 y 317 del Código Judicial.

Podría pensarse que el artículo 264 del C. J. de aplicación hoy en todos los juicios por consecuencia de la ley reglamentaria de la profesión de abogado que no permite comparecer en causa propia o ajena si no se es abogado inscrito, haya derogado el artículo 404 del C. Civil, por cuanto las partes en el litigio, si no son abogados inscritos, tienen siempre un representante judicial que, al fallecer el legítimo contradictor, representa a sus herederos. Tal derogatoria no cabe, porque los artículos 401 a 404 constituyen una excepción al artículo 17 que gobierna los efectos de cosa juzgada de las sentencias distintas a las de estado civil, por consiguiente su aplicación es de estricta interpretación, y su derogatoria tiene que ser expresa o tácita cuando la ley nueva no pueda conciliarse con la ley anterior.

Y no se ve la incompatibilidad, ya que el estar los herederos del contradictor legítimo representados tácitamente por el apoderado de aquel en razón de haber muerto antes de proferirse el fallo, no se opone a que sean citados personalmente en la forma preceptuada por el Código de Procedimiento Civil, para que el fallo los pueda vincular.

Además es el mismo Código Judicial en el artículo 475 el que subordina los efectos de la cosa juzgada de las sentencias dictadas en juicios en que se ventilen cuestiones relativas al estado civil de las personas, a los términos del Código Civil, esto es, a los artículos arriba citados, que son los que se apartan de lo preceptuado en las normas 17 ibidem, 473 y 474 del Código Judicial, referentes a la cosa juzgada de los fallos pronunciados en otros juicios.

La Corte en la sentencia de primero de octubre de 1945 dijo sobre este punto: "Demandado en vida el padre, la sentencia se profiere entre los legítimos contradictores: el hijo contra el padre, según el pensamiento normativo del artículo 402. Pero si durante la secuela del juicio muere el padre, sus herederos lo representan como contradictores legítimos según el artículo 404; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos, que, CITADOS (mayúsculas del fallo) no comparecieron. Luego a los herederos que no fueron citados, tampoco les perjudica el fallo... Igual fenómeno acontece en la acción de declaración de paternidad natural instituída en la ley 45 de 1936. Complementada esa acción con la institución del legítimo contradictor aplicable por mandato del artículo 7º de la ley, a los fallos que le pongan término a las investigaciones de esa paternidad, se concluye que, demandado el pretenso padre en vida, la sentencia dictada con audiencia del legítimo contradictor tiene efectos contra todos, aunque muera durante el seguimiento del proceso, pues en tal caso, citados todos los herederos, opera el artículo 404". (T- LIX pág. 693).

En apoyo de la necesidad que hay de citar a los

herederos del legítimo contradictor muerto durante la secuela del juicio, en el comentario al artículo 318 del Código Chileno, que es el 401 del Colombiano, Claro Solar dice: "Supone la ley que durante la secuela del juicio fallece el legítimo contradictor que lo había iniciado y seguía y en tal caso admite que los herederos que no han podido sucederle en una calidad personal que solamente él tenía, lo representen para obtener que se dicte la sentencia; pero esta representación corresponde a todos ellos en conjunto y les corresponde en virtud del interés pecuniario que va a ser una consecuencia de la litis. Por consiguiente cada uno de estos herederos no es legítimo contradictor, sino que todos ellos representan al contradictor legítimo que falleció durante el juicio y deben comparecer o ser citados al juicio, como tales representantes para que la sentencia pueda afectarles". (T. IV, pág. 127, tercera edición).

Somarriva Undurraga en el capítulo de Las Particularidades de los Fallos en Materia de Estado Civil, sobre el mismo artículo del código civil chileno, dice: "Puede acontecer que el padre, la madre, el hijo fallezcan durante el juicio. En este evento los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia (artículo 318)). Para los efectos de continuar el juicio es necesario citar a los herederos. Llenado este trámite el pleito sigue tramitándose con los herederos que se apersonen en él y en rebeldía de los demás. Pero si se omite citar a algún heredero, entonces el fallo que se dicte no afecta al heredero omitido quien puede renovar el juicio; así lo ha resuelto la Corte Suprema". (Derecho de Familia 1946- pág. 489).

Fernando Fueyo Laneri en su obra Derecho Civil en el tratado sobre Derecho de Familia, a propósito del estudio de los requisitos legales para que las sentencias en materia de estado civil produzcan efectos absolutos, expresa: "Si en el transcurso del pleito, mueren el padre, la madre o el hijo, pasan a ser legítimos contradictores sus respectivos herederos —previa citación al pleito—. De todos modos el fallo afectará a quienes debidamente citados, no comparecieron". (T-IV pág. 527).

D. Fernado Vélez dice: "El precepto del 404 es confirmación de la regla general de que el derecho de una persona iniciado por ésta, pasa a sus herederos que entran a representarla para los efectos legales. De ahí que los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia dictada en juicio establecido por él. La sentencia debe perjudicar o aprovechar a todos los herederos citados en el juicio, aunque no comparezcan en éste, porque se trata de un asunto indivisible, pues sería absurdo que el individuo a quien se refiere el juicio, fuese considerado en parte legítimo y en parte ilegítimo, según que los herederos hubiesen intervenido o no en el litigio". (T. II, pág. 31).

Champeau y Uribe dicen: "Si ambos padres o uno de ellos falleciere antes de la sentencia, en tal caso se aplicará lo que se dispone en la parte final del artículo 404. Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que citados, no comparecieron".

Dedúcese de todo lo expuesto que, muerto el padre antes de haberse dictado sentencia, en juicio de filiación natural seguido contra él, la litis debe continuar con sus herederos a los cuales la ley les da la representación del legítimo contradictor, precisamente para que la sentencia alcance los efectos buscados. Por consiguiente, es obligatorio citarlos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 404 tantas veces aludido, es decir, darles cuenta del juicio personalmente o en la forma prevista en el Código Judicial, a fin de que tengan conocimiento del litigio y se apersonen de él, si a bien lo tienen.

No habiéndolo hecho así en este juicio, no obstante que el apoderado de los demandantes Rodríguez acompañó la prueba de la muerte del presunto padre natural, Raimundo Rivera, y del testamento en que obra la institución de sus herederos, a quienes pidió se les hiciera saber el curso del juicio, indudablemente se incurrió en la causal de nulidad por falta de citación y emplazamiento en forma legal de los herederos del contradictor legítimo que han debido ser citados al juicio. (Artículo 448 3º-C.J.).

Y esta nulidad corresponde alegarla al apoderado que recibió la representación de Rivera, porque, teniendo desde la muerte de éste, la procuración tácita de los herederos, que no excusa de la citación personal de los mismos, está capacitado

para invocar todas las medidas defensivas de sus representantes, entre las cuales indudablemente está le de alegar en casación la nulidad a que se refiere el cargo. En esta forma se cumple la exigencia de que la nulidad se invoque por las personas que han debido ser llamadas al juicio.

Esta nulidad, en mi opinión, debía declararse por la Corte, previa casación del fallo del Tribunal, para que, subsanada, la nueva sentencia vinculara a los herederos debidamente citados, y no quedara la que no se casa, sometida a la excepción o a la acción de nulidad consagradas en el artículo 457 del C. J. en favor de los herederos de Raimundo Rivera que debiendo ser citados expresamente al juicio, no lo fueron.

Fecha ut-supra.

Arturo C. Posada.

NO HAY TAL ERROR DE VALORACION PROBATORIA EN LA SENTENCIA QUE DESPACHO FAVORABLEMENTE LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA

Sentido y alcance de la norma contenida en el artículo 11 del C. de P. Penal sobre suspensión de procesos civiles. Inoperancia de la impugnación que no señala las normas sustanciales violadas por el sentenciador.

1.—De lo estatuido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal se deduce que mientras no se le acredite la preexistencia de un proceso criminal al respecto, es al juez o funcionario que conoce del juicio civil o administrativo, a quien corresponde, dentro de éste, estimar si, a la luz de los elementos y pruebas en el mismo existentes, se ha configurado hecho alguno "que pueda considerarse como delito perseguible de oficio", y en todo caso si el fallo en lo penal puede influir en la solución de la controversia, pues de no ser así procedería arbitrariamente al suspenderla, a virtud de la simple apreciación en contrario de cualquiera de las partes.

2.—A aquella amplitud de orden contencioso primario, conforme a la cual cumple a los litigantes probar los hechos, ya que el juez sabe el derecho, se sobrepone el recurso extraordinario de casación, cuando, montado en la primera de sus causales, constriñe al impugnante a señalar precisamente los preceptos de la ley sustancial que entienda violó el sentenciador, aparte de que, cuando el yerro imputado al juzgador sea de derecho en la estimación de la prueba, deberá, además, indicarse la norma de valoración que se pretenda vulnerada.

3.—Todos los artículos señalados por el recurrente de autos como violados por el sentenciador, constituyen regla de valoración o disciplina probatoria, sin que hubiera avanzado hasta señalar las normas de ley sustancial circunstancia que por sí sola es suficiente para que tenga que desestimarse la acusación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL — Bogotá, D. E., treinta y uno de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué con fecha 10 de julio de 1959, en el juicio de petición de herencia seguido por Victoria Candia de Sanabria frente a Alberto Páez Rodríguez.

— I —

ANTECEDENTES

1.—Julia Candia de Páez, por medio de la escritura pública número 446 de 18 de abril de 1955, extendida ante el Notario Primero del Circuito de Ibagué, otorgó testamento abierto por el cual instituye heredero de todos sus bienes a su cónyuge Alberto Páez Rodríguez, designándolo, además, albacea con tenencia de ellos.

2.—En el juicio de sucesión de la misma señora, en donde se la denominó también Ana Julia Candia de Páez, y cuyo expediente se protocolizó en la citada Notaría bajo la escritura número 1366 de 7 de noviembre de 1955, todo el haber inventariado le fue adjudicado al nombrado Alberto Páez Rodríguez, en su doble carácter de cónyuge

sobreviviente y de heredero universal de la causante, al tenor del referido testamento.

— II —

EL LITIGIO

3.—Así las cosas, Victoria Candia de Sanabria trajo a juicio ordinario al dicho Alberto Páez Rodríguez, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERO.—Que Victoria Candia de Sanabria es heredera de mejor derecho que Alberto Páez Rodríguez en la sucesión testada y liquidada de Julia o Ana Julia Candia de Páez, por ser aquella hija natural de ésta, legitimaria, por tanto, al paso que el demandado es un simple cónyuge.

"SEGUNDO.—Que la demandante preterida en el testamento otorgado por su madre natural de que da cuenta la escritura pública número 446 de 13 de abril de 1955 de la Notaría 1ª de Ibagué, como consecuencia de la anterior declaración, excluye al demandado como heredero, por cuanto su institución como heredero en tal testamento se hizo contra la ley, y por ende, no puede surtir efecto.

"TERCERO.—Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, la demandante tiene derecho al setenta y cinco por ciento de la herencia dejada por su madre natural mencionada, o sean los tres cuartas partes de la mitad proindiviso de una casa de habitación de construcción de ladrillo y cemento con cubierta de teja de barro constante de quince piezas y provista de cocina, servicios sanitarios, alberca, lavadero y baño, instalaciones de agua y luz y otras dependencias y anexidades, edificada en solar propio, distinguido con el número 14-14 en los planos de Ibagué, con una extensión superficiaria de seiscientos quince metros ochenta y un decímetros cuadrados, inmueble ubicado en la carrera 4ª calle 29 esquina, manzana 29/3ª de la actual nomenclatura de la ciudad de Ibagué, inmueble que tiene las dimensiones y linderos siguientes: 'Por el norte, carrera 4ª de por medio, con mejoras de Pedro Mahecha y Alejandro Trujillo; por el sur, con mejoras de Jorge Zea; por el oriente, con mejoras de Nicolás Díaz, calle 29 de por medio; y por el occidente, con mejoras de Jacinto Camargo'; **Dimensiones:** frente, 32,30 mts.; fondo, 16,95 mts.

"CUARTO.—Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, el demandado está obligado a restituir, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los bienes o cuota de ellos de que trata la declaración inmediatamente anterior, los cuales posee, junto con todos sus accesorios, y los aumentos y frutos que hubiere percibido o hubiere podido percibir por el dueño, con mediana inteligencia, o el valor de ellos determinado en este juicio por peritos en legal forma, desde la muerte de la causante Julia o Ana Julia Candia de Páez hasta el día de la restitución; y,

"QUINTO.—Que, si el demandado se opone a esta acción de petición de herencia, sea condenado en las costas del juicio".

Por HECHOS fundamentales de la acción, además de los referidos atrás como antecedentes, se alegaron en resumen estos otros:

Que la demandante es hija natural de la finada Julia o Ana Julia Candia de Páez;

qué Julia o Ana Julia Candia de Páez —nombres correspondientes a una misma persona—, quien era hija natural de Paxedis (sic) Candia, luego de haber sido madre de la actora, casó con el demandado;

que Julia o Ana Julia, al morir, no dejó descendencia de su matrimonio con Alberto Páez Rodríguez, ni ascendencia legítima, ni natural;

que el heredero putativo demandado ha estado y está en posesión de los bienes perseguidos, considerándose tal, y los ha usufructuado a discreción, desde la muerte de la causante;

que la demandante es titular de la mitad legitimaria y de la cuarta de mejoras en la sucesión de su mencionada madre natural, por no haber herederos de mejor o igual derecho, esto es que es dueña del setenta y cinco por ciento de la herencia total o, en concreto, de las tres cuartas partes de la mitad del inmueble descrito en la parte petitoria de la demanda; y

que el demandado es de mala fe, pues que conocía a la actora desde antes de otorgarse el aludido testamento y sabía de su carácter de heredera, como hija natural habida por su esposa antes del matrimonio.

En DERECHO, se invocaron los siguientes preceptos: "Capítulo 4º del título 7º del Libro 3º del Código Civil y demás disposiciones concordantes de dicho código; ley 45 de 1936, artículos 1226, 1239 y siguientes; artículo 1276 del Código Civil; 737, 205 del C. J.; demás disposiciones concordantes de uno y otro Código".

4.—El reo contestó diciendo "que se opone abierta y terminantemente a las declaraciones solicitadas" y replicando a los hechos del libelo, sustancialmente así:

No ser cierto que la demandante sea hija natural ni legítima de Ana Julia Candia, y apenas, si mucho, una prima hermana natural como lo son otras varias personas, motivo por el cual "impugna la partida de origen eclesiástico que se ha acompañado y con la cual se pretenden declaraciones judiciales absurdas y lesivas del patrimonio ajeno", y porque "aun aceptando, en gracia de discusión, que la partida de 'nacimiento' fuese auténtica, no aparece firmada por quien debiera hacer el reconocimiento, esto es, por la señora Ana Julia Candia de Páez"; ser verdad que Julia o Ana Julia Candia de Páez otorgó el referido testamento, instituyendo heredero universal al demandado, pero no que hubiera ocurrido preterición de la demandante, pues que, para ello, "no ha habido sujeto, causa ni objeto"; que existiendo dos mujeres llamadas 'Ana Julia Candia', con genealogías diferentes, bien puede que la madre natural de la demandante sea la otra Ana Julia, distinta de la que fue consorte del demandado; que es cierto que éste es el poseedor de la totalidad de los bienes que se le adjudicaron en la sucesión de Julia o Ana Julia Candia los cuales han sido y son de pertenencia del demandado; que es verdad que en su matrimonio con la dicha causante no hubo descendencia; que enérgicamente protesta por el gratuito cargo que se le endilga de ser de mala fe; y que no es cierto que a la demandante asista ninguno de los derechos que pretende tener en la sucesión de Julia o Ana Julia Candia de Páez.

Finalmente dice: "Alego las excepciones perentorias pertinentes" y las de "ilegitimidad de la personería" de la actora, a que se refiere la regla 3ª del artículo 332 del Código Judicial, pues que ella ni siquiera tiene definido su propio nombre, ya que en unas partidas de nacimiento de hijos suyos se la denomina con los de Victorina o Victoriana.

5.—Con producción de pruebas de una y otra parte, tramitóse la primera instancia, a que puso término el fallo del Juez Tercero Civil del Circuito de Ibagué, de 29 de marzo de 1958, en que se decidió lo siguiente:

"1º.—Victoria Candia de Sanabria es heredera de mejor derecho que Alberto Páez Rodríguez en la sucesión de Julia o Ana Julia Candia de Páez, por ser la primera hija natural de la segunda, en tanto que Alberto Páez es el cónyuge sobreviviente.

"2º.—Como consecuencia de la anterior declaración, se declara sin valor alguno el testamento contenido en la escritura pública número 446 de 18 de abril de 1955, de la Notaría 1ª de Ibagué, en cuanto a que él excluye de la sucesión a Victoria Candia de Sanabria, quien en su calidad de hija natural tiene derecho a concurrir, preferentemente, con el demandado a recoger los bienes de la herencia;

"3º—Como consecuencia de lo anterior, la demandante tiene derecho a las tres cuartas partes de la mitad proindiviso del lote y casa de habitación descritos y alinderados en la tercera petición de la demanda, de conformidad con las reglas que rigen la sucesión intestada;

"4º.—En consecuencia, el demandado está obligado a restituir dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, los bienes de que trata la declaración inmediatamente anterior.

"5º.—Condénase al demandado a pagar a la demandante, por concepto de los frutos producidos por el inmueble ordenado restituir, la suma de ciento cinco pesos mensuales ($ 105.00), contados a partir de la contestación de la demanda hasta el momento en que se verifique la restitución.

"6º—Condénase en costas al demandado".

6.—A virtud de apelación interpuesta por el litigante vencido surtióse la segunda instancia que culminó con la sentencia del Tribunal Superior de 10 de julio de 1959, cuya parte resolutiva dice así:

"1º.—CONFIRMANSE las declaraciones contenidas en los numerales 4, 5 y 6 de la parte resolutiva de la sentencia apelada;

"2º.—REVOCASE la declaración del numeral 2º del aludido fallo, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia;

"3º—REFORMASE la declaración contenida en el numeral 1º de la citada providencia en el sentido de declarar que Victoria Candia de Sanabria es heredera de Ana Julia Candia de Páez, en su condición de hija natural;

"4º.—REFORMASE la declaración contenida en el punto 3º de la parte resolutiva de la providencia apelada en el sentido de que la demandada (sic) tiene derecho a las tres cuartas partes de la mitad proindiviso del lote y casa de habitación descritos y alinderados en la petición tercera de la demanda; y

"5º—Condénase en costas parciales".

7.—Interpuesto por el demandado el recurso

extraordinario, toca a la Corte pronunciarse ahora sobre el mismo.

— III —

LA IMPUGNACION

8.—Invocando la causal 1ª de casación, dice el recurrente:

"Acuso el fallo materia del recurso por violación de los artículos 393 del C. C., 22 de la Ley 57 de 1887 y 596, 663, 667, 697 del C. J., por error de derecho en la apreciación de pruebas. Baso mi aserto en la consideración de que el Tribunal le dió plena validez a la partida eclesiástica por medio de la cual VICTORIA CANDIA pretende ser hija natural de JULIA CANDIA". Expone luego: que, conforme al artículo 393 del C. C., los documentos expedidos por los párrocos sobre estado civil pueden ser rechazados o redargüidos de falsos: que, según la partida de matrimonio de Ana Julia Candia con Alberto Páez Rodríguez, celebrado el 2 de septiembre de 1933, ella tenía veinticinco años entonces, o sea que había nacido en 1908, por lo cual no pudo ser madre de la actora, quien según su partida de bautismo nació el 6 de mayo de 1917, cuando Ana Julia apenas tenía nueve años, o sea que la concepción de Victoria debió de haber tenido lugar a los ocho años y nueve meses de edad de la pretendida madre, lo cual sería, si no imposible, al menos muy difícil según la ciencia médica; que esfuerza la anterior afirmación el hecho de que en la partida de defunción de Ana Julia Candia aparece ésta con cincuenta años, es decir, una pequeña diferencia de tres años muy explicable, si se tiene en cuenta que esta última fue suscrita por un extraño, que en los autos hay elementos para llegar a la conclusión de que la actora puede ser descendiente de otra persona distinta de la que fue suegra del demandado, como lo son, por ejemplo, las tres partidas de bautismo de José Erminso, Lucila y José Uriel Sanabria Candia, hijos de Domingo Sanabria y Victoria Candia los dos últimos y de Victoria Candia y padre desconocido el primero, todo lo cual, lejos de aclarar la identidad de la demandante, la confunde y hace más dudosa: que, de otro lado, las declaraciones de los testigos Félix Antonio Candia, Raimunda Suárez, Sofía Macías, Rosario Cabezas, Rubén Rodríguez y Reinaldo García García confirman las aseveraciones que hace el recurrente de que Ana Julia Candia ni antes, ni después de su matrimonio con el demandado, tuvo familia y concuerdan en que por la época en que se le atribuye la concepción de la actora, su edad no le permitía tal fenómeno biológico, concluyendo que Victoria no es hija de Ana Julia; y remata el cargo así: "En lo anterior se deduce que el sentenciador por haber infringido las normas probatorias contenidas en los artículos 596, 663, 667, y 697 del C. J., ya que desestimó sin razón valedera alguna los testimonios e indicios desprendidos del haz probatorio antes analizado, violó las normas sustantivas contenidas en los artículos 22 de la Ley 57 de 1887 que hacen referencia a las pruebas del estado civil y el artículo 393 del C. C. que concede la facultad de rechazar tales documentos cuando no se encuentra probada la identidad personal, como en el caso que nos ocupa...".

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

— A —

9.—CUESTION PREVIA. Como el impugnante pone término a su demanda ante la Corte anotando que "a pesar de que el fallador tuvo conocimiento de un hecho que podía considerarse como delito, ya que se trata de una falsedad ideológica en un documento público, no dio aplicación al artículo 11 del C. de P. P. disponiendo la suspensión de la providencia, hasta tanto la investigación criminal no terminase", cumple observar lo siguiente:

El Tribunal no encontró que en la partida de nacimiento de Victoria Candia hubiera falsedad material, ni intelectual. En cuanto a lo primero, dijo que "debe apreciarse que en la inspección ocular llevada a cabo en asocio de peritos, se comprobó que dicha partida de nacimiento no tenía enmendaduras, ni raspaduras, ni enmienda alguna que haga suponer cualquier intento de falsedad". Y por lo que hace a la pretendida falsedad ideológica, no la encontró probada cuando dijo: "Esta Sala, acoge las razones que tuvo el juez a-quo para rechazar el cargo endilgado a Victoria Candia sobre que no es hija natural de Ana Julia Candia". Efectivamente, el juzgador de primera instancia, luego de hacer el análisis de "Los testimonios presentados por la parte demandada para probar la falsedad de la declaración contenida en el acta de bautismo de Victoria Candia y por consiguiente para demostrar que no es hija de Julia o Ana Julia Candia", estimando, en-

tre otras circunstancias, la de que esos testigos, con la excepción a que allí se refiere, ninguno de los demás conoció a Ana Julia en el año de 1917, época en que según la partida se verificó el nacimiento de Victoria y que las declarantes Felisa y María del Carmen Candia afirman que Ana Julia es la madre de Victoria, y "estos testimonios son tanto más creíbles, cuanto que por su situación y por las relaciones de parentesco son los más enterados sobre el verdadero vínculo que pueda unir a Ana Julia con Victoria Candia y porque además están expresados en términos afirmativos y rotundos", concluyó así: "Dadas las condiciones de antigüedad, pureza y autenticidad de la partida, no es presumible que lo que en ella se expresó sea falso, pues por esa época no tenía ningún objeto hacer una declaración falsa que viniera a producir su efecto treinta y ocho años después, esto es, en el año de 1955, año en que murió Ana Julia Candia. Por consiguiente, no habiendo demostrado la parte demandada que la declaración contenida en la partida era falsa, debe aceptarse que el hecho en ella declarado es verdadero...".

10.—Ahora bien: Como lo que el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal estatuye es que "Cuando en el curso de un proceso civil o administrativo se presentare algún hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio, el juez o funcionario correspondiente dará noticia de él inmediatamente a la autoridad competente, suministrándole todas las informaciones del caso y acompañándole copia autorizada de los autos o documentos conducentes", y que "Si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en la misma pudiere influir en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable", ello implica que, mientras no se le acredite la preexistencia de un proceso penal al respecto, es al juez o funcionario que conoce del juicio civil o administrativo, a quien corresponde, dentro de éste, estimar si, a la luz de los elementos y pruebas en el mismo existentes, se ha configurado hecho alguno "que pueda considerarse como delito perseguible de oficio", y en todo caso si el fallo en lo pena' puede influir en la solución de la controversia, pues de no ser así procedería arbitrariamente al suspenderla, a virtud de la simple apreciación en contrario de cualquiera de las partes

Por lo tanto, en el caso de autos, si el Tribunal, a igual del juez de primera instancia, no halló que, a mérito de los elementos del proceso, la partida de nacimiento de Victoria Candia acuse falsedad de ninguna especie, no tenía entonces por qué dar cumplimiento, como lo pretende el recurrente, a lo dispuesto en la norma de procedimiento penal comentada.

- B -

11.—INEPTITUD DE LA IMPUGNACION. Si, en la solución de los procesos, tanto vale el derecho como su prueba, razón por la cual en instancia se hace sentir el principio de que cumple a los litigantes probar los hechos, ya que el juez sabe el derecho: **jura novit curia**, a esta amplitud de orden contencioso primario se sobrepone el recurso extraordinario de casación, cuando, montado en la primera de sus causales, constriñe al impugnante a señalar precisamente los preceptos de la ley sustancial que entienda violó el sentenciador y sobre ese señalamiento levantar la demostración directa o indirecta de su quebranto (artículo 520, C. J.). Siendo entendido que, cuando de esta última hipótesis se trate y el yerro imputado al juzgador sea de derecho en la estimación de la prueba, deberá, además, indicarse la norma de valoración que se pretenda vulnerada.

12.—Pero en este recurso el impugnante se ha limitado a acusar la violación de los artículos 393 del Código Civil, 22 de la Ley 57 de 1887 y 596, 663, 667 y 697 del Código Judicial, de los cuales el primero dispone que podrán rechazarse las actas del estado civil, aun cuando conste su autenticidad y pureza, probando no ser una misma la persona a que el documento se refiere y aquella a quien se pretende aplicar; el segundo, que mandó tener como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos o matrimonios o defunciones de personas bautizadas o casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, con anterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, las competentes partidas parroquiales, sujetas a ser rechazadas o redargüidas y suplidas en los mismos casos y términos que las de origen civil; el tercero que predica la inadmisibilidad de las pruebas inconducentes y de las legalmente ineficaces; el cuarto, que determina el concepto y el valor del indicio necesario; el quinto que señala

el alcance de varios indicios o argumentos que se refieren a uno solo; y el último que enseña cuándo dos testimonios forman plena prueba.

Como se ve, todos estos artículos constituyen reglas de valoración o disciplina probatoria, sin que el recurrente hubiera avanzado hasta señalar las normas de ley sustancial, esto es, las determinantes, en el caso, de los derechos patrimoniales por su parte pretendidos en el juicio y que hubiera quebrantado el sentenciador a causa de los errores de derecho que se dicen cometidos en la estimación de las pruebas.

Detenida así la impugnación en mitad del camino, no puede la Corte entrar de oficio al averiguamiento de si la sentencia viola, en último término, precepto alguno de carácter sustancial, circunstancia que por sí sola es suficiente para que tenga que desestimarse la acusación.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de fecha diez (10) de julio de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

NO HUBO NULIDAD EN EL TRASPASO GRATUITO, QUE UN PARTICULAR HIZO A CIERTO MUNICIPIO, DEL TERRENO NECESARIO PARA LA APERTURA DE UNA CALLE

Bienes de uso público y bienes fiscales. Pertenencia de los bienes de uso público. Elementos esenciales de la donación. Insinuación para donar. Técnica del recurso de casación.

1.—Las calles, plazas, puentes y caminos son bienes de uso público. Esta calidad depende de dos factores: que sean construídos en terrenos pertenecientes a una entidad de derecho público y que sean destinados al uso común de los habitantes (artículos 674 y 676 del C. Civil). De donde se sigue que tal especie de bienes puede pertenecer a las distintas entidades de derecho público, y no sólo a la Nación, con la excepción, sí, de las aguas que nacen y mueren en distintos predios, cuya pertenencia es exclusiva de la Nación (artículo 677 del C. Civil).

2.—En la cesión gratuita de terreno al Municipio para que se abriera la vía pública, no hubo donación. Porque si bien es cierto que se dio la disminución del patrimonio del cedente, faltó el enriquecimiento de la entidad cesionaria, como elemento esencial de la donación, falta que no es sino la consecuencia de la destinación perpetua al uso de los habitantes, impuesta por el cedente, de un lado, y aceptada y realizada por la entidad cesionaria, del otro.

3.—El artículo 676 del Código Civil niega el carácter de bienes de uso público a los puentes y caminos construídos en tierras particulares y a expensas de sus dueños.

4.—Los bienes de uso público carecen del sentido patrimonial que distingue a los bienes fiscales. Estos se cotizan económicamente y tienen un valor pecuniario que los inventarios señalan en detalle. Por tratarse de elementos positivos de un patrimonio, se rigen por el derecho común, están en el comercio, son enajenables y prescriptibles; aunque más especialmente están sujetos al derecho fiscal, por pertenecer al Estado y demás entidades políticas. En tanto que los de uso público están fuera del comercio, son imprescriptibles e inenajenables, mientras en ellos subsista ese carácter, y están regidos por un derecho excepcional, impuesto por su propia naturaleza.

5.—La diferencia entre bienes fiscales y bienes de uso público se proyecta en la valoración jurídica del traslado de una propiedad que verifica una persona natural a una persona moral de orden público, cuando la cesión se hace para que el bien sea dedicado de manera estable a un uso común y la entidad así lo recibe. Es aquí la comunidad, es decir, los individuos que la componen los beneficiarios del traspaso. La entidad pública no aumenta con ellos su patrimonio, no crece su fisco; aumentan, sí, los bienes comunales, en el sentido de que los asociados pueden libremente servirse de ellos.

6.—El poder jurídico que corresponde a las entidades de derecho público en relación con los bienes de uso público, no es el de propiedad, ya que de tal poder no podrían predicarse los elementos constitutivos ni los atributos que integran y distinguen la propiedad. El destino común, esencial en los bienes de uso público, se opone a la movilidad jurídica característica de aquellos sobre los cuales recae el dominio, y es además in-

compatible con la presencia de un derecho exclusivo, real, pleno y absoluto de su titular. Por ello se habla con más exactitud de una potestad administradora o supervigilante sobre ellos, en manos de las entidades de derecho público. Ello demuestra que en la cesión que se haga de una cosa con destinación al uso público, está muy lejos de aparecer el aumento o enriquecimiento a que alude el artículo 1445 del C. Civil, elemento necesario para configurar el acto donación.

7.—El artículo 1458 del Código Civil exige la insinuación pero sólo respecto de los actos que reúnan los elementos esenciales de la donación.

8.—Es contrario a la técnica del recurso de casación acusar de quebranto de la ley, a un tiempo por errónea interpretación y por indebida aplicación. Si se interpreta erróneamente y por ello se aplica o no se aplica a la litis un precepto legal, el agravio de la ley se debe a la interpretación errónea, porque es ésta la causa de la aplicación o de la inaplicación de la ley.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION CIVIL. — Bogotá treinta y uno de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio de Marceliano Mafla y otros contra el Municipio de Cali.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, fechada el 9 de abril de 1960.

Recurrente: la parte actora.

- I -

ANTECEDENTES

1—Marceliano Mafla Llanos, Omar, Lilia y Grauben Guevara Mafla y Eliud Guevara Mafla, representado éste por un curador ad-litem, en su carácter de herederos de Ramona Alcocer o Llanos vda. de Mafla, y para la sucesión de ésta, demandaron al Municipio de Cali, ante el Juez primero civil del circuito del mismo nombre, para que se declare que, por falta de insinuación, es nula la donación que hizo dicha causante al mencionado Municipio, mediante escritura pública número 647, de 27 de julio de 1934, de la notaría segunda de Cali; que, en consecuencia, se condene al Municipio a restituir a la parte demandante el terreno que fue objeto de la donación, o el valor comercial del mismo, si por haber sido incorporado a obras sociales y de uso público de la ciudad no puede restituirse en especie, más los frutos naturales y civiles percibidos o que hubiese podido percibir la misma parte actora; y se obligue al Municipio a otorgar a favor de ésta el título traslaticio correspondiente de devolución del dominio del terreno donado.

2.—Estas fueron las afirmaciones del libelo:

a) La señora Ramona Alcocer o Llanos viuda de Mafla hizo cesión gratuita al Municipio de Cali, de mil cuatrocientos sesenta y cinco metros cuadrados (1.465 m.2), dentro de mayor extensión superficiaria de propiedad de la cedente, alinda da como rezan la citada escritura y la misma demanda;

b) Los dichos metros cuadrados fueron destinados, de acuerdo con el instrumento de traspaso, a la apertura de la calle denominada "Fray Damián" (790 m.2) y a la prolongación de la "Avenida Pichincha" (675 m.2).

c) El terreno cedido valía en la fecha de la donación más de diez mil pesos ($ 10.000.00), y como ésta no fue insinuada, es nula en lo que exceda de dos mil pesos, según el artículo 1458 del C. C.

3.—Seguido el juicio con la oposición de la entidad demandada, el Juez desató la primera instancia mediante fallo de 14 de mayo de 1958, favorable a los demandantes; pero, apelado por el Municipio para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, fue revocado por sentencia de 9 de abril de 1960.

Recurrida ésta en casación por los demandantes, la parte actora formuló la demanda correspondiente, que el Procurador Delegado en lo Civil, en representación de la entidad demandada, replicó en concienzudo estudio del problema.

La Corte decide el recurso.

- II -

LA SENTENCIA ACUSADA

4.—El Tribunal diserta sobre la naturaleza de la donación y los elementos que la constituyen, de acuerdo con los artículos 1443 y 1455 del C.

C.: y reiterando la teoría de los móviles determinantes del acto jurídico, y que esta Corte ha acogido en no pocos fallos, estudia el convenio que se hizo constar en aquel instrumento y llega a la conclusión de que "la causa impulsiva y determinante o base sine qua non, que tuvo la cedente, fue la apertura de una calle y la prolongación de una avenida, con la finalidad de recibir un beneficio con esas obras, que sin duda alguna, le reportarían un aumento al valor de su patrimonio, al beneficiarse especialmente el resto del lote de terreno de su propiedad de donde se segregaron los metros cuadrados de terreno que cedió a título gratuito al Municipio de Cali".

Acepta que hubo una disminución en el patrimonio de la cedente, pero no enriquecimiento correlativo en el Municipio, porque el traspaso gratuito de una cosa con una especial destinación de uso público, no es un ingreso al patrimonio fiscal de la entidad cesionaria, razón por la cual no hubo donación en el referido acto, extraño, por lo mismo al requisito de la insinuación.

- III -

LA ACUSACION

Después de una parte que el recurrente dedica a la "calificación jurídica del negocio", desarrolla la impugnación de la sentencia en tres capítulos, a los cuales se referirá en su orden el presente fallo.

Primer capítulo

5.—Por haber considerado la sentencia que la destinación dada a los terrenos por la cedente, los convirtió en bienes nacionales de uso público, violó los artículos 674 del C. C., por errónea interpretación, y los artículos 669, 673 y 676 ib., por no haberlos aplicado a la litis.

Y agrega que "no apreció, y si lo hizo la estimó mal", la escritura pública número 647, "que contiene el título traslaticio de dominio", lo cual la llevó a quebrantar los artículos 740, 745 y 676 del C. C., por falta de aplicación.

SE CONSIDERA:

6.—Dice la sentencia:

"La cedente expresamente le dio a los metros de terreno cedidos la destinación de bienes de uso público, al destinarlos para la apertura y prolongación de calles, y por consiguiente pasaron estos terrenos al dominio de la Nación como bienes de uso público, y no al dominio del Municipio de Cali; ya que al tenor del artículo 674 del C. Civil, las calles son bienes nacionales cuyo uso pertenece a todo los habitantes del territorio, y sobre las cuales los Municipios por disposiciones del Código Político y Municipal y de la Ley 97 de 1913, tan sólo tienen la supervigilancia de ellas; y un inmueble de propiedad particular puede convertirse en un bien de uso público por destinación del primitivo dueño".

A) Las calles, plazas, puentes y caminos son bienes de uso público, según lo prescribe el artículo 674 del C. C. Esta calidad depende de dos factores: que sean construídos en terrenos pertenecientes a una entidad de derecho público y que sean destinados al uso común de los habitantes (artículos 674 y 676 C. C.). De donde se sigue que tal especie de bienes puede pertenecer a las distintas entidades de derecho público, y no sólo a la Nación, no obstante las voces literales del artículo 674 del C. C., con la excepción, sí, de las aguas que nacen y mueren en distintos predios, cuya pertenencia es exclusiva de la Nación (artículo 677 C. C., Ley 113 de 1928 y Decreto-ley número 1381 de 1940). La sentencia de 28 de septiembre de 1940 admite la distinta pertenencia de los bienes de uso público (L. 1961, 254).

Mas, tratándose de bienes nacionales —como dice el fallo en el parágrafo inserto— o de bienes municipales, como sostiene el recurrente, el cargo no repercute en la casación, porque la naturaleza jurídica de una cesión gratuita con la afectación permanente y necesaria de un bien al uso común de los asociados, no cambia por la circunstancia de pertenecer a una o a otra entidad de derecho público. Por lo mismo, quedan en pie las razones de la sentencia sobre la falta de enriquecimiento de la entidad cesionaria, como elemento esencial de la donación, falta que no es sino la consecuencia de la destinación perpetua al uso de los habitantes, impuesta por la cedente, de un lado, y aceptada y realizada por la entidad cesionaria, del otro.

Por ello no procede el cargo en relación con el artículo 674 del C. C.

B) En lo que concierne al 676 ib., tampoco, porque este precepto niega el carácter de bienes

de uso público a los puentes y caminos construídos en tierras particulares y a expensas de sus dueños, y aquí se trata de unas vías construídas en terrenos pertenecientes a una entidad política, a virtud de cesión que le fue hecha por su propietaria. Y menos aún en lo tocante a los artículos 669, que define el dominio, y 673, que consagra los modos de adquirirlo, textos que ninguna relación directa guardan con el concepto de la sentencia, de tratarse de un caso de bienes nacionales de uso público.

C) Y en cuanto a los artículos 740 y 745 ib., cuyo agravio se basa en el error que se atribuye al fallo, por no haber apreciado la escritura de cesión, y en caso de haberlo sido, lo fue erróneamente, tal violación no se produce, porque, en primer lugar, el cargo así formulado dubitativa o condicionalmente, no es de recibo en casación; y en segundo lugar, como antes se expuso, aun cuando la tradición del terreno se efectuó a favor del Municipio y la sentencia considera que se trata de un bien nacional, ello no incide en el recurso, porque nacional o municipal, su traspaso no implica donación, como se verá en seguida.

Por este primer cargo, de consiguiente, no es el caso de infirmar la sentencia.

SEGUNDO CAPITULO

7.—Se acusa el fallo de errónea interpretación del artículo 1455 del C. C., interpretación "que lo conduce a aplicarlo en forma indebida al caso controvertido y a omitir la aplicación de los artículos 1443 y 1458 del C. C.".

La acusación, después de copiar algunos párrafos de la sentencia, dice:

"El artículo 1455 del C. C. informa que no hay donación cuando se traspasa una cosa para que con su valor pecuniario se verifique una obra que lo consume todo, y que beneficia únicamente al donante o a un tercero (el caso en que la obra beneficia al donatario se verá en el capítulo siguiente); pero si este valor pecuniario no es consumido en totalidad ese excedente sí es donación porque produce una ventaja apreciable en dinero, y si es mayor de dos mil pesos, al tenor del artículo 1458 necesita insinuación.

"El Tribunal al expresarse como hemos visto, interpretó mal el comentario del señor Vélez y, por consiguiente, el artículo 1455 del C. C., creyó que al haber abarcado las obras públicas toda la extensión superficiaria del inmueble cedido se consumió la totalidad de su valor o importe".

SE CONSIDERA:

8.—La sentencia dice al respecto:

"Según la definición de donación que da el artículo 1443 del Código Civil, son requisitos especiales de la donación el enriquecimiento y empobrecimiento recíproco de los patrimonios. Además de los requisitos comunes a todo contrato tiene la donación una exigencia que le es propia y característica, ésta es que, para que exista donación es necesario que se opere al mismo tiempo un empobrecimiento del patrimonio del donante y un enriquecimiento gratuito del patrimonio del donatario. Así pues, tenemos que la donación supone un desplazamiento de bienes: bienes que salen del patrimonio del donante, significándole un empobrecimiento y van a radicarse en forma gratuita en el patrimonio del donatario, reportándole por consiguiente un enriquecimiento.

"Así lo dispone el artículo 1455 del Código Civil, según el cual no hay donación si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por la otra aumento", y el mismo artículo da un ejemplo cuando dice: 'como cuando se da para un objeto que consume el importe de la cosa donada, y de que el donatario no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero'; pudiéndose así dar variadas aplicaciones al principio enunciado en el precitado artículo.

"De manera que para que haya donación es indispensable que se disminuya el patrimonio del donante y que se aumente gratuitamente el del donatario, y no basta, al tenor del artículo 1455 del Código Civil, que ocurra sólo uno de esos requisitos; es necesario que por efecto de la convención ocurra al mismo tiempo una disminución y un aumento de patrimonio respectivamente en los acervos del donante y donatario".

"..... ....

"Estima el Tribunal después del estudio minucioso de la cuestión planteada de que se ha venido dando cuenta, que al tenor de las disposiciones del artículo 1455 del Código Civil, no hay donación en la cesión gratuita que con destinación expresa a obras o bienes de uso público hizo la señora Ramona Llanos viuda de Mafla, al Municipio de Cali, en el ordinal "Tercero" de la escritura número 847 del 27 de julio de 1934, de la notaría 2ª del circuito de Cali, y por consiguiente no existe nulidad en dicho contrato".

9.—A) Según el artículo 1455 del C. C. "no hay donación si habiendo por una parte disminución

del patrimonio, no hay por otra aumento".

En los casos de cesión de bienes a entidades de derecho público, hay, en principio, merma patrimonial para el cedente, como la sentencia del Tribunal lo admite.

Pero, en punto a enriquecimiento de la entidad cesionaria, no acontece lo mismo, en razón de la inequívoca y perpetua destinación del bien al uso de los habitantes. Los bienes de uso público carecen del sentido patrimonial que distingue los bienes fiscales. Estos se cotizan económicamente; tienen un valor pecuniario, que los inventarios señalan en detalle, como sucede con los edificios, las empresas públicas, los semovientes, los muebles, los dineros y los créditos de su pertenencia. Por tratarse de elementos positivos de un patrimonio, muebles e inmuebles corporales y créditos, en este sentido idénticos a los que componen el patrimonio de los particulares, se rigen por el derecho común, están en el comercio, son enajenables y prescriptibles; pero, más especialmente están sujetos al derecho fiscal, por pertenecer al Estado y demás entidades políticas, cuyas actividades están necesaria y exclusivamente condicionadas al bienestar común. En tanto que los de uso público están fuera del comercio, son imprescriptibles e inenajenables, mientras en ellos subsista ese carácter, y están regidos por un derecho excepcional, impuesto por su propia naturaleza (674, 678, 2519).

Esta diferenciación entre unos y otros bienes se proyecta precisamente en la valoración jurídica del traslado de una propiedad que verifica una persona natural a una persona moral de orden público, cuando la cesión se hace para que el bien sea dedicado de manera estable a un uso común y la entidad así lo recibe. Es aquí la comunidad, es decir, los individuos que la componen los beneficiarios del traspaso; son estos quienes en razón de sus necesidades y a la vez de las garantías de la Constitución que les permiten satisfacerlas, reciben un provecho invaluable, sin el cual se haría imposible la convivencia social y el logro de los fines de la persona humana. La entidad pública no aumenta con ellos su patrimonio, no crece su fisco; aumentan, sí, los bienes comunales, en el sentido de que los asociados pueden libremente servirse de ellos.

10.—El poder jurídico que a las entidades de derecho público corresponde en esta especie de bienes, es un derecho de singular sustancia, porque no es de propiedad —que define el artículo 669 del C. C.— ya que de tal poder no podrían predicarse los elementos constitutivos ni los atributos que integran y distinguen la propiedad. El destino común, esencial en los bienes de uso público, se opone a la movilidad jurídica característica de aquellos sobre los cuales recae el dominio, y es además, incompatible con la presencia de un derecho exclusivo, real, pleno y absoluto de un titular. Por ello se habla con más exactitud de una potestad administradora o supervigilante sobre ellos, en manos de las entidades de derecho público, a fin de que esos bienes realicen de la mejor manera y en la mayor amplitud posible el objetivo social que les está encomendado de servir a todo el mundo, sin discriminaciones. (V. la sent. cit. antes, de 26 de septiembre de 1940. L. 1961. 254 y 255 y la de 14 de abril de 1943. LV. 1996 y 1997. 440). Ello demuestra que está muy lejos de aparecer en la cesión de una cosa con tal finalidad, el **aumento, o enriquecimiento**, a que alude el artículo 1455 del C. C., para configurar el acto **donación**, precepto éste que, por lo mismo, no resulta infringido en la sentencia que desató la litis.

B) Consecuencialmente, si el precitado texto demanda empobrecimiento y enriquecimiento correlativos, y en cuanto a este último se ha visto que no existe en el caso de autos, mal puede producirse el quebranto del artículo 1443 ib., que define la donación, sin entrar a desarrollar sus elementos como tampoco la del artículo 1458 ib., que exige la insinuación, pero sólo respecto de los actos que reúnan los elementos esenciales de la donación.

TERCER CAPITULO

11.—Se acusa la sentencia de violar: a) el artículo 1462 del C. C., por errónea interpretación y a la vez por indebida aplicación; b) los artículos 1443 y 1458 ib., por no haberlos aplicado; y c) de nuevo el artículo 1462 "por falsa interpretación de la prueba".

SE CONSIDERA:

12.—A) Dice la sentencia:

"Ahora, bien, si en el caso sub-judice hipotéticamente se acepta que hubo donación, en esa donación se le impuso al donatario un gravamen que es apreciable en dinero, al destinar la donante en el ordinal "Tercero" de la escritura 647 a que se refiere la demanda, los 1.465 mts.² de tierra cedidos al Municipio de Cali, a calles y avenidas, que son bienes de uso público y según

el artículo 1462 del C. Civil, estas donaciones requieren insinuación tan sólo, cuando descontado el gravamen excedan de dos mil pesos. Aquí el gravamen impuesto cubre todo el inmueble cedido, luego no hay lugar a insinuación y por consiguiente no existe nulidad del contrato".

Se advierte que es contrario a la técnica del recurso acusar de quebranto de la ley, a un tiempo por errónea interpretación y por indebida aplicación, porque de acuerdo con el artículo 520, ordinal 1º del C. J., estas son formas diferentes de una misma especie de violación de los textos sustantivos: la directa. Si se interpreta erróneamente, y por ello se aplica o no se aplica a la litis un precepto legal, el agravio de la ley se debe a la interpretación errónea, porque es ésta la causa de la aplicación o de la inaplicación del texto.

13.—El fallo invoca la razón contenida en el párrafo inserto en el supuesto de que hubiese habido donación; no puede atribuírsele, por tanto, un influjo decisivo en la resolución de la controversia, cuando, por otra parte, ésta descansa en otras bases irrefragables.

Sin duda alguna y en dicho plano, no es aceptable ciertamente el argumento de la sentencia, porque el acto de cesión no impuso gravamen al cesionario, pues cesión y destinación se entrelazan y confunden íntimamente hasta el punto de componer un todo indivisible; la cesión no se hace sin el objetivo de que el terreno se destine al uso público en ella señalado, o en otras palabras: la destinación es la razón de ser, la sustancia del traspaso. Por donde se ve que lejos de tratarse de una carga o gravamen, se trata de un modo esencial de la transferencia. Si Pedro dona a Juan cien mil pesos, debiendo invertir ochenta mil en la erección de un monumento, la donación queda sometida a una verdadera carga o gravamen, deducible, en consecuencia, para efectos de la insinuación. De la misma manera, si en el ejemplo se impone la condición de pagar deudas del donante por la suma de setenta mil pesos, según el artículo 1477. Pero, el traspaso de una cosa, no a una persona natural, no a una persona moral civil o comercial, lucrativa o no lucrativa, sino específicamente, a una entidad de derecho público, para que se emplee por ésta en un servicio común, no es traspaso sujeto a gravamen.

El caso no puede situarse, pues, en el artículo 1462; mas, al admitir el fallo su aplicabilidad, en el supuesto de que la cesión fuese una verdadera donación, ningún significado tiene en el recurso, como se vuelve a decir, porque la base fundamental de la sentencia permanece en pie.

B) Se desprende de lo anterior que no es posible la violación de los artículos 1443 y 1458 del Código citado, como consecuencia del alegado quebranto del artículo 1462.

C) Por último, sobre el mismo asiento hipotético con que el Tribunal invocó el artículo 1462, rearguye el recurrente incriminando a la sentencia error de hecho "en la interpretación de la prueba" sobre el costo de las obras ejecutadas, ya que éste no aparece demostrado en autos y siendo así que según la sentencia, el gravamen, situado el caso en dicho texto, cubriría la totalidad del bien cedido. No siendo aplicable el artículo 1462, como anteriormente se dijo, toda alegación que se formule a base de su aplicabilidad, carece de fundamento, y se repite que, aun cuando la acusación, desde el ángulo del citado artículo, fuese fundada —que no lo es— el fallo quedaría con la firmeza que le prestan sus demás razones.

No es, pues, infirmable la decisión recurrida.

No habrá condena en las costas del recurso, por las rectificaciones de carácter doctrinario.

DECISION:

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha nueve (9) de abril de mil novecientos sesenta (1960) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario seguido por Marceliano Mafla Llanos y otros contra el Municipio de Cali.

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

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

LESION ENORME EN LA DACION EN PAGO

Naturaleza jurídica de la dación en pago. Tres tesis diferentes. Analogía entre la dación en pago y la compraventa. Dación en pago y lesión enorme.

1.—Tres tesis se destacan en la doctrina jurisdiccional sobre la naturaleza de la figura de la dación en pago. Según ellas se trata de una novación de la primitiva obligación por una nueva, que el deudor satisface con la entrega de otra cosa; de un modo de extinguir las obligaciones equivalente al pago, con caracteres propios, o como una simple variación del pago; y de una compraventa, en que el deudor vende al acreedor la cosa que da en pago, por el crédito debido, que resulta compensado por el precio de la venta, a cargo del mismo acreedor.

2.—Hay un evidente interés en dilucidar el punto relativo a la naturaleza jurídica de la dación en pago, a efecto de resolver determinadas situaciones, tales como la del acreedor que resulta evicto o la cosa adolece de defectos internos, o hay un distanciamiento pecuniario notable entre el valor de la prestación debida y la cosa con que ha sido satisfecha, aparte de otros temas como son los referentes a la capacidad, a la acción pauliana y a los riesgos que la cosa pueda sufrir antes de la entrega.

3.—La dación en pago se presenta: Primero, con la convención entre un acreedor y un deudor de dinero u otra cosa o hecho, en virtud de la cual la prestación se satisface con la entrega de una cosa mueble o inmueble. Segundo, como acuerdo de voluntades, ya que sin el consentimiento del acreedor no puede el deudor operar ese cambio (artículo 1627 del C. C.), y además como forma objetiva que consiste en la entrega o tradición de la cosa que se da en pago. La DACION no se produce sino mediante acuerdo y entrega, la cual siempre ha de implicar tradición del derecho real. Tercero, como operación en que si la cosa que se da es mueble, pueden llegar a ser simultáneos acuerdo y tradición; si inmueble, no, porque la convención demanda escritura pública, que antecede necesariamente a la tradición, que sólo realiza el registro. Cuarto, como forma que no obstante satisfacer al acreedor y liberar al deudor, presenta desarrollos ulteriores sometidos a regímenes distintos, según la tesis que se adopte sobre la naturaleza de la dación y los textos que prevean esos desarrollos.

4.—En la tesis según la cual la dación en pago es una novación, no se ven con claridad ciertos puntos. Si se nova es para que una nueva obligación reemplace a la vigente, y viva por lo tanto, de manera que pueda ser extinguida después. Pero repugna que todo ello se ejecute en un instante, siendo así que han de verificarse hechos que necesariamente exigen un proceso cronológico, como son la desaparición del vínculo, la creación de otro y el fenecimiento de este último. Aparte de esto, el aniquilamiento de la primera obligación destruye sus garantías, con graves consecuencias para el caso de que la cosa sea evicta en manos del acreedor. Y en el evento de una marcada disparidad de valores entre la prestación satisfecha y el bien transferido, no hay posibilidad de que el deudor, como el acreedor, sean protegidos a causa de la lesión.

5.—Del mismo modo, la dación en pago se distancia profundamente del pago efectivo, porque en realidad no lo es, ya que no satisface la prestación tal como fue pactada. Si esa culminación natural y necesaria, el cumplimiento, se frustra, el nuevo vínculo no puede menos de ser la negociación de la obligación primitivamente contraída, pero la teoría del pago efectivo "no da cuenta de la convención que tiene lugar entre el acreedor y el deudor y que ha mudado el objeto de la deuda". De otra parte, los efectos ulteriores de la dación en pago, si el acreedor resulta evicto o la cosa contiene vicios ocultos, o una de las partes llega a sopurtar una lesión desproporcionada, no pueden resolverse de una manera que satisfaga la equidad.

6.—La tesis de la venta —dando una cosa por una prestación en dinero— ofrece la explicación lisa del fenómeno de la dación en pago, aparte de que el carácter de conmutativo que es propio de aquel contrato, le presta a la dación un fundamento axiológico preponderante. La tesis no afirma que la dación sea una compraventa, sostiene la semejanza entre tales actos, como enseñaron los romanos de la época justinianea, y más tarde Pothier al ver en la nueva prestación de dar, la cosa del contrato de venta, y el precio, a cargo del acreedor, en el crédito primitivo compensado con aquél.

7.—Dado el paralelismo existente entre los elementos esenciales de la compraventa y los que se destacan en la dación en pago de una cosa mueble o inmueble por un crédito de dinero, y el carácter conmutativo de ambas operaciones, la Corte reconoce que hay una clara analogía entre las expresadas convenciones, y que son aplicables, por tanto, las normas que rigen la venta y sus efectos, a la dación de cosas en pago de obligaciones de aquella especie.

8.—Consecuencialmente, el fenómeno de la dación en pago no puede sustraerse al estatuto de la lesión enorme de la venta. Por tanto al negar el Tribunal la acción de lesión enorme, la sentencia violó, por interpretación errónea, los artículos 1946 y 1947 del C. Civil, y por falta de aplicación, el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION CIVIL. — Bogotá, treinta y uno de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio de Julio Medina V. contra Celio Villalba.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, fechada el 24 de noviembre de 1959.

Recurrente: el actor.

— I —

ANTECEDENTES

1.—Por medio de escritura pública número 556, de 17 de agosto de 1951, de la notaría cuarta del circuito de Barranquilla, celebraron Celio Villalba, de una parte, y Julio Medina V., de otra, un contrato en virtud del cual el último hizo al primero dación de algunos inmuebles, en pago de varias obligaciones contraídas a su favor.

2.—En dicho contrato se hizo constar que Medina V. debía a Villalba, un total de $ 80.816.13. Para satisfacerle parte, por $ 57.956.13, se efectuó la dación aludida, con un saldo a su cargo de $ 22.800.00.

3.—La dación comprendió varios bienes raíces: a) una casa de material y azotea, situada en la ciudad de Ciénaga, crucero de la calle Cauca con el callejón Bogotá, en $ 12.448.85; b) una casa de material, tabla y techo de zinc, ubicada en la misma ciudad de Ciénaga, calle de Valledupar, en $ 2.000.00; c) una finca rural denominada "Dilia Esther", situada en el corregimiento de "Río Frío", del mismo Municipio de Ciénaga, en $ 24.454.47; d) los derechos de Medina V. en "la extensión de tierra que le sirve de asiento a la finca rural denominada "El Tagual", ubicada en la región de San Andrés de la Sierra Nevada, corregimiento de "Río Frío", del Municipio de Ciénaga, en la suma de $ 13.776.01; e) la mitad del globo de terreno llamado "El Paraíso", situado en el Municipio de Fundación, en $ 1.005.00; y f) unos bienes accesorios de las nombradas fincas de "El Tagual" y "Dilia Esther", en $ 4.271.80. Todo por un total de $. 57.956.13.

4.—Medina V. demandó a Villalba, en el juzgado cuarto civil del circuito de Barranquilla, con fecha 16 de abril de 1953, para que se declare que sufrió lesión enorme en la celebración del contrato a que se ha hecho referencia y se condene a Villalba a restituir los bienes enajenados; y subsidiariamente, para que se disponga que el demandado complete el precio justo de los bienes inmuebles, deducida una décima parte, y en todo caso las costas del juicio.

5.—Tanto la primera como la segunda instancia concluyeron con fallos desfavorables al actor. El del Tribunal Superior de Barranquilla, fechado el 24 de noviembre de 1959, ha sido recurrido en casación por el mismo contendiente, y en la presente sentencia se decide el recurso:

- II -

LA SENTENCIA ACUSADA

6.—La sentencia niega que según la legislación colombiana exista, en la dación en pago, la acción de lesión enorme. Expone las diferentes tesis que se han sostenido acerca de la naturaleza de esa forma jurídica, y se decide por la tesis que ve en ella un pago individualizado, con distintivos propios.

- III -

LA DEMANDA DE CASACION

Se acusa el fallo de violación de los artículos 1627, 1946, 1947 y 1953 del C. C. y 8º de la Ley 153 de 1887, el primero por interpretación errónea y los demás por falta de aplicación o violación directa específica.

7.—En desarrollo del cargo por errónea interpretación del artículo 1627, dice el recurrente que "desde luego, la dación en pago no es fenómeno igual a la compraventa, pero a ella se extienden muchas de las reglas de la venta, por analogía", "y en especial, como dice Josserand, remitiéndose a Enecceurs, las relativas al saneamiento por evicción de vicios de derecho como de vicios redhibitorios", y después agrega:

"Pero como faltando regulación específica sobre la dación, como ocurre en la legislación colombiana, debe acudirse a la analogía conforme al artículo 8º de la Ley 153 de 1887, no es posible entre nosotros eliminar para la dación en pago los artículos de la venta, pues son los que más se le aproximan, combinados, creo yo, con los que configuran la permuta, puesto que en última viene a cambiarse un crédito por un bien concreto.

"Así las cosas, no se ve la razón de equidad para dar cabida únicamente a las disposiciones que favorecen al adquirente y no a las que puedan beneficiar al tradente. Es injurídico dentro de la orientación de equidad que inspira las tendencias contemporáneas, en el campo del factor subjetivo en los negocios jurídicos, solamente dar entrada a los principios sobre vicios redhibitorios y evicción que parece que no se rechazan sino se acogen sin discusión, y por otra parte negar acceso a la lesión enorme que constituye una defensa del tradente o aun del adquirente en los sistemas legislativos complejos como el que nos rige al respecto.

"..... ....

"La dación en pago, es desde luego un hecho jurídico complejo, más concretamente, un acto jurídico, y se ha dicho que guardando similitud con la venta el deudor que la hace 'es obligado a la garantía por la evicción y por los vicios de la cosa, según las normas de la venta'.

"Por lo dicho los dos fenómenos se equiparan según la teoría tradicional, hasta el extremo de identificarse 'cuando una de las partes se obligue a transferir la propiedad de una cosa a la otra y esta última se obligue a recibirla así como a pagar por ella un precio cierto en dinero'.

"..... ....

"De lo expuesto deduzco: a) Que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 1627 del C. C. así como el 2407 ibidem en cuanto al concepto sobre dación en pago, pues no le dio el alcance que tiene en cuanto a sus similitudes con la compraventa; b) que violó por inaplicación el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, pues no aceptó aplicar a la dación en pago las normas de la compraventa, fenómeno análogo; c) que violó los artículos 1946, 1947 y 1953 del C. C. por no haberlos aplicado a la dación en pago, siendo así que le son aplicables como quedó expuesto, ya que existe igual razón que para su operancia en el contrato de compraventa o en el de permuta".

SE CONSIDERA:

8.—La doctrina jurisprudencial ha seguido entre nosotros esta trayectoria:

La casación de 16 de septiembre de 1909 (XIX, 962 y 963, 198), enseña que las "diferencias ac-

identales que separan la compraventa de la dación en pago no son suficientes a destruír la similitud perfecta que guarda la naturaleza íntima y jurídica de estos dos fenómenos. La cosa dada en pago ocupa el lugar de la cosa vendida, y la suma que se paga ocupa el lugar del precio pagado por el comprador. Las responsabilidades y prestaciones entre las partes son las mismas en ambos actos, y sólo es notable el distinto derecho que determina cada uno de esos actos cuando la cosa dada en pago no es de quien la da, o cuando dicha cosa, llegado el caso, es materia de restitución por quien la recibe".

Según la de 28 de mayo de 1919 (XXIII. 1149 y 1150. 21), la dación en pago es fenómeno distinto del pago por consignación o por novación.

De acuerdo con la de 4 de diciembre de 1925 (XXXII. 1659 y 1660. 130), la dación en pago es una forma de pago que extingue las obligaciones, aunque no se halle incluída expresamente entre los modos de extinguirlas, que de manera aparentemente taxativa, enumera el artículo 1625 del C. C.

La de 24 de mayo de 1926 (XXXII. 1685 y 1686. 331) reza que "la extinción de una obligación por dación en pago tiene lugar cuando, por acuerdo mutuo entre el deudor y el acreedor, éste recibe en pago, en lugar de la suma o cosa que debe, otra cosa equivalente". "Si la dación —agrega— se hace en lugar de una suma de dinero, es sabido que tal acto constituye una venta y se rige por las leyes relativas a este contrato".

Para la de 24 de marzo de 1943 (LV. 1908 y 1909. 247), mencionada en la sentencia del recurso, "la dación en pago tiene una naturaleza jurídica, una fisonomía propia, dentro de la cual el carácter predominante es su equivalencia con la solución o pago efectivo, esto es, constituye propiamente una manera de extinguir obligaciones.

"Como modalidad de pago no puede confundirse la dación en pago con la venta, hasta el extremo de entender que puedan asociarse estos dos fenómenos jurídicos para tratarlos como el caso de la doble venta que gobierna el artículo".

La de mayo 12 de 1944 (LVII. 2010. 368) considera que "hay una mutación en el objeto, que implica una verdadera novación. Pero sea o no que esta manera extintiva se hubiera realizado, es lo cierto que se pactó el cambio en cuanto al objeto de la obligación, y surgió al respecto otra, a saber: por parte de Dávila, traspasar al Banco en dominio y propiedad, unas acciones; por parte del Banco, aceptar este traspaso como causa extintiva de las obligaciones de aquél para con éste".

Y la fechada el 24 de junio de 1953 (LXXXV. 2130. 368) estima que la dación en pago es el mismo pago.

9. -No se pronunció con los recursos a que estas decisiones se refieren el punto de si hay lugar a lesión enorme en la dación en pago; así que no se ha pronunciado la Corte acerca de la cuestión que se ventila en esta litis y es objeto del recurso extraordinario. Se refieren algunas de ellas a la naturaleza de la dación en pago, para mirarla como novación; o como pago con fisonomía propia, o mera modalidad del pago efectivo, o como figura análoga y aun idéntica a la venta, de manera que no ha sido ajena la doctrina jurisprudencial a la controversia que de tiempo atrás se ha sostenido.

10.—Tres tesis se destacan sobre la naturaleza de esta figura. Según ellas, se trata de una novación de la primitiva obligación por una nueva, que el deudor satisface con la entrega de otra cosa; de un modo de extinguir las obligaciones equivalente al pago, con caracteres propios, o como una simple variación del pago; y de una compraventa, en que el deudor vende al acreedor la cosa que da en pago, por el crédito debido, que resulta compensado por el precio de la venta, a cargo del mismo acreedor.

La mayoría de las legislaciones no regula la dación en pago, pero casi todas autorizan al deudor para pagar con otra prestación, si el acreedor consiente. El Código Civil Colombiano, al preceptuar en su artículo 1627 que "el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le debe ni aun a pretexto de ser de igual o de mayor valor la ofrecida", admite que con la aquiescencia del primero puede el deudor pagar con otra cosa; los artículos 1971, ordinal 2º, y 2407 del C. C. la contemplan en dos casos particulares y el 66 de la Ley 63 de 1936, alude a ella al tratarla como donación para efectos tributarios sucesorales. Algunos códigos civiles la mencionan de paso, como el francés (1595, 1701) y el español (1521 y 1636). Otros, la someten, en cuanto a determinados efectos, a las reglas de la venta, como el alemán (365), y algunos, en la totalidad de sus consecuencias, como el del Brasil (995 y 996), el argentino (781, 2114 y 2130) y el uruguayo (1491). Entre nosotros Jaime Rodríguez Fonnegra y Arturo Valencia Zea propugnan la tesis de la novación ("El Contrato de Compraven-

ta", número 220 y siguientes, 1ª ed. y "Curso de Derecho Civil Colombiano". VI. número 646 1ª ed.). De modo que hay un evidente interés en la jurisprudencia y en la doctrina por dilucidar el punto, en aquellos casos en que la ley no adopta una concepción específica, a efecto de resolver determinadas situaciones, tales como la del acreedor que resulta evicto o la cosa adolece de defectos internos, o hay un distanciamiento pecuniario notable entre el valor de la prestación debida y la cosa con que ha sido satisfecha, aparte de otros temas que son los referentes a la capacidad, a la acción pauliana y a los riesgos que la cosa pueda sufrir antes de la entrega.

11.—La dación en pago se presenta;

Primero, como la convención entre un acreedor y un deudor de dinero u otra cosa o hecho, en virtud de la cual la prestación se satisface con la entrega de una cosa mueble o inmueble.

Segundo, como acuerdo de voluntades, ya que sin el consentimiento del acreedor no puede el deudor operar ese cambio (1627), y además, como forma jurídica objetiva, que consiste en la entrega o tradición de la cosa que se da en pago. La dación no se produce sino mediante acuerdo y entrega, la cual siempre ha de implicar tradición del derecho real.

Tercero, como operación en que si la cosa que se da es mueble, pueden llegar a ser simultáneos acuerdo y tradición; si inmueble, no, porque la convención demanda escritura pública, que antecede necesariamente a la tradición, que sólo realiza el registro.

Cuarto, como forma que no obstante satisfacer al acreedor y liberar al deudor, presenta desarrollos ulteriores sometidos a regímenes distintos, según la tesis que se adopte sobre la naturaleza de la dación o los textos que prevean esos desarrollos.

12. — No es tarea simple elegir un rumbo en donde se cruzan derroteros opuestos aun en la interpretación de un mismo fenómeno legal, como acontece en el derecho francés, por ejemplo, para cuyos intérpretes se trata de una novación (Josserand "Cours" II número 927 ed. 1933); o de "un pago excepcional, conforme a la tradición del antiguo derecho francés" (H. L. y J. Mazeaud. "Lecciones de Derecho Francés". Parte 2ª-III, número 895. Trad. de Alcalá Zamora y Castillo); o de una figura semejante a la venta (Colin y Capitant, "Cours Elementaire" II. p. 511 6ª ed.).

A) En la tesis de la novación no se ve con claridad la sustitución de la antigua obligación por una nueva que se extingue a la vez, de modo que hayan de realizarse tres fenómenos simultáneos: la extinción de la primera deuda, el nacimiento de la segunda y la cancelación de esta misma. Si se nova es para que una nueva obligación reemplace a la vigente, y viva, por lo tanto, de manera que pueda ser extinguida después. Pero, repugna que todo ello se ejecute en un instante, siendo así que han de verificarse hechos que necesariamente exigen un proceso cronológico, como son la desaparición de un vínculo, la creación de otro y el fenecimiento de este último. Según H. L. y J. Mazeaud, "la dación en pago no constituye la sustitución de una obligación por otra; consiste en la entrega de una cosa en lugar de la prestación debida; no crea una obligación nueva; extingue definitivamente toda obligación". (Ob. y tº cit. número 890).

Esto aparte, el aniquilamiento de la primera prestación destruye sus garantías, de suerte que si la cosa es evicta en manos del acreedor, la primitiva obligación no podría revivir, y la nueva, que sí renacería, no podría gozar de las seguridades de aquélla. Y en caso de una marcada disparidad de valores entre la prestación satisfecha y el bien transferido, a lo cual son propicias con mucha frecuencia las circunstancias en que la dación se verifica, no hay posibilidad de que el deudor, como el acreedor, sean protegidos a causa de la lesión.

B) La tesis de la forma de pago con rasgos propios, o como simple modalidad del pago efectivo, se distancia profundamente de éste, porque en realidad no lo es, ya que no satisface la prestación tal como fue pactada. El proceso de la obligación creada por el hecho del hombre, no puede tener sino un punto de culminación natural y necesaria: el cumplimiento, tal como fue convenido, de forma que si esa culminación se frustra, un nuevo vínculo, por serlo, viene a ser la negación de la obligación primitivamente contraída. "Pago anormal" lo llaman algunos tratadistas, y para Josserand "esta aplicación es demasiado simplista: no da cuenta de la convención que tiene lugar entre el acreedor y el deudor y que ha mudado el objeto de la deuda". (Ob. y tº cits. número 927). Y como en el caso que antecede, los efectos ulteriores de la dación, si el acreedor resulta evicto o la cosa contiene vicios ocultos, o una de las partes llega a soportar una pérdida desproporcionada en relación con el equilibrio que debe balancear las prestaciones, no pueden resolverse de una manera que satisfaga la equi-

dad, factor éste que no debe ser ajeno a la dación en pago.

C) La tesis de la venta —dando una cosa por una prestación en dinero— ofrece la explicación llana del fenómeno, aparte de que el carácter de conmutativo que es propio de dicho contrato, le presta a la dación un fundamento axiológico preponderante. Nuevas legislaciones, como antes se dijo, han consagrado esta figura explícitamente, reconociéndole todos los efectos de la venta, o algunos de los más importantes.

Esta tesis no afirma que la dación sea una compraventa, no obstante los puntos de contacto entre las dos, al extremo de que es difícil demarcar las disparidades que las separan. Esta tesis sostiene la semejanza entre tales actos, como enseñaron los romanos de la época justinianea, y más tarde Pothier al ver en la nueva prestación de dar, la cosa del contrato de venta, y el precio, a cargo del acreedor, en el crédito primitivo compensado con aquél. (V. Jaime Rodríguez Fonnegra. Ob. cit. número 218).

13.—Planiol, Ripert y Esmein, para quienes se trata de una novación, no niegan la analogía existente entre la dación en pago y la venta, ni la presencia en la primera de algunos elementos de la última: la obligación de dar y el carácter oneroso; ni tampoco la tendencia de tratar determinados desarrollos de la dación, según los ordenamientos del mencionado contrato, referentes al privilegio del deudor-vendedor en caso de que el acreedor-comprador deba pagar un saldo excedente; a la rescisión por lesión enorme; al saneamiento por evicción o por vicios internos de la cosa, si bien advierten que por ello "todas las reglas de la venta no puedan sin embargo ser aplicadas en bloque" (Traité Theorique y Pratique de Droit Civil Francaise. VIII. números 1250 y 1253, ed. 1931). Blas Pérez González y José Alguer, al traducir y anotar el tomo II, vol. 1º ("Derecho de Obligaciones") de Enneccerus y Lehmann, ed. 1933, dicen que en su concepto "es aplicable al código español —que no determina la naturaleza de la dación, ni le asigna efecto alguno de la venta— la construcción del texto alemán, según la cual el convenio sobre la *datio in solutum* es un contrato oneroso de enajenación", al cual le "son aplicables por analogía las reglas de la compraventa". Jaime Santos Briz hace igual observación al respecto al mismo código de España, al anotar en la obra de J. W. Hademann: "Este paralelismo (entre la dación en pago y la venta) aparece en los artículos citados (1521 y 1636 del C. Civil español)", que apenas menciona la dación. ("Tratado de Derecho Civil", vol. III, número 24. III. Nota de la p. 194, ed. española 1958).

Hademann, ya nombrado, afirma que "la dación en pago no es una verdadera compraventa; pero el deudor responde como un vendedor por los eventuales vicios jurídicos de la cosa". (Obra, vol., número y pág. cit.).

Claro Solar, al hacer referencia a esta figura en el Derecho romano y el antiguo Derecho francés, dice:

"Cuando la dación en pago consiste en dar una cosa por una cantidad de dinero, *rem pro pecunia*, se alega la analogía que existe entre ella y la compraventa. En verdad, en la dación en pago, la operación es poco más o menos la misma que si el deudor vendiera su cosa al acreedor mediante un precio igual al monto de la deuda. El acreedor debe hacerse propietario de la cosa; y la deuda se extingue por compensación con el precio. Por eso el Derecho romano, a propósito de la *datio in solutum* había formulado la regla que *ejus medi contractus vicem venditionis obtinet* y Pothier decía que 'este acto es muy parecido al contrato de venta. La cosa que es dada en pago ocupa el lugar de la cosa vendida; y la suma en pago de la cual la cosa es dada hace las veces de precio'". ("Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", tº 11, número 1677).

H. L. y J. Mazeaud, para quienes se trata de un pago particular o excepcional, en la citada obra, número 899, consideran "que la dación en pago, en otros aspectos también, coloca al 'solvens' y al 'accipiens' en la situación de un vendedor y de un comprador".

Para el caso en que el valor de la cosa sea mayor y quede, por tanto, un saldo a favor del deudor, dicen: "Si se ha pactado, por tener el objeto dado en pago un valor superior al importe del crédito, que el *accipiens* abonaría diferencia al *solvens*, este último se beneficia del privilegio del vendedor para cobrar el saldo".

La situación de que la cosa entregada resulte evicta, la resuelve así: "Cuando el *accipiens* sufra la evicción, o cuando la cosa esté afectada por vicios ocultos, dispone el *accipiens*, al igual que el comprador, de la acción de garantía por vicios ocultos y de la acción por evicción? Si se otorgan esas acciones el *accipiens*, no sólo podrá recobrar su crédito, sino obtener el abono de daños y perjuicios y conservar los frutos que haya percibido. Si, al analizar la dación en pago como un

simple pago, se niega el acudir a las reglas de la compraventa, el **accipiens** que sufra la evicción estará en la situación de un acreedor que ha realizado un pago nulo; no podrá obtener más que el cumplimiento de su crédito. Parece que hay que pronunciarse a favor de la acción de garantía. Negarse a ello sería descuidar uno de los aspectos de la dación en pago, que es un acuerdo de voluntades relativo al pago; el **solvens** se compromete a garantizar la propiedad de la cosa y la ausencia de vicios ocultos".

Relacionando la dación con la acción pauliana, dicen: "Los acreedores del **solvens** pueden impugnar la dación en pago por medio de la acción pauliana, cuando el **solvens**, en fraude de sus derechos, ha hecho salir de su patrimonio el objeto dado en pago? La acción pauliana no se concede contra los pagos (cfr. infra, número 985); pero sí contra las enajenaciones. Para la Corte de casación (Re., 24 de enero de 1900; cfr. infra. Lecturas, II; Req., 9 de mayo de 1910; D. 1910. 1942), el carácter de compraventa prevalece; los acreedores pueden invalidar las daciones en pago fraudulentas a ese respecto".

Y refiriéndose a la lesión enorme: "Cuando el objeto dado en pago es un inmueble, y la dación en pago entraña para el **accipiens** una lesión de más de los siete doceavos, se le reconoce la acción rescisoria por lesión". (Ha subrayado la Sala).

14.—La analogía entre la dación en pago de una cosa por un crédito de dinero, y la venta, es generalmente reconocida, sin exceptuar a quienes se pronuncian por la tesis del pago o de la novación. Se habla de analogía, no de identidad. Si se tratara de identidad el problema no existiría, y no hay jurisprudencia ni doctrina que la sostenga. Debe tomarse en este sentido la expresión de "similitud perfecta" que emplea la citada casación de esta Corte, de 16 de septiembre de 1908, y la de que si la dación se hace por un crédito en dinero, "tal acto constituye una venta", de que se vale la sentencia de 24 de mayo de 1926, también mencionada anteriormente.

La ley civil no ha definido la naturaleza de la dación en pago; tampoco ha regulado expresamente todos sus efectos; es decir, no hay ley exactamente aplicable al caso aquí controvertido, en el cual se discute sobre el alcance jurídico de la dación en pago, y en concreto si en ella funciona la acción de la lesión enorme.

Mas, dado el paralelismo existente entre los elementos esenciales de la compraventa y los que se destacan en la dación en pago de una cosa mueble o inmueble por un crédito de dinero, y el carácter conmutativo de ambas operaciones, la Corte, sin desconocer a las demás tesis expuestas el mérito de sus fundamentos, y siguiendo la enseñanza de algunos de sus fallos, reconoce que hay una clara analogía entre las expresadas convenciones, y que son aplicables, por tanto, las normas que rigen la venta y sus efectos, a la dación de cosas en pago de obligaciones de aquella especie.

La Corte se apoya para ello en la disposición del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que así provee a la función de la doctrina como fuente de Derecho Positivo, encargada de actualizar la ley y renovar la jurisprudencia.

15.—Consecuencialmente, el fenómeno de la dación en pago no puede sustraerse al estatuto de la lesión enorme de la venta. Ha sido llamada la dación en pago "convenio oneroso de enajenación", y algunas decisiones de esta Corte destacan la equivalencia que debe existir entre el crédito debido y la cosa que se entrega, de manera que cuando al carácter **onereso** se agrega la virtud de la equivalencia, se produce el rasgo conmutativo sustancial de la dación en pago, o sea, el equilibrio económico de las prestaciones, el cual se manifiesta y sanciona, en un primer plano, en el contrato de compraventa, por medio de la acción de lesión enorme, en materia de inmuebles, y, después de las demás figuras jurídicas en que está consagrada, signo en todas ellas del afán de la ley en asegurar ese equilibrio sin menoscabo de una mesurada libertad contractual. Así, en la partición (1405), el mutuo remunerado (2231) y la anticresis (2466). El artículo 1601 trae una norma reguladora de la pena convenida por las partes, en las condiciones allí prescritas, y aun deja a la prudencia del juez la facultad de moderarla en determinados casos, con mira al mismo propósito. Y la jurisprudencia de la Corte ha aplicado las reglas sobre la lesión enorme, al contrato de permuta, como puede verse en las casaciones de 13 de marzo de 1958 (LXXXVII. 2194. 445) y 28 de enero de 1959 (XC. 2207 a 2208. 8).

Estos ordenamientos tienden a lograr en los actos jurídicos el imperio de una justa simetría entre las prestaciones que de ellos se originan a cargo de los contratantes, dada la supradicha calidad de ser conmutativos, y con un mayor acento sin duda en el contrato de venta.

16.—Por tanto, al negar el Tribunal la acción de lesión enorme, promovida en el presente negocio por quien como deudor traspasó varios bienes raíces a su acreedor, la sentencia viola, por interpretación errónea los artículos 1946 y 1947 del C. C., y por falta de aplicación, el 8º de la Ley 153 de 1887, y debe en consecuencia, pronunciarse la casación.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Admitido así, en principio, el ejercicio de la acción rescisoria de lesión enorme en este proceso, y en vista de que los dictámenes periciales rendidos para señalar el valor que tenían, a la época de la dación en pago, los inmuebles especificados en los apartes a), b) y c) del hecho primero de la demanda se hallan en la situación prevista en el inciso segundo del artículo 721 del C. J., ya que las diferencias entre las cantidades extremas señaladas exceden de un cincuenta por ciento de las menores, el juzgador tiene dos caminos: hacer la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso; o decretar de oficio otro avalúo.

La dación en pago que se hizo constar en escritura pública número 556, de 17 de agosto de 1951, de la notaría cuarta del circuito de Barranquilla, comprendió varios bienes raíces: a) una casa ubicada en la ciudad de Ciénaga, en el crucero de la calle Cauca con el callejón Bogotá, estimada por las partes en $ 12.448.85); b) otra casa también situada allí, en la calle Valledupar, en $ 2.000.00; c) una finca rural de nombre "Dilia Esther", ubicada en el corregimiento de Río Frío del mismo Municipio de Ciénaga, en la suma de $ 24.454.47; d) unos derechos en la finca de "El Tagual", situada en el corregimiento y el Municipio nombrados, en $ 13.776.01; y e) los derechos proindivisos del otorgante Julio Medina V. en los terrenos denominados "El Paraíso", de la jurisdicción del Municipio de Fundación, en $ 1.005.00.

Con respecto al primero de los bienes relacionados, uno de los peritos principales lo avaluó en $ 15.000.00; el otro en $ 30.000.000, y el tercero en $ 29.500.00. La diferencia entre los dos extremos es de $ 15.000.00, que excede de $ 7.500.00, que es la mitad de la cantidad menor.

A la finca rural "Dilia Esther" le señalaron los peritos principales, respectivamente, $ 20.425.00 y $ 52.600.00, y el tercero $ 51.050.000, de modo que la diferencia entre los extremos, de $ 32.175.00, excede igualmente a la mitad de la suma menor.

En cuanto a los derechos en el fundo "El Tagual", los expertos principales los estimaron en $ 8.890.00 y $ 30.000.00, respectivamente, y el tercero en la suma de $ 30.600.00; la diferencia de $ 21.710.00 entre las sumas extremas también sobrepasa el cincuenta por ciento de la cantidad menor.

De manera que respecto de los avalúos de estos tres bienes concurren las circunstancias contempladas en el citado artículo 721 del C. J., y haciendo uso de la facultad allí consagrada y considerando las notables diferencias entre los avalúos extremos, por una parte, y por otra, la ausencia en el proceso de datos suficientes que le permitan a la Corte hacer unas estimaciones equitativas, es el caso de recurrir a un nuevo avalúo por peritos designados de acuerdo con aquella disposición.

DECISIÓN:

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, CASA la sentencia de fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por Julio Medina V. contra Celio Villalba, y como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

Antes de dictar sentencia en este negocio, se ordena practicar un nuevo avalúo de los bienes determinados en los apartes marcados con las letras a), b) y c) del hecho tercero de la demanda inicial del presente juicio (fl. 1 del cuaderno principal).

El avalúo debe referirse al tiempo en que fue otorgada la escritura de dación en pago (agosto de 1951), y los emolumentos de los peritos y demás gastos a que haya lugar los cubrirán las partes por igual.

Nómbrase peritos a los señores doctor Santiago Zúñiga y Rafael Borelly.

Comisiónase al Tribunal Superior de Barranquilla para posesionar a los peritos, recibir la prueba y señalarles sus honorarios, y para reemplazarlos en los casos de la ley.

Para el cumplimiento de esta comisión señálase el término de dos (2) meses y el doble de la distancia.

Al efecto remítase el expediente original al Tribunal comisionado.

Publíquese, cópiese, notifíquese y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

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

ACCION DECLARATORIA DE DOMINIO Y RESTITUTORIA DE UN PREDIO RUSTICO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION CIVIL. — Bogotá, treinta y uno de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

En la demanda principal dirigida por la vía ordinaria contra Lucas Rozo, el actor Silvano Rodríguez pidió que se le declarara dueño del terreno denominado El Llano, sección de Herreras, Municipio de Choachí, donde se encuentra enclavada la parcela que posee el demandado Rozo, de quien el libelo pide asimismo la restitución, con los frutos desde "mediados de 1931 en adelante", además de las costas procesales.

Lucas Rozo, no sólo contradijo sino que reconvino para que se declarara la simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura 172 del 21 de marzo de 1931 extendida ante el Notario de Fómeque; que los inmuebles y mejoras a que se refiere ese instrumento no salieron del patrimonio de Lucas Rozo para ingresar al patrimonio de Silvano Rodríguez; y para que, en consecuencia, se ordenara al Notario de Fómeque y al Registrador de Cáqueza las respectivas cancelaciones. En subsidio pidió la resolución del mismo contrato. Y en todo evento, la condenación en costas.

Finalizó el primer grado procesal el 20 de junio de 1956 con pronunciamiento emitido en los términos siguientes:

"1º—Niéganse (sic) la excepción propuesta por el apoderado del demandado, referente a petición de un modo indebido, por no haber sido probada;

"2º—Niéganse las súplicas contenidas en los puntos 1º, 2º y 3º de la contrademanda, sobre simulación del contrato contenido en la escritura número 172 del 21 de marzo de 1931 de la Notaría de Fómeque, por la cual Lucas Rozo vendió a Silvano Rodríguez las fincas relacionadas en él;

"3º—Niégase la acción subsidiaria sobre resolución del contrato contenido en la escritura mencionada;

"4º—Absuélvese a Silvano Rodríguez de los cargos a que se refieren las súplicas contenidas en los puntos 1º, 2º y 3º y a (sic) la acción subsidiaria de que tratan los anteriores numerales;

"5º—No dar (sic) probada la excepción sobre petición de un modo indebido, propuesta por el actor Rodríguez o su apoderado contra la demanda de reconvención, por no hallarse probada en autos;

"6º—Negar las súplicas de la demanda principal propuesta por el señor Silvano Rodríguez contra Lucas Rozo, mayores y vecinos de Choachí, contra la reivindicación del terreno a que se refiere la parte primera de dichas súplicas, por ende absuelto el demandado Rozo Lucas, de los cargos formulados en dicha demanda;

"7º—Declarar probada la EXCEPCION SOBRE PRESCRIPCION adquisitiva, a favor del señor Lucas Rozo, de las condiciones civiles anotadas, y por consiguiente prescrita la acción intentada por el demandante Silvano Rodríguez.

"En consecuencia:

"Declárase la usucapión de la cuota parte que se pide en la reivindicación a favor de Lucas Rozo, ya citado, del lote de terreno que dentro del globo determinado en la primera súplica de la demanda principal, denominado El Llano y que actualmente posee el expresado Rozo, situado en la sección de Herreras, jurisdicción del Municipio de Choachí y comprendido dentro de los siguientes linderos especiales: 'Por un costado, con terreno que es hoy de Miguel Pardo, separa chorro y arboleda; por otro, con terrenos que son hoy de Federico Novoa y Antonio Guevara; sigue luego con de Abraham Rodríguez, separan cercas; y por último costado, con el resto de la finca El Llano de propiedad de Silvano Rodríguez'. Basado este decreto en la comprobación de

la posesión adquisitiva del dominio por más de treinta años, a favor del expresado Lucas Rozo.

"3º—Regístrese esta sentencia en el libro respectivo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Cáqueza;

"4º—Condénase al demandante Rodríguez a los perjuicios que haya podido causar al demandado Rozo, con la inscripción de esta demanda, condenación que se hace en abstrato;

"10.—Condénase en costas al demandante".

Fue abierta la segunda instancia por apelación del actor, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 14 de junio de 1960, resolvió así:

"1º—**Revócanse** los numerales 6º, 7º, 8º, 9º y 10º de la parte resolutiva de la sentencia apelada de fecha 20 de junio de 1956, y **confírmanse** los demás numerales de la misma resolución de ese fallo.

"2º—**Declárase** que el actor Silvano Rodríguez es dueño del globo de terreno denominado **El Llano**, del Municipio de Choachí, alinderado en la primera súplica de la demanda principal.

"3º—Declárase que el mismo demandante Silvano Rodríguez es dueño del lote de terreno que forma parte integrante del anteriormente mencionado, comprendido dentro de los linderos especificados en la súplica segunda de tal demanda, que es objeto de la acción principal.

"4º—**Condénase** al demandado Lucas Rozo a entregar al actor Silvano Rodríguez, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el lote de terreno individualizado en el punto inmediatamente anterior, junto con sus mejoras y anexidades.

"5º—**Ordénase** al actor (Rodríguez) pagar al demandado vencido el valor de las mejoras útiles puestas en el inmueble antes de la contestación de la demanda y el de las expensas necesarias empleadas en la conservación del mismo. La valoración de esas expensas y mejoras se hará dentro del procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

"6º—**Condénase** al demandado a pagar al actor Silvano Rodríguez, dentro de los cinco días siguientes al de la ejecutoria de esta sentencia, el valor de los frutos civiles y naturales producidos por el lote de terreno que debe restituir según avalúo pericial, así: desde el año de 1931 hasta el mes de noviembre de 1955, a razón de $ 37.00 m. c. mensuales; y, desde el mes de noviembre de dicho año de 1955 en adelante, hasta el día de la entrega del predio, a razón de $ 60.00 m. c. mensuales.

"7º—**Ordénase** la cancelación del registro de la demanda. Líbrese oficio correspondiente.

"8º—**Condénase** al demandado Lucas Rozo a pagar al actor las costas procesales de la primera instancia, las cuales serán liquidadas por el Juzgado del conocimiento.

"9º—**Sin costas** en el recurso".

Incumbe a la Corte decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada.

LA SENTENCIA DE INSTANCIA

Por lo que hace a la titularidad para reivindicar cuerpo cierto, el sentenciador la encontró demostrada con las escrituras mediante las cuales Silvano Rodríguez adquirió todas las fracciones proindiviso adjudicadas a los asignatarios en la sucesión de Manuel Pardo C., protocolizada el 25 de abril de 1922, bajo el número 261 en la Notaría de Fómeque, y corroborada por certificación del Registrador de Cáqueza. En lo que respecta a posesión, la halló admitida por el demandado en la respuesta de la demanda, así como también probada "en forma más explícita en la diligencia de inspección ocular". Y en este mismo medio halló la prueba de la identidad del objeto cuya restitución se pide con el poseído por el demandado.

Cuanto a las excepciones propuestas, conviene destacar estos pasos del fallo:

"La segunda excepción denominada por el reo **'ilegitimidad sustantiva de la demanda'** la hace consistir en que el demandante Silvano Rodríguez no es dueño de la totalidad del fundo **El Llano**, puesto que en su sentir la heredera María Pascuala Pardo de Parra no le había vendido a aquél sino sus derechos vinculados en el inmueble **El Llano**, pero no los derechos sucesorales que se le habían adjudicado en la misma sucesión de su padre, en común y proindiviso con su madre y hermanos, pero esa afirmación resulta completamente desvirtuada con el contexto mismo de la escritura número 295 de 1934 de la Notaría de Gachetá y por las hijuelas de la partición en la sucesión de Manuel Pardo en que sólo

aparece como único el predio El Llano en el que se les adjudicaron los citados derechos a Pascuala y demás herederos. Luego como dueño absoluto Rodríguez de tal fundo, bien podía incoar —como lo hizo— la demanda en este pleito, a su propio nombre".

LA ACUSACION

Por dos aspectos atinentes a la causal 1ª se formula censura al fallo de instancia:

I.—Silvano Rodríguez no ha demostrado ser dueño exclusivo del predio de El Llano, que comprende la parcela reivindicada. Y el Tribunal al declarar la identidad del terreno de que trata la escritura pública 295 del 15 de mayo de 1934, Notaría de Gachetá (venta hecha por María Pascuala Pardo de Parra en favor de Silvano Rodríguez) con el predio alinderado en la súplica primera de la demanda, para concluir que el actor puede reivindicar, "incurrió en evidente error de hecho en la apreciación de esa escritura 295 de la Notaría de Gachetá, de las copias de las hijuelas formadas en el juicio de sucesión de Manuel Pardo C., de las súplicas 1ª y 2ª de la demanda; desconoció los preceptos de los artículos 1759 y 2594 del Código Civil, que imponen el acatamiento de las alinderaciones de predios que se hagan en los instrumentos públicos y quebrantó, por efecto de esos yerros, las disposiciones de los artículos 946 y 950 del mismo Código, por indebida aplicación al caso del pleito".

Afirma el recurrente que basta la simple lectura de esas piezas para llegar al convencimiento de que las alinderaciones son totalmente distintas "y de que por ende describen predios diferentes". De lo cual deduce que María Pascuala conserva su derecho, continúa la indivisión y Rodríguez no puede reivindicar como titular por el todo.

II.—Se refiere además a que la escritura 123 de 1º de marzo de 1936, Notaría de Fómeque, en que aparece la venta que de su derecho hace Manuel Ignacio Pardo a Silvano Rodríguez, no llegó al expediente en oportunidad procesal, puesto que el actor la introdujo cuando corría el término para alegar en primera instancia. Y agrega:

"Ese documento carece, pues, de todo mérito o valor probatorio en el litigio y por lo tanto, no sirve para acreditar la adquisición por parte de Silvano Rodríguez de los derechos que en el predio común en referencia tenía Manuel Ignacio Pardo. Y como a pesar de esto el Tribunal dio por probada tal adquisición para reconocerle la acción reivindicatoria que instauró, se concluye que en la apreciación de ese elemento del proceso incidió en error de derecho e infringió por falta de aplicación el mentado artículo 597 del Código Judicial, así como el artículo 686 de la misma obra, que señala las normas a seguir para hacer allegar eficazmente a los autos los instrumentos públicos no acompañados a la demanda, o a los memoriales sobre excepciones, las cuales no fueron cumplidas aquí.

"Ahora bien, descartada esta adquisición de los derechos de Manuel Ignacio Pardo, la comunidad que surgió por las adjudicaciones en el juicio de sucesión de Manuel Pardo C., no resulta extinguida por el modo invocado aquí, o sea el contemplado en el numeral 1º del artículo 2340 del Código Civil, vale decir, por la reunión de las cuotas de todos los comuneros en una sola persona —don Silvano Rodríguez en nuestro caso—, ni aun en la hipótesis, inaceptable, pero que planteo en gracia de razonamiento, de que pudiera considerarse que el dicho don Silvano sí es dueño del derecho o cuota de María Pascuala Pardo de Parra. Y subsistiendo la indivisión, como susbistente dentro de este proceso, don Silvano Rodríguez no resulta legitimado en causa para demandar en propio nombre, como lo ha hecho, la entrega del terreno que le reclama al demandado sobre la base de que es parte integrante del predio común".

Desprende así violación del ordinal 1º, artículo 2340 y quebranto de los artículos 946 y 950 del Código Civil "por indebida aplicación".

SE CONSIDERA:

1.—Si por la escritura 295 de 15 de mayo de 1934, Notaría de Gachetá, María Pascuala Pardo de Parra trasfirió por venta a Silvano Rodríguez "los derechos que tiene y le corresponden en la sucesión de su finado padre legítimo Manuel Pardo... vinculados en un terreno denominado El Llano, ubicado en la sección de Herreras de la jurisdicción del Municipio de Choachí", y a ese mismo predio se refiere la acción, no hay duda de que al sentenciador incumbía privativamente la discrecionalidad para medir el relieve que en el campo jurídico pudiera ofrecer cualquiera discrepancia en la descripción de los límites correspondientes a la heredad. Puede el libelo de casación presentar otro criterio al respecto, pero la

censura no está llamada a prevalecer mientras no señale en concreto la prueba que con evidencia demuestre su aserto de que María Pascuala no le vendió a Silvano su derecho de cuota en el fundo de **El Llano**. Y tal evidencia es insostenible ante la escritura 295 y la inspección ocular practicada en el juicio.

2.—En cuanto a la aducción de la escritura 123 de 1º de marzo de 1936, por la que Silvano Rodríguez adquirió el derecho de Manuel Ignacio Pardo sobre el mismo inmueble, es de ver que el recurso extraordinario no constituye medio adecuado para restarle efectos jurídicos a esa nota notarial debidamente registrada, que prueba por sí misma, cuando ni en primera ni en segunda instancia se hizo observación ninguna sobre el hecho de que el actor la acompañara a tiempo de alegar en primer grado.

Si el ordinal 1º, artículo 597 del Código de Procedimiento Civil, vela por los principios que mantienen la lealtad en el debate, menguado quedaría ese fin esencial si por primera vez en casación pudiera intentarse con éxito el reparo que debió hacerse en la instancia, precisamente en defensa de la franqueza y adecuado equilibrio de las partes en la controversia. Aun en el supuesto de que se discutiera, que no se discute, la autenticidad del instrumento, sería clara la improcedencia de la censura en casación sin que la respectiva tacha se hubiese formulado en la instancia. Con énfasis por lo menos igual se predica la improcedencia cuando desde entonces quedó cerrada la oportunidad del reparo que sólo ahora se formula y que no contradice el mérito intrínseco de la prueba.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 14 de junio de 1960 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

HOMICIDIO ATENUADO A CAUSA DE GRAVE E INJUSTA PROVOCACION

Régimen legal sobre individualización de las penas.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS:

1.— Acogida por el juez de derecho una circunstancia modificadora reconocida por el jurado, no es legítimo atribuirle un valor relativo y distinto del que la respectiva disposición legal le atribuye.

2.—La correcta aplicación del artículo 36 del Código Penal, tocante al arbitrio del juez para individualizar la pena, exige que no se tome aisladamente su texto sino que se acondicione con lo establecido en los artículos 37, 38 y 39 del mismo código.

3.—Si no logra establecerse ninguna circunstancia de mayor peligrosidad en la comisión del delito, la sanción debe ser la mínima, sobre todo cuando se hallan acreditadas varias circunstancias de menor peligrosidad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION PENAL. — Bogotá, mayo tres de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria)

VISTOS:

El doctor Pedro Pacheco Osorio, en ejercicio del poder que le fue conferido por el acusado Jesús María Quintero, formuló en escrito de 17 de enero último demanda de casación contra la sentencia fechada el 12 de agosto de 1960 proferida por el Tribunal Superior (Sala Penal) del Distrito Judicial de Neiva, que confirmó en todas sus partes la pronunciada el 9 de mayo del mismo año por el Juzgado Superior del referido Distrito, cuya parte resolutiva dispone:

"1º—CONDENAR como en efecto CONDENA a Jesús María Quintero Lasso, de 20 años de edad, casado, natural y vecino de esta ciudad, ganadero de profesión, hijo de Aguedo y Felinda, de instrucción primaria, sin documentos de identidad y sin pasado judicial, como responsable del delito de homicidio por el cual fue llamado a juicio, a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de presidio que purgará en el establecimiento de castigo que señale el Gobierno Nacional y las siguientes penas accesorias:

"Interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, pérdida de la patria potestad y de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial —si lo tuviere— y publicación especial de esta sentencia.

"2º—...Condenar a Jesús María Quintero Las-

so, a pagar a favor de María Soto de Parga, madre del occiso, los perjuicios causados con la infracción.....".

Agotado como está el trámite del recurso la Sala procede a decidir.

HECHOS

Si bien es cierto que la versión que de ellos da la demanda se ajusta a la realidad procesal, resulta más completa en todas las circunstancias, antecedentes y subsiguientes del delito, la contenida en el fallo recurrido, a cuyos términos se acoge la Sala:

"En terrenos de la finca denominada 'La Gabriela', cerca a la carretera que de esta ciudad conduce al Caguán fue encontrado el 15 de enero de 1958, dentro de unos costales y en estado de descomposición, el cadáver de un hombre. Con tal motivo se abrió la investigación y dentro de ella se estableció:

"Que el cadáver era el de Gustavo Parga; y

"Que la muerte ocurrió por anemia aguda a consecuencia de dos lesiones causadas con arma cortante y una con arma corto-punzante, localizada la primera sobre la cara lateral derecha por debajo del pabellón de la oreja, y de siete centímetros de longitud; la otra, de diez centímetros que llegó hasta la columna vertebral alcanzando a seccionar la última vértebra cervical y la 3ª, de tres centímetros de longitud, sobre el flanco izquierdo. Además dijeron los médicos legistas que el cadáver 'tenía comido por peces el pabellón de la oreja izquierda y algunas extremidades de los dedos de ambas manos lo que hace sospechar que estuvo varios días bajo el agua y se encontraba desprendida la epidermis de todo el cuerpo. Las vísceras abdominales se encontraban ya cercenadas por peces de rapiña y no se encontró agua ni en las cavidades pleurales ni en el estómago'.

"También se comprobaron varios hechos indicativos de la responsabilidad penal de Jesús María Quintero Lasso en la muerte violenta del citado señor Gustavo Parga, pues se supo que el sábado 11 del precitado mes de enero aquél y éste estuvieron conversando en una cantina o café situado en el edificio de las Galerías; que después de alguna discusión entre ellos se dirigieron en un jeep que manejaba Quintero Lasso por la carrera segunda hacia el norte; que el vehículo fue estacionado frente a la casa del mismo Quintero; que Pedro Monje y Graciliano Forero se encaminaron, poco tiempo después de la partida de aquéllos en el jeep, a la casa de Jesús María, y en los momentos en que, situados en una de las esquinas adyacentes, esperaban que éste saliera para reclamarle el pago de sus jornales, oyeron la detonación de un arma de fuego dentro de la casa, y la exclamación de alguien que decía: ay, me mató: que Forero miró por las rendijas de la puerta y vio a Quintero y a Parga cuando pasaban de la casa vieja a la nueva y Parga, con la camisa ensangrentada, fue a sentarse cerca a una de las piezas de la nueva construcción; que el jeep de propiedad del acusado tenía llantas de las llamadas 'pantaneras': y que, según lo observado al practicar el levantamiento del cadáver, se encontraron, desde una zanja inmediata a la carretera que conduce al Caguán, huellas de las llantas nuevas, tipo pantaneras, al parecer de un jeep o camioneta u otro carro pequeño que hubiera andado en el curso de cinco o seis días anteriores a la fecha de dicha diligencia.

"Con fundamento en estos hechos calificó el Juzgado la investigación llamando a responder en juicio criminal con intervención del Jurado a Jesús María Quintero Lasso, por el delito de homicidio con caracteres de asesinato, y sobreseyendo definitivamente en favor de los otros sindicados, providencia que fue confirmada por esta Sala, pero calificando el ilícito de homicidio simplemente voluntario".

ACTUACION PROCESAL

Clausurada la etapa investigativa (auto de 14 de junio de 1958, dispuso el Juzgado Superior de Neiva llamar a responder en juicio criminal, con intervención del Jurado, al acusado Quintero Lasso, por el delito de homicidio en la persona de Gustavo Parga, previa consideración en la parte motiva del proveído, de que 'ante la tremenda realidad que se estudia, no puede estimar sino que el hecho realizado por Jesús María Quintero,es un homicidio agravado con las características de asesinato, ya que se observa en su ejecución las agravantes de que tratan los numerales segundo y séptimo del artículo 363 del Código Penal'. Esta determinación la adoptó la instancia contra el parecer del fiscal colaborador quien en su concepto de fondo solicitó llamamiento a juicio por delito de duelo, sin intervención de padrinos. (Providencia de 28 de julio de 1958. Fls. 269 a 275, cuad. número 1).

El Tribunal Superior, por auto de 3 de noviem-

bre del citado año, confirmó lo resuelto por el Juzgado, pero rechazó la agravación específica del homicidio 'porque no está probada ninguna de las circunstancias del artículo 363 del Código Penal en sus numerales 2º y 7º que trae la resolución del Juzgado, ni ninguna otra de las enumeradas por dicha disposición, pues los indicios que han servido para la vocación a juicio del procesado no permiten hablar de un caso premeditado acompañado de motivos innobles o bajos ni mucho menos de sevicia en su ejecución. Todo lo contrario, el dolo de Jesús María Quintero Lasso sería dolo de ímpetu que hizo presa en él con motivo de la discusión que sostuvo con Parga en la Galería momentos antes del disparo que se presume mortal. Y en cuanto a la sevicia, no es aventurada la hipótesis favorable de que las atroces heridas que presentaba el cadáver se hicieron después de la muerte de la víctima y con el objeto de despistar, pues dado el ambiente de inseguridad en que se ha vivido en estos últimos años especialmente al norte de este Departamento, resultaba fácil hacer creer que el caso de Gustavo Parga podía ser uno de tantos casos de bandolerismo político' (fls. 12 a 20, cuad. número 4).

En estas condiciones compareció el acusado ante el Jurado el 10 de junio de 1959, habiendo recibido el veredicto que obra a fls. 81 del cuaderno número 4 del proceso, afirmativo de su responsabilidad por homicidio intencional 'en estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación'. El Juez del conocimiento se acogió a sus términos y con aplicación de los artículos 362 y 28 del C. P. impuso al acusado cinco años de presidio, como pena principal. Individualizó así la pena porque 'el procesado no se hace merecedor del mínimo, pues hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 36 del C. P., o sean las modalidades del hecho y motivos determinantes, que a Quintero Lasso lo señalan como persona peligrosa, concurriendo también las circunstancias de mayor peligrosidad previstas en los numerales 3º, 6º y 7º del artículo 37 de la misma obra, pues el motivo que llevó a Quintero a cometer el crimen, fue fútil, porque él mismo dice que Parga apenas le trató de pájaro, el lugar de la comisión del reato desde luego dificultó la defensa del occiso obrando en circunstancias desfavorables...'. (Fallo de 28 de agosto de 1959, cuaderno número 4).

No aceptó el Tribunal (auto de 27 de enero de 1960) la resolución del inferior y la revocó para en su lugar declarar contrario a la evidencia de los hechos el veredicto proferido por los jueces populares y ordenar la convocatoria de un nuevo Jurado. Esta decisión fue adoptada con el salvamento de voto de uno de los magistrados integrantes de la Sala.

En la segunda vista pública de la causa el veredicto se produjo en los mismos términos del anterior (fls. 58, cuaderno número 5) y en él descansa la sentencia recurrida.

DEMANDA DE CASACION

El libelo, técnicamente ceñido a las exigencias legales, aduce y sustenta dos causales de impugnación: la 'prevista por el numeral 2º del artículo 567 del C. de P. P., afirmando que 'por errada interpretación o apreciación de los hechos', en la sentencia que impugno se les ha atribuído 'un valor probatorio que no tienen'; se les ha negado 'el que sí tienen', y no se los 'ha tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso'; todo a pesar de qué son circunstancias que han 'influído en la determinación de la sanción'". Como "consecuencia de lo anterior, la causal contemplada por el numeral 1º del citado artículo 567 del C. de P. P., asevorando que la sentencia acusada es violadora de la ley penal, 'por interpretación errónea' y 'por indebida aplicación de la misma'".

Concreción y fundamento de los cargos

Muy en extenso se ocupa la demanda de examinar los cargos que a la sentencia pueden hacerse con base en la causal segunda de casación, cuyo reconocimiento necesariamente incide en la primera, pues una errada apreciación de los hechos en los que debe descansar la aplicación concreta e individualizada de la ley penal sustantiva, comporta el error de derecho.

Cuatro son los cargos sustentados por el recurrente con apoyo en la causal segunda, previa advertencia de ser ésta pertinente, no obstante tratarse de un juicio por jurado, "porque los errores en que incurrió el sentenciador no se refieren a cuestiones sujetas a la apreciación de los jueces de hecho, sino a 'las circunstancias de mayor o menor peligrosidad', que deben ser apreciadas y calificadas por los juzgadores de derecho, 'cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito', como de modo expreso lo dispone el artículo 499 del C. de P. P." Esos errores, afirma el demandante, "son susceptibles de enmendarse

por vía de la causal 2ª, al tenor de lo establecido por la reiterada jurisprudencia de esa H. Sala. Así puede verse en la G. J., T. LXXXII, pág. 171 (sentencia de 4 de febrero de 1953); pág. 756 (sentencia de 24 de abril de 1958); y en muchos otros fallos dictados con posterioridad".

Desarrolla así el distinguido apoderado la acusación:

"Primer cargo. — A) Nadie, pero absolutamente nadie, dice haber visto cuando mi cliente dio muerte al interfecto. Por lo tanto, tampoco nadie ha afirmado, ni podía afirmarlo sin incurrir en un absurdo, que él realizó su hecho en circunstancias que hubieran 'dificultado la defensa del ofendido o perjudicado', o que demostraran 'una mayor insensibilidad moral en el delincuente', o abusando 'de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, o de circunstancias desfavorables al mismo' (numerales 6º y 7º del artículo 37 del C. P.).

"Sin embargo, el H. Tribunal sentenciador, siguiendo las huellas del señor Juez de primer grado, sostiene 'que el lugar de la comisión del reato desde luego dificultó la defensa del occiso'.

"Salta a los ojos que el fallador de segundo grado incurrió en error gravísimo y protuberante en la apreciación del hecho consistente en haberse cometido la infracción en la residencia de mi patrocinado, y en virtud de ello le atribuyó en el fallo impugnado un valor probatorio que no tiene: haber dificultado la defensa de la víctima. Porque es intuitivo que el título de propiedad del lugar donde se incurre en un homicidio nada tiene que ver con la facilidad o dificultad del agraviado para defenderse. Un sujeto puede en su propia casa dar muerte a otro en las más diversas circunstancias, en lo tocante al punto que se examina: colocándolo en estado de indefensión, dificultando su defensa, en un lance en que los contendientes se encuentren en igualdad de circunstancias ofensivas o defensivas, y aun hallándose el victimario en las más precarias condiciones de inferioridad: y, a la inversa, el dueño del lugar puede ser muerto, como ha ocurrido a menudo, en cualquiera de las indicadas circunstancias.

"B.—Tampoco tiene nada que ver con las circunstancias de defensión o indefensión de la víctima el hecho de que un homicidio 'en estado de ira o intenso dolor por grave e injusta provocación' se cometa inmediatamente después de haber recibido el responsable la ofensa, o cuando haya transcurrido poco o mucho tiempo de efectuada ésta. Porque no siempre quien reacciona en forma tardía, en virtud del dolor que le causa un agravio lejano en el tiempo, que puede manifestarse en un estallido de ira, mata dificultando la defensa del provocador. Así lo hace notar esa H. Sala en uno de los apartes transcrito en el fallo impugnado, cuando habla de quien 'dominado también por la perturbación que le causó una ofensa grave y bajo la influencia de semejantes pasiones o sentimientos, busca a su adversario y LO HIERE DE FRENTE, o LE ANUNCIA LA ACOMETIDA PARA QUE SE PREVENGA'. Que, en condiciones jurídicamente más favorables para el procesado, fue lo que ocurrió en el caso de autos, según se verá luego.

"En consecuencia, también incurrió el Tribunal en manifiesto error al interpretar el hecho consistente en el tiempo transcurrido entre el momento de la ofensa y el instante del homicidio, y por ello le dio en el fallo un valor probatorio que no tiene: haber dificultado la defensa del occiso.

"C)—El hecho de que no sean 'inconciliables las circunstancias de mayor peligrosidad previstas en los numerales 6º y 7º del artículo 37 del C. P. con el artículo 28 ibidem', no indica que siempre que se cometa un homicidio u otro delito cualquiera 'en estado de ira o intenso dolor, causado por grave e injusta provocación', deben necesariamente concurrir dichas circunstancias. Para cargar éstas al responsable, no basta que no sean incompatibles con su hecho, sino que deben probarse plenamente. Tampoco el incendio, la inundación, el secuestro, el rapto, la destrucción de documentos, el robo, etc., ni muchas de las circunstancias de mayor peligrosidad previstas por el artículo 37 del C. P., son inconciliables con el homicidio, grave e injustamente provocado; y a nadie se le ha ocurrido aún, al menos que yo sepa, cargarle todas aquellas infracciones y circunstancias a todo el que incurre en este último delito.

"Por lo expuesto, también apreció erróneamente el Tribunal el hecho de la compatibilidad entre el referido homicidio y las indicadas circunstancias, y le dio un valor probatorio que no tiene: haber dificultado la defensa del interfecto.

"D)—Tampoco ha insinuado nadie, pero ni siquiera el H. Tribunal sentenciador, que el hecho de haber sido teatro de los trágicos sucesos un lugar de propiedad del acusado, demuestre en éste 'mayor insensibilidad moral'. Más aún, el motivo determinante de su delito —el estado de ira e intenso dolor, grave e injusta provocación—

que ya no puede ser discutido por los jueces de instancia ni por la H. Corte, acredita que es un hombre de gran sensibilidad moral.

"Otra cosa que nadie ha sostenido, ni testigos ni funcionarios, es que el interfecto se encontrara en condiciones de inferioridad personal o en circunstancias desfavorables respecto de mi cliente. Menos, en consecuencia, podría decirse que éste ABUSO de las unas o las otras.

"Casación.—Este primer reparo, hecho al fallo recurrido con base en la causal 2ª de casación, debe prosperar, ya que 'por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les ha atribuído un valor probatorio que no tienen'.

"Segundo cargo.—A) Desde su primera indagatoria dijo mi cliente, refiriéndose al desafío que le hiciera el occiso: '....entonces yo le dije que qué era lo que pasaba conmigo, entonces él me contestó que a mí qué me pasaba con él, entonces yo le dije que nada, entonces me hizo saber que él era comandante de guerrilleros, entonces yo le dije que yo era un hombre conservador, que qué le pasaba conmigo, que así era como a mí me gustaba ver la gente guerrillera de frente y de día y no con la claridad de la luna, como lo hacían ellos, matar gente, mujeres y niños inocentes, entonces el tipo se me asaltó diciéndome un poco de palabras, diciéndome que yo era un hombre berraco que me (sic) fueran a matar; cogimos el carro mío que estaba ahí cuadrado...'. (Fl. 74 v. del cuaderno número 1).

"En este aspecto de la injurada de mi cliente está corroborado por el dicho de Eva Mosquera Bravo, quien a folio 62 del mismo cuaderno se expresa así sobre el particular: '...CHUCHO saltó por la ventana del café y se puso a discutir también con Gustavo y allí alcancé a oír que Chucho le decía a Gustavo que chusmero y Gustavo le decía a Chucho que él era un pájaro, entonces cuando me di cuenta fue que Chucho Quintero y Gustavo se montaron en el jeep y al arrancar sacó la mano Gustavo y se despidió con la mano y el jeep dio la vuelta y cogió por la carrera segunda hacia el norte o sea hacia la plazuela de los Mártires. Después de que se fueron ellos, la mucha (sic) Elvira Plazas me dijo que Chucho y Gustavo se habían desafiado y habían dicho que se fueran a matarse por allá'.

"Elvira Plazas refuerza con más precisión el dicho de mi cliente, cuando asevera (fl. 63 ibidem): '...entonces Chucho se puso a hablar con el muchacho y cuando yo me di cuenta de que Chucho Quintero estaba bravo, fue cuando yo salí y oí que el muchacho ese le decía a Chucho que a él, al muchacho, no le podía hacer nada porque él era un guerrillero, entonces Chucho le dijo que a él que era guapo cuando andaba en la manada en el monte, entonces el muchacho le dijo a Chucho que si era muy berraco que se fueran a matar, entonces Chucho le contestó que si él quería que se fueran para donde él quisiera, entonces Chucho tenía ahí un carro jeep, se montó con el muchacho y arrancaron y se fueron...'.

"José Laurencio Perdomo Salas confirma también lo expuesto por mi mandante, así: '...estaba Jesús Quintero conversando y discutiendo con un tipo que no conocía y le oí decir al tipo desconocido que dijo: usted es muy macho, me lo han dicho; entonces Jesús le contestó que él no era macho; entonces el tipo le dijo que él era un guerrillero; entonces le dijo que no se le identificara como guerrillero, que él no tenía nada que ver con eso; volvió y le repitió el tipo que él sabía que Jesús era muy macho; luego el desconocido lo convidó que se fueran a matar, esto se lo dijo por tres veces, Jesús no le contestó nada; entonces Jesús se dirigió al jeep y el tipo se fue tras de él, de Jesús y se le subió al carro: luego Jesús prendió el carro y se fue...' (Fl. 186 del mismo cuaderno).

"Otros testigos, como Pedro Monje (fls. 26 v.), Fernando Forero Flórez (fs. 35 v. y 36) y Graciliano Forero Flórez (fl. 52), aunque no alcanzaron a oír la discusión, se refieren a ella y al hecho de haber partido juntos los contendores en el vehículo de mi mandante.

"De todo esto aparece, con diafanidad solar, un hecho elocuentísimo: Jesús María Quinquero Lasso y Gustavo Parga partieron, del sitio donde se hallaban, resueltos a matarse, en leal combate singular provocado por el occiso y aceptado por mi cliente; lo cual entraña un indicio casi necesario de que ambos se encontraban en un mismo pie de igualdad para la ofensa y la defensa, de modo que ninguno de los dos pudiera dificultar las maniobras ofensivas o defensivas del otro, y menos abusar de sus condiciones de inferioridad personal o de sus circunstancias desfavorables. Más todavía, si a alguno de los adversarios podía reconocérsele superioridad, era a nadie menos que al interfecto, por haber sido él quien lanzó el reto a muerte y por su condición de guerrillero, a quien hoy que suponer experto en el manejo de las armas.

"El H. Tribunal sentenciador no discute la exis-

tencia de este hecho, pero le niega su poderosa fuerza probatoria como indicio gravísimo de que el acusado jamás estuvo en condiciones de dificultar la defensa de su contendor. Si la hubiera tenido en cuenta, como era su deber, lejos de haber 'adivinado judicialmente' las circunstancias de mayor peligrosidad de los numerales 6º y 7º del artículo 37 del C. P., las habría descartado hasta como posibles.

"B)—En el fallo recurrido se acepta como probable el hecho de que cuando los protagonistas del sangriento drama se ausentaron del café donde convinieron el duelo a muerte, 'el vehículo fue estacionado frente a la casa del mismo Quintero' (fl. 12 del mismo cuaderno número 6). Y deponen sobre su existencia Pedro Monje (fl. 27 del cuaderno número 1) y José Laurencio Perdomo Salas (fl. 241 v. ibidem) entre otros. También admite como cierto el H. Tribunal de Neiva que el acusado le dijo a Parga: 'vamos a la casa a arreglar este asunto' (fl. 15 del cuaderno número 6), lo cual fue oído por Fernando Forero Flórez (fl. 36 del cuaderno número 1).

"Pero el H. Tribunal negó a estos dos hechos el valor probatorio que tienen como indicio grave de que el lugar de la contienda en nada debió influir para dificultar la defensa de la víctima. Porque si éste aceptó voluntariamente dirigirse a ese sitio; si a él entró por sus propios pies, y si allí se batió con su contendor, es porque le era indiferente que el lance se realizara en casa de mi representado o en otra parte. No es lógico ni razonable que un guerrillero acepte batirse donde se encuentra en desventaja. Si el fallador de segunda instancia hubiera apreciado correctamente tales hechos y les hubiera concedido el valor probatorio que tienen, habría llegado a la sana y obligada conclusión de que también ellos contribuyen a descartar la posibilidad de que en el homicidio que se imputa a mi patrocinado hubieran concurrido las circunstancias de los numerales 6º y 7º del artículo 37 del C. P.

"C)—El H. Tribunal sentenciador admite también como acreditado el hecho de que, luego de haberse oído 'la detonación de un arma de fuego dentro de la casa, y la exclamación de alguien que decía: 'ay me mató', Forero miró por las rendijas de la puerta y vio a Quintero y a Parga cuando pasaban de la casa vieja a la nueva y Parga, con la camisa ensangrentada, fue a sentarse cerca a una de las piezas de la nueva construcción'. (Fl. 12 del cuaderno número 6).

"Este hecho lo afirma Graciliano Forero Flórez, quien dice textualmente: '...yo me devolví a asomarme por la endija de la casa del portón de don Jesús a ver qué pasaba, cuando vi que don Jesús Quintero llevaba al tipo ese que fracasó, quien iba caminando y también le vi a ese tipo la camisa ensangrentada: entonces don Jesús hizo entrar al tipo a una pieza de la casa que nosotros le estamos construyendo'. (Fl. 25 v. del cuaderno número 1).

"Petronila Castañeda Lasso, quien no es pariente del procesado, se pronuncia así sobre el particular: '...cuando sentí un disparo, a otro ratico pasó Jesús Quintero en compañía de un muchacho que tenía la camisa ensangrentada en la parte izquierda de la camisa, pasaron de la casa vieja y entraron a la casa que está en construcción y yo vi que el muchacho que estaba ensangrentado se sentó no recuerdo si fue en un banco y Jesús estaba parado y recostado a la pared...'.

"Este hecho es asimismo indicio grave de que el lance a muerte suscitado por Parga se cumplió con lealtad por parte de ambos contendientes, pues no de otra manera se explica que el vencido hubiera aceptado, sin protestas ni gritos de auxilio, su condición de tal y el auxilio que en forma gallarda le ofrecía el vencedor. Sin embargo, el H. Tribunal le negó este valor probatorio, que también descarta hasta la posibilidad de que mi mandante hubiese dificultado la defensa de la víctima.

"**Conclusión.**—Este otro cargo formulado al fallo recurrido debe también prosperar, por cuanto en éste se negó el valor probatorio de tres indicios graves, ampliamente demostrativos de que al acusado no le son atribuíbles las circunstancias 6ª y 7ª del artículo 37 del C. P.

"**Tercer cargo.**—A). Consta de autos que don Jesús María Quintero Lasso, quien jamás había sufrido condenaciones judiciales ni de policía, como puede verse a los folios 181, 182-, 193, 218, 219, 220 y 220 v. del cuaderno principal, había observado buena conducta antes del hecho que se le imputa, como lo atestigua, entre otras personas, nadie menos que el ex-Magistrado de esa Corte: el doctor Gustavo Salazar Tapiero (fl. 180 v. del cuaderno número 1).

"Sin embargo, el H. Tribunal sentenciador, por haber interpretado erróneamente los hechos, en la sentencia recurrida no tuvo en cuenta el ante-

rior, a pesar de estar debidamente acreditado en el proceso, como circunstancia de menor peligrosidad en favor del acusado.

"B)—Está igualmente demostrado en el informativo que tanto Jesús María Quintero Lasso como Gustavo Parga eran 'de filiación política conservadora', como consta a folios 84 del cuaderno número 1, en el informe rendido por dos agentes secretos del Servicio de Inteligencia Colombiano. Así lo reconoció también el primero en su indagatoria (fl. 74 v. ibidem), al expresar que le dijo al occiso que él (el indagado) 'era un hombre conservador'. Respecto del segundo, tal hecho viene asimismo acreditado por los documentos que obran a folios 177 y 178 del mismo cuaderno.

"Ahora bien, de las pruebas citadas en el capítulo III de esta demanda (ordinal A del segundo cargo), que doy por reproducidas aquí, aparece con toda claridad que el motivo que tuvo Gustavo Parga para desafiar a muerte a mi cliente no fue otro que el haberle éste reprochado su calidad de guerrillero, de la cual se vanagloriaba el occiso. Más aún, José Laurencio Perdomo Salas (fl. 241) agrega: 'A esto replicaba Quintero que lo mejor era que se pusiera a trabajar honradamente'.

"Todo lo cual demuestra que mi mandante no pudo obrar por motivos más nobles y altruistas. Siempre habrá de merecer estos calificativos la conducta de quien le censura a otro su calidad de guerrillero, aunque lo haga con palabras duras, y más si lo excita a dedicarse al trabajo honrado. Pero la nobleza y el altruismo del proceder de Quintero Lasso sube de punto si se considera que tal reproche no se le hacía por móviles sectarios, a un adversario político, sino a un ciudadano perteneciente a su mismo partido. Si la mayoría de los colombianos hubieran adoptado desde épocas pretéritas un comportamiento tan ejemplar como el del acusado respecto de sus propios copartidarios guerrilleros, desde hace mucho tiempo habría renacido la paz en nuestra patria.

"Sin embargo, el H. Tribunal de Neiva, por errónea apreciación de los hechos, no tomó en cuenta los que se indican en este ordinal para reconocer, en favor del procesado, otra circunstancia de menor peligrosidad.

"Conclusión.—Este tercer reparo, formulado al fallo recurrido, con fundamento en la causal 2ª de casación, debe también prosperar, pues 'por errada interpretación de los hechos, en la sentencia' no se les 'ha tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso' para deducir en favor de mi demandante (sic) las circunstancias de menor peligrosidad, contempladas por los numerales 1º y 2º del artículo 38 del C. P.

"Cuarto cargo.—El H. Tribunal sentenciador invoca también, para justificar 'la agravación que de la pena hace el Juzgado', el artículo 38 del C. P.; pero no dice, porque no podía hacerlo, cuáles de los factores indicados por dicha norma se hallan acreditados en los autos como desfavorables al procesado, fuera de las circunstancias de mayor peligrosidad previstas por los numerales 6º y 7º del artículo 37 del C. P., que según se vio atrás no sólo carecen de respaldo en los autos, sino que tienen pruebas en contra que destruyen hasta la posibilidad de su concurrencia.

"Con todo, pudiera pensarse que el fallador de segundo grado tuvo en cuenta, *in pectore*, 'la gravedad y modalidades del hecho delictuoso', 'los motivos determinantes' y 'la personalidad del agente'. Y si esto es verdad, resulta también fácil establecer que sobre dichos extremos apreció erróneamente los hechos, a consecuencia de lo cual les dio un valor probatorio que no tienen, les negó el que sí tienen y no los tomó en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, como se verá en seguida.

"A)—**Gravedad del homicidio.**—No existe ni el asomo de una prueba indicativa de que el delito perpetrado en la persona de Gustavo Parga sea objetivamente más grave que los homicidios comunes y corrientes. Al contrario, él es uno de los más leves contemplados por nuestra ley punitiva, como lo establece en forma expresa el artículo 28 del C. P. y 'se atenúa objetivamente —ha dicho esa H. Sala—, porque el autor de la injuria renuncia en cierto modo a las garantías debidas a sus derechos". (Sentencia de 27 de julio de 1945, G. J. T. LIX, pág. 471).

"B)—**Modalidades del hecho.**—Ya se vio antes cómo no concurre ninguna constitutiva de circunstancia de mayor peligrosidad. En cambio, de las pruebas numeradas en el capítulo III de esta demanda (segundo cargo), que doy por reproducidas aquí, se desprende con toda claridad que las modalidades del hecho son favorables a mi cliente: porque, a pesar de haber sido grave e injustamente provocado por el occiso, no proce-

dió a ultimarlo acto seguido, como habría podido hacerlo sin exponer su vida ni su integridad personal, sino que aceptó vengar la ofensa batiéndose con el ofensor en duelo a muerte. En ambos casos se habría hecho acreedor a la atenuación del delito previsto por el artículo 28 del C. P., sin embargo, prefirió el modo de ejecución que mayores peligros entrañaba para sí mismo y que mayor cúmulo de garantías brindaba a su adversario, en gesto de gallarda lealtad para quien lo había injuriado.

"C) — **Motivos determinantes.**—Estos son también ampliamente favorables al acusado, pues el tribunal popular aceptó en el veredicto que la causa inmediata de su reacción fue el estado de ira e intenso dolor ocasionado por grave e injusta provocación, y es ya inconcuso en la doctrina penal que quien reacciona delinquiendo, ante graves ofensas inferidas a su honor, lo hace impulsado por un móvil noble, altruísta y social.

"Por otra parte, también viene demostrado hasta la saciedad con las pruebas citadas en el capítulo III (ordinal A del segundo cargo y ordinal B del tercer cargo), a las cuales ahora me remito, que la causa remota del homicidio que se atribuye a mi mandante radica en el hecho de haberle reprochado éste al occiso su carácter de guerrillero, no obstante pertenecer ambos a un mismo partido político; y esto constituye, como en su oportunidad se dijo, un motivo determinante excepcionalmente noble, altruísta y social.

"D)—**Personalidad del agente.**—No figura en el informativo prueba reveladora de que mi mandante sea un hombre socialmente peligroso. El hecho que le atribuye el H. Tribunal sentenciador de que 'envolvió en unos costales' el cadáver de la víctima 'y fue a dejarlo a extramuros de la ciudad, en un pozo de agua', es gratuito desde el punto de vista probatorio: porque nadie ha insinuado siquiera que esta operación fue realizada por él, y no por terceros que hubieran querido encubrir su delito.

"Pero aceptemos, como concesión dialéctica, que tal hecho es procesalmente cierto. ¿Muestra él que el procesado es un homicida depravado, frío, peligroso, en una palabra, para la sociedad? Al contrario. Quien así procede se revela como un delincuente inepto, de mentalidad infantil para el delito, aturdido por su propio acto y, por tanto, de ínfima peligrosidad; pues, conocidos los antecedentes de su infracción (el altercado con la víctima, el desafío formulado por ésta y el haber salido juntos a batirse), que ocurrieron en presencia de numerosas personas y en sitio público, era seguro que se le sindicaría de la muerte de Parga tan pronto como fuese encontrado su cadáver, como en verdad sucedió. Un hombre menos asustadizo e ingenuo que mi cliente habría apelado a recursos más ingeniosos para eludir su responsabilidad, como sepultar o eliminar por otros medios los despojos del interfecto, o haber confesado una legítima defensa que nadie le hubiera contradicho.

"Pero en el expediente existen numerosísimos hechos, estos sí debidamente comprobados, que destacan la excelente personalidad de mi mandante, que no fueron tenidos en cuenta por el sentenciador. Veamos algunos de ellos:

"Luis María Perdomo P., Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Neiva, le profesaba ojeriza a mi cliente, como lo indica el informe rendido el 7 de marzo de 1959 al Consejo de Disciplina del mismo establecimiento, que obra a folios 55 y 56 del cuaderno número 4, en el cual le hizo imputaciones, sin acreditar su veracidad, a raíz de los cargos que el acusado le formulara en las cartas que figuran en copias a los folios subsiguientes. Sin embargo, dicho Consejo, con la firma del Director Perdomo P., se expresa así sobre la personalidad de mi mandante, el 21 de septiembre del mismo año (fl. 7 del cuaderno número 5): 'De acuerdo con las informaciones allegadas para esta reunión, Quintero Lasso se ha distinguido por su buen comportamiento, amor al trabajo y respeto a sus superiores. No ha intentado fugarse ni ha patrocinado reclamos colectivos y ha dado claras muestras de rehabilitación'. Y agrega a renglón seguido: 'Por otra parte, Quintero Lasso es buen esposo, buen padre de familia y los datos allegados a este Consejo para el estudio de su personalidad, permiten a la entidad disciplinaria recomendar la calificación de su conducta en el grado A o de MERITO'.

"La buena conducta anterior a su homicidio y el hecho de no haber sufrido condenaciones judiciales ni de policía, acreditados con las pruebas a que me refiero en el capítulo III (numeral A del tercer cargo), que deben darse aquí por reproducidas, indican también la personalidad eminentemente social de mi mandante.

"Los motivos determinantes del hecho, contemplados en el ordinal anterior, son otro factor decisivo para calificar de excelente la personalidad de Quintero Lasso.

"Y si lo dicho no bastara, téngase en cuenta las modalidades del homicidio que se le imputa, ya examinadas en el ordinal B, para concluír que la personalidad del procesado no sólo no lo revela como un hombre antisocial, depravado o peligroso, sino como un caballero integral, tomando esta expresión en su más noble significado castizo. Porque, habiendo sido grave e injustamente ofendido en su honor, no reacciona incontinenti, como habría podido hacerlo cualquiera, ultimando al ofensor, sino que, siguiendo el ejemplo de los hidalgos de épocas pretéritas, prefiere cobrar el ultraje batiéndose, franca, noble y caballerosamente, en duelo a muerte, con grave riesgo para su propia vida.

"Conclusión.—Si el H. Tribunal sentenciador tomó en cuenta 'la gravedad y modalidades del hecho delictuoso', 'los motivos determinantes' y 'la personalidad del agente', para no imponer al acusado el mínimo de la escala penal correspondiente a su delito, este cuarto cargo hecho a la sentencia con fundamento en la causal 2ª de casación debe asimismo prosperar, pues resulta ostensible que, 'por errada interpretación o apreciación de los hechos', les atribuyó 'un valor probatorio que no tienen', les negó 'el que sí tienen' y no los tomó en cuenta 'a pesar de estar acreditados en el proceso'.

No se detiene la Sala en el análisis de los cargos fundados en la causal primera, dado que en el fondo entrañan un traslado de los ya expuestos para deducir, como necesaria consecuencia, la errada e indebida aplicación de la ley penal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al dar respuesta a la demanda de casación, acoge sin reservas los planteamientos del recurrente, haciendo, entre otras, las siguientes consideraciones:

"Los planteamientos hechos por el recurrente, reciben en la demanda la consiguiente demostración, en forma tan certera y con tan ponderado juicio, que este Despacho no tiene reparo en reconocer que esas mismas alegaciones, a más de diáfanas y sencillas, son contundentes e inconcusas.

"Todo lo contrario ocurre con la sentencia impugnada, pues ésta contiene más que demostraciones simples enunciaciones, ocurriendo que el principal sustentáculo de lo argüido en el citado fallo, corresponde a la reproducción de un fallo que consideró situaciones muy diversas a las que se confrontan en el caso presente.

"El segundo cargo consiste en sostener que en el texto del fallo fue negado el valor probatorio de tres indicios graves, ampliamente demostrativos de que no es dable cargarle en su cuenta al acusado las circunstancias 6ª y 7ª del artículo 37 del C. P.

"De tales indicios se trata en los puntos A), B) y C) del capítulo III de la demanda.

"Es así como se afirma que los hechos ocurridos, vistos desde cierto aspecto, demuestran que en la comisión de los mismos, concurren, no propiamente circunstancias demostrativas de mayor peligrosidad en el delincuente, sino más bien reveladoras de que éste en la contienda o reto que acordó y sostuvo con su adversario procedió con nobleza y viril lealtad. Y son indicativos también, para el recurrente, de que entre los contrincantes existió 'un mismo pie de igualdad para la ofensa y la defensa'.

"Considera este Despacho superflua la reproducción o simple resumen de todo lo alegado en los tres puntos mencionados, pues la verdad es que el planteamiento hecho en la demanda y la sustentación que se hace de la causal segunda, reciben un desarrollo dialéctico y concluyente.

"Es, pues, el caso de aludir al cargo que estriba en sostener que en la sentencia no se apreciaron como circunstancia de menor peligrosidad a favor del procesado, sus magníficos antecedentes, los cuales están acreditados en el proceso.

"Asimismo, se subraya que víctima y victimario pertenecían a un mismo partido político y que, como se evidencia en los autos, uno de los motivos que mayor influencia ejerció para que se realizara el mortal desafío, consistió en haberle puesto de presente el acusado a la víctima su condición antisocial de 'guerrillero', que se la recriminó acremente, todo lo cual, a su turno, acredita que el sangriento lance fue determinado por motivos nobles y altruístas que hablan en favor del acusado, a modo de circunstancias de menor peligrosidad, que tampoco tuvo en cuenta el fallo impugnado.

"A este respecto, cabe argüir que si bien es cierto que en la sentencia no se reconoció expresamente, circunstancia alguna de menor peligrosidad, no lo es menos que al dosificarse la pena,

se partió del mínimo, ocurriendo que si no se fijó definitivamente ese mínimo, fue porque se afirmó la existencia de circunstancias de mayor peligrosidad.

"De otro lado, el actor afirma que el H. Tribunal se basó en el artículo 36 del Código Penal para justificar la agravación de la sanción pero que no dijo 'porque no podía hacerlo, cuáles de los factores indicados por dicha norma se hallan acreditados en los autos como desfavorables al procesado'.

"Dicha objeción es indiscutible y, por lo mismo, son de gran importancia y actualidad las consideraciones que en la demanda se hacen en torno a la gravedad del homicidio (A); a las modalidades del mismo (B); a sus motivos determinantes (C), y especialmente, a la personalidad del agente (D), con todo lo cual es suplido un lamentable vacío del sentenciador, quien no paró mientes en tan importantes factores según el contenido del artículo 36 del Código Penal.

"En conclusión, este Despacho, una vez conocidos los razonamientos ofrecidos por el demandante, los cuales ponen de presente el error cometido por el fallador al afirmar que concurrieron en el evento de autos, circunstancias de mayor peligrosidad que en realidad no se evidencian, sin que sea necesario adelantar más consideraciones, concluye que el ataque formulado en casación, con base en la causal segunda, tiene un sobrado fundamento, por lo que debe remediarse la injusticia cometida al ser graduada la sanción que merece el patrocinado del doctor Pacheco Osorio".

Consecuente con sus razonamientos el señor Procurador Delegado termina su concepto solicitando de la Corte "INVALIDE el fallo del H. Tribunal Superior de Neiva que ha sido acusado, dictando en su lugar el que deba reemplazarlo y a virtud del cual se imponga al procesado Jesús María Quintero Lasso, en vez de la pena principal de cuarenta y ocho meses de presidio a que lo condenó el **a-quem**, la de treinta y dos meses de la misma naturaleza, más las sanciones accesorias respectivas. Estos treinta y dos meses corresponden al lapso mínimo señalado por las disposiciones sustantivas penales aplicables al caso, por ser lo cierto que no concurren en el evento juzgado las circunstancias de mayor peligrosidad que equivocadamente dedujo el fallo recurrido, y en cambio sí entran en juego las de menor peligrosidad reseñadas en la demanda de casación de que se trata".

CONSIDERA LA SALA

1º—Constreñido el Tribunal por la inmodificable y obligatoria decisión del segundo Jurado, que reconoció la aminorante específica del artículo 28 del C. P. en la conducta del homicida, en orden a lograr una justa y correcta individualización de la pena, interpretó que, de acuerdo con los artículos 36 y 37 del mismo estatuto, el acusado no podía ser acreedor al mínimo de la sanción, en primer término porque el reconocimiento de haber obrado en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación "se obtuvo del Jurado con el argumento de que según los testigos del incidente surgido entre Quintero Lasso y Parga en uno de los cafés de la Galería, éste provocó a aquél grave e injustamente" cuando "la acción delictuosa no fue consecuencia inmediata de la reacción pasional e impetuosa del provocado, puesto que, como está plenamente demostrado, admitió que Parga lo acompañara en el jeep, en él lo llevó a su casa (la del acusado) y en ella le causó la muerte". En segundo lugar, porque en sentir del fallador "la intensidad de la ira no lo fue en el grado requerido para configurar el dolo de ímpetu", los términos del veredicto, así sean de imperativo acatamiento, no hacen "inconciliables las circunstancias de mayor peligrosidad previstas en los numerales 6º y 7º del artículo 37 del C. P. con el artículo 28 ibidem".

2º—El razonamiento del Tribunal contiene dos errores graves: admitida por el Jurado una circunstancia modificadora de la responsabilidad, de la cual el fallador no puede apartarse por mandamiento expreso de la ley, el mérito intrínseco de esa circunstancia no es legítimo tomarlo con un valor relativo o distinto al que la respectiva disposición penal le atribuya, a efecto de deducir mayor peligrosidad al agente del delito o entender que el hecho reviste particulares notas de gravedad por no parecerle pleno al juzgador el motivo subjetivo de atenuación.

3º—Cuando el artículo 36 del C. P. preceptúa que "se aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente" la norma está indicando que la penalidad imponible depende de los

términos que acuerde la disposición concretamente infringida, la influencia que tengan modalidades específicas de agravación o aminoración de la responsabilidad, y de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad demostradas en los autos que, entre otros factores, comprenden los motivos determinantes y la personalidad del agente.

Así, por ejemplo, es circunstancia de mayor peligrosidad el obrar "por motivos innobles o fútiles", y de menor peligrosidad "obrar por motivos nobles o altruístas". Y en cuanto a la personalidad del agente dicen relación las circunstancias 1ª, 2ª, 5ª y 15 del artículo 37 y 1ª, 11 y 12 del artículo 38.

4º— Esto está enseñando que para correctamente aplicar el artículo 36 del C. P. debe tenerse en cuenta, además, el 39 ibidem que autoriza imponer "el máximo de la sanción cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando concurran únicamente de menor peligrosidad". Dicho de otro modo, el arbitrio del Juez para señalar la pena no se asienta en el solo artículo 36 sino que este texto hay que coordinarlo con lo que establecen las otras disposiciones (37, 38 y 39).

5º—En el caso **sub-judice** el Jurado alcanzó a afirmar la responsabilidad del procesado formando su convicción, respecto a la autoría del hecho, en prueba de indicios, ya que en los autos no resulta medio directo alguno que la establezca. Se sabe que el homicida, previos los incidentes que sirvieron al Jurado para reconocer la provocación, se trasladó con la víctima a su casa de habitación, concertados para batirse, pero se ignora en un todo, cómo, en qué circunstancias o bajo qué condiciones los hechos culminaron con la muerte de Parga, es decir, si hubo un combate leal, si la víctima estuvo en condiciones aptas para su defensa, o se trató, por el contrario, de un encuentro desleal, con abuso de circunstancias de indefensión o inferioridad del occiso.

Así las cosas, sin elemento probatorio alguno sobre las precisas modalidades del homicidio, decir la sentencia que en razón del "tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente", y por "abusar de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, o de circunstacias desfavorables al mismo", hay lugar a fijar la pena de 48 meses de presidio y no la mínima que resulta de los artículos 362 y 28 del C. P., entraña una indebida e injurídica presunción del fallador que no puede deducir circunstancias de mayor peligrosidad sin estar plenamente demostradas en el proceso.

6º—Y si no hay establecidas circunstancias de mayor peligrosidad —personales u objetivas— en la comisión del delito, necesariamente el fallo debía fijar la sanción mínima, más cuando sí están acreditadas varias circunstancias de menor peligrosidad.

7º—Cómo las circunstancias de mayor peligrosidad deducidas en la sentencia recurrida, sin recaudo probatorio, influyeron en la determinación de la sanción, evento previsto en la causal segunda de casación, el recurso interpuesto prospera, con base en ella, y de modo consecuente, con fundamento en la primera, por indebida aplicación de la ley penal.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA parcialmente el fallo recurrido, a efecto de reducir la pena privativa de la libertad impuesta a Jesús María Quintero Lasso, como responsable del delito de homicidio, a dos (2) años y ocho (8) meses de presidio. Las penas accesorias que entrañen duración, quedan reducidas al mismo término. En lo demás rige la sentencia acusada.

Como aparece de autos que el reo ha satisfecho en detención preventiva la pena impuesta, ordénese telegráficamente su libertad, con las advertencias de rigor.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pinchinat León, Secretario.

COLISION NEGATIVA DE COMPETENCIAS PARA JUZGAR A UN AGENTE DE POLICIA POR DELITO DE HOMICIDIO

Irretroactividad de la ley desfavorable.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1.—**Repite la Corte que el artículo 1º del Decreto 1426 de 1954, al hacer extensiva la competencia de la justicia penal militar, que en este decreto se establece en relación con los miembros de las Fuerzas de Policía, a hechos anteriores a su vigencia, consagra una retroactividad inaceptable por ser violatoria del artículo 26 de la Carta.**

2.—**El actual Código de Justicia Penal Militar —Decreto 250 de 1958— no mantuvo el fuero castrense para los delitos comunes, salvo las excepciones de que trata el artículo 308 del mismo.**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA PENAL.—Bogotá, mayo ocho de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.)

Para que la Corte dirima la colisión de competencia negativa, provocada por el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Quibdó al Comando de la Unidad de Policía del Chocó, ha llegado el proceso contra el Cabo Segundo de la Policía Nacional Albino López V., sindicado del delito de homicidio. La citada colisión se suscitó debido a que ninguna de las dos jurisdicciones ha accedido a conocer de tal negocio, por no encontrarlo de su competencia, alegando para ello razones que serán objeto de estudio por parte de la Sala.

No está por demás anotar que cuando es el caso de resolver de plano incidentes de esta índole, se hace innecesaria la discriminación de las diferentes fases del proceso, porque con ello no se consigue sino una dilación de sus contingencias que viene a retardar con notable perjuicio la buena marcha de la justicia. Es por ello por lo que la Corte se limitará a exponer solamente los motivos que aducen en su favor las partes comprometidas en la colisión.

Procedentes del Comando de la Cuarta Brigada del Ejército con sede en Medellín, llegaron al Comando de la Policía Unidad Chocó las diligencias sumarias adelantadas contra Albino López V., cabo segundo de esta última institución, acusado de homicidio cometido en la persona de Concepción Quejada Quejada en el Municipio de Acandí, Departamento del Chocó, el 3 de mayo de 1954, para que allí se le juzgara en primera instancia dada su condición de miembro de las Fuerzas Armadas.

En auto de fecha 24 de mayo de 1960 (fls. 180 del cuaderno principal), el Comando de la Policía Unidad Chocó se negó a conocer del negocio llegado para su conocimiento, por considerar que el delito cometido por el cabo López Vargas tuvo ocurrencia el día 3 de mayo de 1954 y que de acuerdo con lo preceptuado en el Decreto número 1426 de 4 de mayo de 1954, solamente de esa fecha en adelante los ilícitos cometidos por los miembros de las Fuerzas de Policía serían juzgados por la justicia castrense. Lo que significaba que el caso sub-judice era de exclusivo conocimiento de la justicia ordinaria, ya que el De-

ereto citado había entrado a regir un día después de la comisión del homicidio.

Refuerza su tesis el Comando de la Policía, citando algunas providencias de la Corte Suprema que respaldan sus afirmaciones. Como consecuencia de ello ordenó remitir el expediente al Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Quibdó para que allí se le diera curso legal.

Por su parte, el Juzgado Superior de Quibdó, igualmente, se mostró remiso a conocer del negocio, y para tal efecto adujo las siguientes razones, que sintetizó en cinco puntos así:

"a)—La norma fundamental para resolver lo concerniente a la competencia en el procedimiento penal militar es el Decreto número 2.900 de 3 de noviembre de 1953, por el cual se concedió el fuero militar a los miembros de la Policía Nacional, cuya incorporación al Ejército había sido ordenada por medio del Decreto número 1814 de 10 de julio de 1953. Esto quiere decir que desde la vigencia del Decreto 2.900 los miembros de la Policía Nacional tienen los mismos fueros que corresponden a las unidades del Ejército. Según el artículo 168 de este Decreto su vigencia empezó a partir del 14 de noviembre de 1953, siendo esta fecha el punto de partida para la competencia Penal Militar en los delitos cometidos con posterioridad a esta fecha, porque de los delitos cometidos con anterioridad a la misma fecha conocerá la justicia ordinaria.

"b)—Lo esencial en estos casos es determinar si al tiempo de cometer el hecho delictuoso el sindicado gozaba o no del fuero militar. En caso afirmativo quedará sometido a la Justicia Penal Militar. En caso contrario será juzgado por la justicia ordinaria. Pues bien. El artículo 141 del Decreto 2.900 dispone lo siguiente: "Para efectos de justicia Penal Militar, se considera a los Agentes de Policía como soldados". Y el artículo 140 del mismo Decreto establece claramente lo que sigue: "Los procesos penales en curso contra miembros de la Policía que tengan fuero militar, en virtud de la incorporación de esta Fuerza a las Fuerzas Armadas, se tramitarán con arreglo a las disposiciones de este Decreto...".

"c)—Por otra parte el Decreto número 1426 de 4 de mayo de 1954, reglamentario del Decreto número 1814 de 1953, resolvió todas las dudas sobre la competencia Penal Militar, al establecer que todos los delitos que cometan los miembros de las Fuerzas de Policía en servicio activo serán de conocimiento de la justicia Penal Militar. La disposición fundamental para definir la competencia es el artículo 12 de este Decreto, cuyo texto es del siguiente tenor: "TODOS LOS NEGOCIOS PENALES EN CURSO CONTRA MIEMBROS DE LAS FUERZAS DE POLICIA PASARAN A LOS FUNCIONARIOS A QUIENES LES CORRESPONDA DENTRO DE LA ORGANIZACION DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR, CUALQUIERA QUE SEA EL ESTADO EN QUE SE ENCUENTREN". (Mayúsculas del Juzgado).

"d)—De modo que si desde el 14 de noviembre de 1953, en que entró a regir el Decreto 2.900, los miembros de la Policía gozan de fuero militar, no cabe duda que la competencia para conocer de los delitos cometidos por sus miembros en servicio activo, corresponde a la Justicia Penal Militar.

"e)—Consta en el expediente que los hechos ocurrieron el 3 de mayo de 1954, por lo cual el negocio pasó a conocimiento de la IV Brigada del Ejército, con sede en Medellín, que era lo correcto, ya que el procesado tenía el fuero militar y estaba en servicio activo en el momento de cometer el delito. Por consiguiente debe seguir conociendo la justicia castrense.

"f)—En caso de que el Comando de la Policía Unidad Chocó, como Juzgado de primera instancia, no esté de acuerdo con esta resolución, el Juzgado Superior PROVOCA COLISION DE COMPETENCIAS CON CARACTER NEGATIVO, de acuerdo con los artículos 65 y 67 del C. de P. P. y el artículo 18 del C. de J. P. M. en concordancia con el artículo 1º del Decreto 2.900 de 1953. Para tal efecto la presente providencia sirve como exposición de motivos" (f's. 181 a 182 del informativo).

Finalmente, el negocio pasó de nuevo al Comando de Policía Unidad Chocó que resolvió aceptar la colisión de competencias negativa propuesta por el Juzgado Superior de Quibdó y para el efecto se ratificó en su anterior motivación de la siguiente manera:

"La Policía Nacional fue incorporada a las Fuerzas Armadas como su cuarto componente por el Decreto 1814 de julio 10 de 1953.

"Pero esta incorporación hecha más que todo con fines de disciplina y de organización no le extendió de inmediato fuero militar a los miembros de las Fuerzas de Policía.

"El Decreto 2.900 de 1953, tampoco fijó el fuero militar para la Policía, sino que simplemente

desarrollaba en parte lo dispuesto en el Decreto 1814 de julio 10 de 1953.

"Este Decreto, como claramente se desprende del contexto del artículo 140 habla de procesos militares en curso contra miembros de la Policía que tengan fuero militar en virtud de la **incorporación de esta Fuerza a las Fuerzas Armadas**, es decir, que da a entender que el fuero militar para la Policía tiene su fuente y origen en el Decreto 1814 de julio 10 de 1953 que la incorporó como cuarto componente de las Fuerzas Armadas.

"Como ya se dejó anotado la sola incorporación de la Policía a las Fuerzas Armadas no podía por ese solo hecho otorgarle fuero militar. El fuero militar tiene su principal fuente en la Ley y sólo la Ley en forma expresa puede consagrarlo.

"Entonces, sólo hasta la vigencia del Decreto 1426 de mayo 4 de 1954 puede decirse que la Policía goza de fuero militar".

Concluyo el Comando de Policía, luego de citar nuevamente la jurisprudencia de la Corte en tal sentido, de la siguiente manera:

"Los hechos imputados en estas diligencias al Cabo 2º Albino López Vargas tuvieron ocurrencia el día tres de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro, un día antes de la vigencia del Decreto 1426 del 4 de mayo del mismo año que le otorga fuero militar a la Policía y por tanto es a la justicia ordinaria a quien corresponde conocer de este negocio, para lo cual se propondrá la colisión de competencia negativa" (fls. 183 a 184 del cuaderno principal).

SE CONSIDERA:

En virtud del Decreto Nº 1426 de 4 de mayo de 1954, se estableció que la Justicia Penal Militar conocería de los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas de Policía. Pero aunque el artículo 12 de este Decreto consagra su retroactividad al decir que "todos los negocios penales en curso contra los miembros de las Fuerzas de Policía pasarán a los funcionarios a quienes les corresponda dentro de la organización de la justicia Penal Militar, cualquiera que sea el estado en que se encuentren", la Corte en repetidas ocasiones se mostró en desacuerdo con esta materia por considerarla violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional. Fue así como sostuvo que los ilícitos cometidos por los miembros de las Fuerzas de Policía en servicio activo antes de la vigencia del citado Decreto —4 de mayo de 1954— eran de conocimiento de la justicia común.

De manera que como los actos delictuosos ejecutados por el sindicado López Vargas, a los cuales se refiere el proceso, fueron cometidos con anterioridad a la expedición del Decreto 1426 de 1954, es a la justicia ordinaria a quien corresponde conocer del citado caso.

Posteriormente, el 11 de julio de 1958, entró a regir el Decreto número 0250, esto es, el Código de Justicia Penal Militar, que regula la competencia entre la justicia ordinaria o común y la militar o castrense, definiendo por completo esta clase de contingencias.

En efecto, en el ordinal 2º del artículo 308, se estatuyó que solamente serán de conocimiento de la justicia penal militar "los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que estén al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior".

Se concluye de lo anterior, que aun en la hipótesis de aceptar la retroactividad del Decreto 1426 de 1954, habría que dar aplicación al artículo 619 del Código de Justicia Penal Militar que estatuye que "las disposiciones procedimentales contenidas en este Decreto se aplicarán a todos los procesos de competencia de la justicia militar que estén en curso, cualquiera que haya sido la fecha de su iniciación, con arreglo a lo dispuesto por la Ley 153 de 1887".

Lo que indica que los principios de favorabilidad o de ley permisiva se deben tener en cuenta en estos casos, siempre y cuando que del estudio del proceso no resulte fuero alguno para el incriminado, como ocurre en el caso de autos, en el cual el delito tiene las más típicas características de común, pues quien lo consumó, en el momento de hacerlo, no obraba como autoridad, ni en ejercicio de la misma, ni en funciones de tal índole.

Aparte de lo anterior, la ley mencionada tiene preceptos como los contenidos en los artículos 40 y 43, cuya importancia en caso de tránsito de legislaciones es manifiesta, de donde se desprende que su aplicabilidad sea necesaria precisamente para solucionar eventos como el aquí surgido.

Hay que tener en cuenta, además, continuando en la misma hipótesis propuesta para aclarar en forma adecuada el asunto, que el Departamento del Chocó no se encuentra bajo el régimen de estado de sitio, ya que por Decreto número 321

de 27 de agosto de 1958, le fue levantado junto con la mayoría de los Departamentos tal estado de emergencia.

En casación interpuesta por José Antonio Lopera, y fallada por la Corte el 2 de diciembre de 1960, se dijo al respecto lo siguiente:

"Si el Decreto —0250 de 1958— no mantuvo el fuero castrense para los delitos comunes, salvo las excepciones de que trata el ya citado artículo 308, ni ese fuero tiene efecto retroactivo, resulta claro que la competencia para juzgar a Londoño Lopera es de la justicia ordinaria".

En consideración a las razones planteadas por la Sala, se concluye que el conocimiento del caso de autos corresponde a la justicia ordinaria, valga decir al Juzgado Superior del Distrito Judicial de Quibdó.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º—Dirímese la colisión de competencia negativa planteada por el señor Juez Superior del Distrito Judicial de Quibdó al Comando de Policía Unidad Chocó, en favor de este último.

2º—En tal virtud el conocimeinto de este proceso corresponde al señor Juez Superior del Distrito Judicial de Quibdó. Dése cuenta de esta resolución al Comando en cuyo favor se decide.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

INDEBIDA APLICACION DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL DECRETO 012 DE 1959 EN UN PROCESO POR HOMICIDIO

Irretroactividad de la ley desfavorable.

ENUNCIACION DOCTRINAL

El procedimiento especial establecido en el Decreto 012 de 1959, mucho más restrictivo que el ordinario, no es aplicable, de acuerdo con el artículo 26 de la Constitución, a hechos ocurridos con anterioridad a su expedición.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION PENAL. — Bogotá, nueve de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres)

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que se admitió con respecto a la sentencia del 10 de marzo del año pasado, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a los señores Daniel Angarita Castro, Elías Olaya Montealegre y Jesús Antonio Moreno Bohórquez, como responsables de homicidio en los señores Leovigildo Rubio, Juan de la Cruz Herrán, Adelina Rubio de Herrán, Ricaurte Herrán, Marco Fidel Herrán, Celsa Herrán y Argelio Rubio, así como de robo en cuantía de $ 2.000, a la pena principal de veinticuatro años de presidio y accesorias correspondientes.

HECHOS:

En altas horas de la noche comprendida entre el 10 y 11 de marzo de 1958 se presentaron varios sujetos a la casa de los cónyuges señores Juan de la Cruz Herrán y Adelina Rubio de Herrán, ubicada en la fracción rural denominada "Alto del Combeima", comprensión del Municipio de Ibagué, y allí dieron muerte a sus moradores, compuestos por los nombrados cónyuges, el anciano Leovigildo Rubio y los niños Ricaurte Herrán, Marco Fidel Herrán, Celsa Herrán y Argelia Rubio, luego de lo cual se apoderaron de objetos por valor de $ 2.000.00 y se perdieron en la sombra.

ACTUACION PROCESAL

La formación del sumario en torno a los hechos expuestos fue labor de la Inspección 3ª de Policía de Ibagué que, con el fin de avocar la investigación, el mismo 11 de marzo dictó el auto cabeza de proceso y más tarde, con fecha 5 de mayo, fundándose en los elementos de juicio que reunió, decretó la detención preventiva de los señores Pompilio Tovar, Daniel Angarita, Elías Olaya y Jesús Antonio Moreno, y de la Inspección 4ª de la misma ciudad, que por comisión del Juzgado 2º Superior de allí, al cual correspondió el conocimiento de los sucesos, diligenció las pruebas ordenadas en los autos de ampliación del 20 de mayo y 10 de septiembre.

El predicho Juzgado, tan pronto recibió el expediente, cumplida la comisión impartida en el auto del 10 de septiembre, mediante providencia del 20 de noviembre, declaró cerrada la investigación y ordenó recoger el respectivo concepto del señor Fiscal, el cual fue entregado el 16 de febrero de 1959, fecha en que el proceso entró al despacho para calificación y en donde se hallaba cuando fue necesario enviarlo al Tribunal de gracia conforme a solicitud que de allí se hizo. De esa entidad regresó el 17 de junio y entonces, como si nada hubiera significado el auto de clau-

sura del sumario del citado 29 de noviembre, con fecha 14 de julio, se dictó otro del mismo sentido, con el objetivo expreso de imprimirle al negocio la tramitación ordenada en el artículo 3º del Decreto 0012 del 4 de junio, tramitación dentro de la cual se profirió la sentencia del 20 de agosto del mismo año del estatuto invocado, en donde se condenan a la pena de veinticuatro años de presidio y en su carácter de responsables de los siete homicidios y el robo atrás referido, a los señores Pompilio Tovar, Daniel Angarita, Elías Olaya y Jesús Antonio Moreno, y en cambio se absuelve, por esos mismos delitos, a los señores Pedro Mora Galindo y Jaime Mora Otavo, fallo que el Tribunal Superior de Ibagué confirmó en el suyo del 10 de marzo del año pasado, salvo en lo tocante con el nombrado Pompilio Tovar, en cuyo favor se declaró cesado todo procedimiento en orden a que para ese entonces había fallecido.

DEMANDA DE CASACION

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales y por conducto de apoderado, el recurrente, que lo fue sólo el procesado señor Jesús Antonio Moreno, dentro del orden que se enumeran, invoca y sustenta las causales de casación previstas en los ordinales 4º, 2º y 1º del artículo 567 del C. de P. P. Con apoyo en la 4ª, sostiene que la sentencia impugnada se profirió en un juicio viciado de nulidad en atención a que a pesar de que los hechos del proceso tuvieron ocasión en fecha muy anterior a aquella en que entró en vigencia el Decreto 0012 del 4 de junio de 1959, se vino a aplicar el procedimiento especial que se estableció en el artículo 3º de ese estatuto, lo que tanto quiere decir que se violaron las formas del juicio garantizadas en el artículo 26 de la Constitución y, por ende, los derechos de los procesados, a quienes se juzgó de manera tan abiertamente contraria al expresado texto de la Carta, donde se prescribe que la ley nueva, en materia criminal, sólo puede aplicarse cuando es permisiva o favorable, pero no cuando es restrictiva o desfavorable, como ocurre en el caso de autos con relación a las formas del juicio consagradas en el predicho artículo 3º del Decreto 0012. En torno a estos puntos de vista el recurrente abunda en diversidad de argumentos para luego concluir, así:

"De todo lo anteriormente expuesto se concluye que el señor Juez Segundo Superior de Ibagué no podía cambiar la tramitación de esta investigación en la forma que lo hizo, a pesar del Decreto 0012 porque de conformidad con la Constitución Nacional y con las leyes preexistentes en ese momento, los sindicados tenían derecho a la tramitación ordinaria ya que era la vigente en el momento de los hechos que motivaron la investigación y era la más favorable para ellos. El señor Juez ejercitó una facultad que no se había adquirido. Ejecutó actos jurídicos jurisdiccionales sin competencia para ellos y vició así de nulidad el proceso. La sentencia recurrida se dictó con posterioridad a esa nulidad y, por consiguiente, es violatoria de la ley procedimental y debe ser casada, como respetuosamente lo solicito de esa H. Corporación".

No es preciso reseñar la fundamentación de las otras dos causales que se invocan —2ª y 1ª del artículo 567 del C. P. P.— porque, como habrá de verse, la 4ª, invocada en primer término, tendrá que prosperar.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, en su respectivo concepto, hace una extensa réplica de la demanda, analizando con propiedad y cuidado cada uno de los cargos contra la sentencia recurrida, para por ese medio llegar a la conclusión de que ellos no están demostrados y solicitar, en consecuencia, que el fallo no sea casado.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El procedimiento especial, establecido en el Decreto 0012 del 4 de junio de 1959 es, con respecto al que consagra el Código de Procedimiento Penal, absolutamente restrictivo, conclusión a que se llega con la sola confrontación de uno y otro. En estos términos, de acuerdo con el artículo 26 de la Constitución, ese procedimiento de excepción no es aplicable con respecto a hechos criminosos de ocurrencia, como en el caso de autos, anterior a la fecha de su expedición.

La Corte, en forma reiterada y a través de diversos fallos, ha venido sosteniendo la doctrina que se deja expuesta, por medio de argumentos que se condensan en apartes como el siguiente, de solidez indiscutible y claridad nítida:

"El canon de la retroactividad de la ley penal favorable o permisiva, y por lo tanto, el de la no retroactividad de la ley desfavorable al sindicado está erigido por nuestra Carta en un principio

supralegal, en una garantía constitucional, como uno de los derechos supremos reconocidos a la persona humana frente al poder del Estado, es decir, como uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable de todo ciudadano, que no puede ser desconocido por ninguna norma legislativa, cualquiera que sea la naturaleza de ésta". (Sentencia del 14 de marzo de 1961).

Los delitos de que trata el proceso fueron consumados en la noche comprendida entre el 10 y 11 de marzo de 1958 y entonces el procedimiento para juzgar a los autores de ellos requería previa vocación a juicio, susceptible de apelación en el efecto suspensivo, contemplaba término para solicitar y practicar pruebas, exigía audiencia pública con intervención de Jurado y, en general, daba lugar a un juicio de absoluta amplitud para el ejercicio de la defensa por parte de los procesados, garantías éstas que se disminuyeron e incluso se eliminaron algunas, al aplicar el citado Decreto 0012 en contraposición directa con lo dispuesto en el mencionado artículo 26 de la Constitución Nacional.

En las condiciones que se expresan, es obvio que la causal 4ª de casación, invocada por el recurrente y fundamentada en debida forma, tiene que prosperar y así habrá de invalidarse el fallo impugnado, para declarar, como consecuencia, nulo todo lo actuado, a partir, inclusive del auto del 14 de junio de 1959, en donde el Juzgado 2º Superior declaró, por segunda vez, cerrada la investigación, a fin de que se reponga el procedimiento desde allí, comenzando por la calificación del sumario.

Esas determinaciones de que se habla, en modo alguno afectan el auto de detención que pesa contra los procesados, el cual se profirió con mucha anterioridad a la providencia en donde comenzó el desvío del procedimiento y, por lo tanto, la violación de las formas del juicio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA el fallo materia del recurso examinado en la parte motiva de esta providencia, DECLARA NULO LO ACTUADO EN EL PROCESO, a partir, inclusive, del auto de 14 de junio de 1959 y ORDENA REPONER el procedimiento desde el citado auto para que se cumpla conforme a las normas que regían en el momento de la consumación de los hechos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Picquinto León L., Secretario.

NO HUBO ERRORES DE HECHO EN TORNO A LA IMPUTACION DEL HOMICIDIO DE AUTOS, NI HUBO DEMOSTRACION ALGUNA DE ERRORES EN LO QUE RESPECTA A LA CALIFICACION AGRAVADA QUE SE LE DIO AL DELITO

Obligación de demostrar los cargos en casación. Condiciones para el éxito de la causal 2ª de casación penal.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS:

1.— La Corte no puede suplir con argumentos propios la demostración que ha debido hacer el impugnador cuando afirmó que el Tribunal había errado al calificar de agravado el homicidio de autos.

2.—Dentro del sistema legal mixto imperante en la legislación penal colombiana, los jueces tienen un prudente y necesario arbitrio para estimar las pruebas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION PENAL. — Bogotá, doce de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta)

VISTOS:

Como responsable del delito de homicidio en la persona de Alfonso Ocampo Mejía, Saúl de Jesús Giraldo fue condenado a la pena principal de ocho (8) años de presidio, a las accesorias de rigor y a la indemnización de perjuicios **in genere**, mediante sentencia del cinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve, proferida por el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Manizales.

En fallo del 4 de mayo de mil novecientos sesenta el Tribunal respectivo confirmó la sentencia de primer grado, pero reformándola en el sentido de aumentar a quince (15) años la sanción impuesta. Contra el citado fallo de segunda instancia recurrió en casación el procesado. Ante la Corte se sustentó el recurso mediante abogado inscrito. Por tanto, agotadas las ritualidades de procedimiento, esta Sala procede a decidir sobre el fondo del asunto.

LOS HECHOS

En su vista fiscal la Procuraduría, representada en este caso por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, ofrece una versión de los hechos materia de la controversia que la Corte acoge, por encontrarla ajustada a la realidad del proceso. Expone el Procurador:

"A eso de las seis y media de la tarde del sábado 29 de noviembre de 1958, el señor Alfonso Ocampo Mejía transitaba desprevenidamente por la carrera dieciséis (16), entre calles veintiuna (21) y veintidós (22), de la ciudad de Manizales, en forma de dirigirse de aquélla hacia ésta ,cuando fue alcanzado por un sujeto que venía detrás de él aparentando indiferencia. En el momento de emparejar éste a aquél, o de ponerse a su lado, sin decir palabra y con movimiento rápido e incluíble, le infirió a Ocampo Mejía tremenda puñalada en la parte superior izquierda del vientre, a consecuencia de lo cual le produjo la muerte.

"Con la misma rapidez con que obró para atacar, el homicida se devolvió en plena carrera hacia el cruzamiento de la carrera 16 con la calle 21, volteando por ésta hacia la carrera 15, a la que no alcanzó a llegar, pues fue capturado.

"Dos testigos presenciales hubo de los hechos

relatados: el joven Hernán Aguirre Herrera, y el menor Onías Londoño Naranjo. Aquél pudo presenciar los hechos, de frente, a una distancia aproximada de 17 metros, pues iba caminando, procedente de la carrera 22 a la 21. En cambio, Londoño los atestiguó de lado, a una distancia aproximada de 4 metros, según su relación. (Véase reconstrucción de los hechos, fl. 34, cuad. 1º).

"El herido, a pesar de su gravedad, alcanzó a perseguir a su hechidor hasta la esquina mencionada, es decir, la de la 16 con la 21, donde cayó desfallecido. Fue por esto por lo que el testigo Aguirre Herrera lo acompañó en esa persecución, al paso que el menor Londoño Naranjo permaneció en su sitio.

"Al llegar a la esquina susodicha, los perseguidores se toparon con el agente uniformado de Policía Heriberto Vergara Cardona que hacía vigilancia de rigor en ese lugar, y a quien le solicitaron auxilio. El requerido inmediatamente y en compañía del señor Aguirre Herrera emprendió la persecución del caso, logrando capturar al fugitivo, quien, por lo demás, ya había sido interceptado en su huida por el detective Alcibíades Rodríguez González y el dactiloscopista del Detectivismo señor Bolívar. (Véase el informe de los Agentes Secretos, fl. 7 cuaderno 1º y las declaraciones de Vergara Cardona y Rodríguez González, fls. 4 y 32 vto., id).

"El individuo capturado resultó ser Saúl de Jesús Giraldo, quien como procesado, desde el primer momento y durante todo el curso del proceso, optó por negar las imputaciones que se le han hecho y por las cuales se le condenó en la forma recordada al comienzo de esta vista fiscal".

LA DEMANDA

Para acusar la sentencia del Tribunal, el impugnador invoca únicamente la causal contemplada en el ordinal segundo del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que es pertinente en el caso de autos, por tratarse de un negocio decidido sin intervención del Jurado. En esencia, sostiene el demandante que el juzgador de segunda instancia le asignó a ciertos hechos un valor probatorio que no tenían, mientras que a otros se les desconoció el que sí tienen. Luego cita los textos legales que considera infringidos, y formula la consiguiente petición, conforme al artículo 570 ibidem.

En efecto, la construcción crítica al fallo recurrido parte de una base fundamental, en sentir del impugnador: la de que su patrocinado niega rotundamente a lo largo del proceso toda intervención en los hechos que se le imputan.

El demandante separa en dos capítulos o secciones los fundamentos de la causal invocada. Con la finalidad de seguir fielmente su pensamiento, importa transcribir de manera textual las razones que expone en cada uno de ellos.

En el primero, titulado "Hechos a los cuales se les dio un valor probatorio que no tenían", dice el apoderado del recurrente:

"El H. Tribunal Superior de Manizales consideró establecida la relación causal entre mi defendido y el hecho punible, por las declaraciones de los testigos presenciales del insuceso y además, con base en la existencia de presuntos indicios graves que se desprenden de la declaración del agente de Policía que intervino en la captura y de la injurada del procesado.

"Para proceder ordenadamente, conviene analizar separadamente la doble fuente de convicción del juzgador de la segunda instancia, y esto, para no involucrar en un solo acápite, probanzas de índole diversa.

"APARTE A.—El señor Hernán Aguirre Herrera (fls. 10 y vto.) en declaración rendida bajo juramento, afirma haber presenciado el encuentro de la víctima, quien se halla frente a un granero situado en el lugar de la tragedia, con un desconocido. Añade, que observó cuando éste le arrimó la mano al estómago y que acto seguido, huyó apresuradamente. Dice que al observar al occiso llevándose la mano al estómago, se dirigió a un agente de Policía que transitaba por el lugar, en solicitud de la captura de quien huía y que efectivamente, ésta se operó instantes después.

"Al ser interrogado por el funcionario instructor acerca de si estaba en capacidad de reconocer al agresor, contestó que, debido a la hora en que se produjo el incidente, apenas era posible que viéndolo pudiera identificarlo.

"Posteriormente, en la diligencia de reconstrucción de los hechos, se estableció que las condiciones de visibilidad de este testigo eran deficientes, que por ende, existía la posibilidad de un error en la identificación del presunto agresor.

"Es del caso observar que el testigo Aguirre desconocía la identidad del victimario; apenas lo veía por primera vez; no tuvo oportunidad de observar con detenimiento sus rasgos físicos, y careció de iluminación suficiente para percibir, con claridad, sus peculiares morfológicas.

"No es lo mismo observar a una persona conocida que a otra que apenas se ve por primera vez. A la primera, para identificarla, basta con una rápida ojeada y esto porque sus rasgos anatómicos nos son tan peculiares que con la percepción de uno solo de ellos es suficiente para reconocerla. En cambio, respecto de la segunda, la imagen que llega a nuestra mente por el camino de los sentidos es tan inusitada que muchas veces no logra grabarse en nuestra memoria y por tal razón, estamos sometidos a un amplio margen de error en la identificación que más tarde hacemos de ella.

"El testigo Aguirre, en diligencia de reconocimiento en rueda de presos cuya respectiva acta aparece al fl. 17 del informativo, identifica a mi defendido como autor de la agresión. Tal reconocimiento, de no ser por circunstancias de las que hablaremos a renglón seguido, tendría extraordinaria validez como prueba de cargo. No obstante, en diligencias de careo visible al folio 30, el testigo explica que la identificación de mi patrocinado sólo se realizó en el momento en que éste fue aprehendido por la autoridad y no en el instante en que se produjo el ataque al occiso.

"Cabe aquí recordar que como se dejó claramente establecido en la diligencia de reconstrucción de los hechos, dadas las circunstancias de lugar y tiempo en las que se produjo la captura de Giraldo, el agente de la Policía que en ella intervino bien pudo equivocarse y aprisionar a otra persona distinta a aquella, que instantes antes, lesionara a la víctima.

"Además, la analizada diligencia de reconocimiento adolece de una falla consistente en el hecho de que el testigo, como lo reconoce en la misma diligencia de careo, tuvo oportunidad de observar al procesado muy detenidamente, en la Inspección de Permanencia, poco después de su captura. De tal manera que el reconocimiento que hizo de él obedeció, no a la imagen que percibió en el momento de la agresión, sino a la que pudo aprehender después, al producirse la captura y que observó detenidamente durante el lapso de su permanencia en el lugar a donde fue llevado el procesado.

"Para finalizar el estudio de esta probanza, es del caso transcribir textualmente la respuesta dada por el testigo a una de las preguntas que se le formularon en la precitada diligencia de careo. En tal oportunidad dijo Aguirre: 'Yo no sé si él se equivocó', cuando fue interrogado acerca de la posibilidad de que el agente de Policía hubiera incurrido en error al verificar la captura del agresor, aprisionando a otra persona diferente.

"Estas fallas que se le anotan a la declaración del testigo comentado, sumadas a las que mi escasa perspicacia lógica no me permite percibir, pero que vuestro sabio experimentado criterio hallará (de ello estoy seguro), hacen inaceptable, como prueba de responsabilidad, las afirmaciones del deponente.

"El testigo Onías Londoño Naranjo, a folio 28, hace un relato sintético del incidente. Al ser interrogado por el funcionario instructor acerca de si estaba en posibilidad de reconocer al agresor, confiesa paladinamente que no, circunstancia que nos exonera de ahondar en el estudio de esta probanza.

"Aquí cabe observar que resulta por lo menos extraño que el testigo Onías Londoño Naranjo, quien se hallaba a una distancia de seis metros de los protagonistas, según la diligencia de reconstrucción de los hechos, carecía de condiciones de percepción suficientes para identificar al agresor, y que en cambio, Aguirre Herrera, situado a más de 16 metros del lugar de la tragedia disfrutara de una visibilidad suficiente para percibir su imagen con una claridad tal que permitiera reconocerlo posteriormente.

"En síntesis, y para finalizar este aparte, la declaración única (testis unus testis nullus) de Aguirre Herrera, analizada a las luces de la crítica sana del testimonio, es insuficiente para establecer, como prueba directa, la relación causal entre el hecho punible y la actividad psico-física de mi patrocinado.

"APARTE B.—El H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales le da categoría de indicios graves de responsabilidad a hechos que apenas podrían ser considerados como indicios leves.

"Es así como considera que el incidente acaecido entre el procesado y el occiso, tiempo atrás y en el corregimiento correspondiente al Municipio de Salónica (Valle) como un grave indicio de responsabilidad penal.

"En relación con esta circunstancia del proceso es del caso observar que quien formuló denuncia criminal fue el procesado y quien, a consecuencia de tal denuncia, estuvo privado de su libertad fue el occiso, y que por consiguiente si en el ánimo de alguno de ellos surgió un sentimiento de rencor, lógicamente debió haber sido en el segundo,

quien sufrió las consecuencias de tal insuceso.

"En conclusión y analizando el hecho a la luz de la razón, quien debía guardar propósitos vengativos era Alfonso Ocampo Mejía, y no Saúl de Jesús Giraldo.

"Consiste el pretendido segundo indicio grave en el hecho de que mi patrocinado portara un estuche para barbera, en el momento en que se verificó su captura.

"Saúl de J. Giraldo, en su injurada, dio una explicación satisfactoria a la presencia de tal objeto en su poder. Por lo demás, no se estableció ninguna relación entre dicho estuche y el arma con la cual fue lesionado el occiso y finalmente analizando la entidad de la herida descrita por los expertos médicos con el tamaño de dicho estuche, se llega a la conclusión que existe una desproporción notoria entre ambas ya que un cuchillo, tal como el utilizado por el victimario, en virtud a su tamaño considerable, no podía ser contenido por la cubierta que le fuera encontrada al procesado.

"APARTE C.—El H. Tribunal discernió responsabilidad a mi defendido por un delito de homicidio agravado con base en consideraciones, no en pruebas, sobre la existencia de circunstancias de asesinato.

"En relación con este aspecto del problema, es del caso afirmar que la prueba de cargos no es suficiente para declarar responsable al procesado del delito que se le imputa, y mucho menos para establecer que la agresión se produjo en circunstancias que agravaran el delito.

"Tan deleznable es la posición asumida por el H. Tribunal, en lo que respecta a este aspecto del problema controvertido, que me considero exonerado de hacer un mayor estudio de él".

En el segundo capítulo, bajo el rubro de "Hechos a los cuales se les desconoció el valor probatorio que tenían", el demandante expresa:

"El procesado en su injurada afirmó haber estado, en el momento en que debió producirse la tragedia, en un lugar cercano, pero distinto al de la consumación de los hechos.

"Tal afirmación no fue desvirtuada dentro de la investigación ya que, como se dejó expuesto, la declaración del testigo Aguirre es insuficiente, a las luces de crítica sana del testimonio, para desmentir los asertos del procesado.

"Por tal razón, la confesión de Saúl de J. Giraldo reúne los requisitos establecidos por el artículo 255 del C. de P. P. para dar nacimiento a la presunción de credibilidad consignada en tal norma por el legislador, respecto a las afirmaciones del sujeto activo del proceso".

De lo expuesto por él concluye el demandante que la sentencia acusada es violatoria de los artículos 25b y 203 del Código de Procedimiento Penal y del 363 del Código Penal. Quebranta la primera de las normas citadas, porque "..... la confesión de mi patrocinado reúne los requisitos legales necesarios para dar validez a sus afirmaciones. De ella se desprende que éste, se hallaba, en el momento de consumarse la tragedia, en un lugar distinto al teatro de los hechos y por consiguiente constituye excepción de álibi a su favor, excepción que fue desestimada por el H. Tribunal Superior de Manizales". Infringe la segunda, porque "En el caso de autos no existe la plena prueba de que Saúl de J. Giraldo es responsable del delito de homicidio que se juzga.....", ya que "...la sentencia edifica la responsabilidad del procesado con base en indicios leves y en la declaración de un testigo que por las circunstancias en que se produjo la percepción de los hechos, carece de fuerza suficiente para establecer la autoría de los mismos en cabeza de Saúl de J. Giraldo. Y viola la tercera porque le dio aplicación "sin existir en el proceso prueba que acredite ninguna de las circunstancias contempladas en dicha norma".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Al refutar los cargos formulados a la sentencia impugnada, la Procuraduría comienza por observar que en el informativo aparece plenamente comprobado que el procesado fue cogido in flagranti. Al efecto cita las declaraciones terminantes de los funcionarios que intervinieron en su captura, y la armonía que éstas guardan con los testimonios complementarios de los testigos presenciales Hernán Aguirre Herrera y Onias Londoño Naranjo, advirtiendo que durante el rareo practicado entre el procesado y el primero de los deponentes mencionados, éste se ratificó en el relato que hizo al declarar por primera vez.

"Y con respecto a esa misma diligencia de confrontación —agrega el Procurador— también vale comentar que las preguntas e insinuaciones hechas en el sentido de reconocer una posible equivocación del Agente de Policía al capturar como inocente transeúnte al señor Giraldo, por haberlo confundido con un sujeto que corría desenfrenadamente, de nada sirvieron al formulárselas al citado joven testigo, quien cumplió con su deber

al declarar sinceramente y no exponer sino aquello que realmente le constaba.

"Por lo demás, si a uno o a dos testigos podía hacérsele tal clase de interrogatorio, estos eran el propio Agente de Policía y el detective que intervinieron en la captura del homicida. Sin embargo tal cosa no se hizo.

"De modo, pues, que a nada conducen las críticas hechas en la demanda al testimonio del señor Aguirre Herrera. Esta prueba y la que surge de lo antestiguado por los funcionarios policíacos ya citados, que capturaron al homicida a los setenta y cinco (75) metros escasos del lugar de los hechos y a cuarenta y dos (42) metros del sitio donde se desplomó la víctima, constituyen elementos de juicio más que suficientes para concluir que el procesado es plenamente responsable del homicidio que se le imputa, por cuyo motivo la apreciación hecha por el sentenciador en manera alguna es errónea".

Anota el Procurador en seguida que si los indicios que como prueba de cargo obran en el proceso no tienen, aisladamente considerados, el carácter de graves o vehementes, sumados a la rotunda prueba de otra clase que pesa sobre el acusado adquieren especial relieve y, por tanto, "no hay duda de que el convencimiento legal-moral adquirido por el juzgador para condenar, tiene también asiento en dicha prueba indirecta".

Continuando en el análisis de los cargos, considera el señor Agente del Ministerio Público que la crítica formulada en el "Aparte C." de la demanda a la calificación de homicidio agravado que el Tribunal diera al de autos, apenas si puede estimarse como el planteamiento de una tacha, que quedó huérfano de demostración, razón por la cual ni a la Procuraduría ni a la Corte corresponde llenar el vacío de que adolece sobre el particular el pensamiento del demandante.

"Con todo, afirma el colaborador fiscal, no está por demás poner de presente que el ataque precavido y mañoso, intempestivo, gratuito y traicionero de que fue objeto Ocampo Mejía por parte del acusado, quien se prevalió además de las sombras incipientes de la noche y de la relativa soledad de la calle donde ocurrieron los hechos, constituye, a no dudarlo, circunstancia notoriamente agravante del homicidio cometido, si se está a lo dispuesto por el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, pues, como lo ha dicho la H. Corte en repetidas ocasiones —que fue lo que aconteció aquí— 'lo esencial en todos estos casos es que se sorprenda indefensa a la víctima, y que el agresor se aproveche de esa indefensión, con cobardía y deslealtad de su parte y una notable inferioridad en el sujeto pasivo del delito'". (Casación de 9 de febrero de 1943, LV, 90. Cita de Ortega Torres).

Finalmente, en cuanto a la coartada alegada por el procesado, estima el Procurador que los testigos citados por aquél para probarla "con lo que dicen no sacan valedera o creíble la afirmación hecha por Giraldo de estar ausente del paraje en que se cometió el homicidio de autos, precisamente en el momento en que fue herido mortalmente el señor Ocampo Mejía".

Concluye la Procuraduría, consecuentemente, solicitando a la Corte que no case la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.—Con inobjetable lógica sostiene el Procurador, fundado en claros elementos de convicción obrantes en el proceso, que el sindicado fue cogido in flagranti. En efecto, dice el Agente de Policía Heriberto Vergara Cardona, en lo pertinente:

"Esta tarde por ahí a las seis y media de la tarde, me encontraba de servicio en la calle 21 entre carreras 15 y 16 cerca al café 'La Cueva' cuando oí que gritaban que lo atajaran. Miré y vi que un individuo iba corriendo hacia arriba como hacia el Café El Castillo y luego volteó hacia la salida de Arauca. Inmediatamente salí en persecución del individuo que corría y a la media cuadra de Transportes Irra le grité 'alto', y el individuo ese volteó como a tirarme a mí también. Cuando él vio que yo le tendía el revólver, el individuo ese se rindió y me dijo: Bien pueda agente que yo soy una persona muy honorable". (F. 4, cuad. 1º).

Y el detective Alcibíades Rodríguez relata:

"...yo venía en compañía de un dactilocopista de apellido Bolívar, de quien ignoro el nombre, el cual está en un tratamiento en Bogotá, cuando vimos que un individuo iba corriendo y atrás iba un agente de policía oregando a darle alcance y yo presumí que se trataba de algún delincuente y entonces yo lo paré y lo encañoné, porque el individuo quería seguir. Al practicarle requisa, le encontré una funda de un cuchillo y se la entregué lo mismo que al individuo al agente que lo iba persiguiendo. Agrego que una vez le entregué el individuo y la cubierta al agente, yo seguí y en la esquina ví a un individuo herido,

echando sangre por el estómago y estaba como acurrucado y me informaron que ese individuo había sido herido por quien había capturado yo anteriormente... Solamente el policía estaba corriendo detrás del individuo, los cuales fueron los únicos que corrieron...". (Fl. 32. vto.).

Lo expuesto por estos funcionarios guarda substancial armonía con lo relatado por los testigos Hernán Aguirre Herrera y Onías Londoño Naranjo. El primero de ellos, después de relatar la forma como presenció el ataque de que fue víctima Ocampo Mejía y agregar que el atacante de éste inmediatamente desanduvo el camino "a toda carrera", dice:

"En esos momentos venía un agente de policía en la esquina de arriba, lo cual yo viendo al tipo que estaba parado que se cogía el estómago, salí a la carrera y le dije al agente que lo cogiera, que le echara mano. El agente salió en su persecución (sic) y lo cogió llegando casi a la esquina. Cuando el agente lo cogió, el tipo le hizo repulsa y en esos momentos llegaron dos tiras y le ayudaron al agente del procedimiento" (fl. 10 vto.).

El menor Onías Londoño explica que el ataque ocurrió "sin que ninguna palabra se hubiera cruzado entre los dos", y agrega:

"...acto seguido ambos se devolvieron, alcanzando a andar el herido como hasta la esquina donde queda el 'Dar Castillo' y el agresor se me perdió de vista, y al ratico fui donde estaba el herido y le dije al Agente de Policía que yo había sido testigo". (Fl. 28).

Como lo advierte el Procurador, durante el careo practicado entre el testigo Aguirre Herrera y el procesado, aquél se ratificó en el relato que hizo al declarar por primera vez.

2.—Frente a estos elementos de convicción es obvio que carecen de eficacia las críticas que con tanta tenacidad formula el demandante al testimonio del joven Aguirre Herrera. El hecho de que por la penumbra de la hora en que ocurrió el sangriento episodio el citado testigo no pudiera dar cuenta de los rasgos fisonómicos del agresor de Ocampo Mejía en nada desvirtúa la identidad entre dicho atacante y el individuo que instantes después fue capturado por la policía, quien resultó ser Saúl de Jesús Giraldo. En efecto: Los testigos Aguirre Herrera y Londoño Naranjo presencian el ataque y ven cuando el agresor se devuelve precipitadamente hacia la esquina mencionada. El testigo Aguirre, en acto lógico y espontáneo, grita que lo detengan, que lo aprehendan. El Agente de Policía Vergara Cardona ve también al fugitivo, emprende su persecución y le da alcance momentos después, precisamente cuando el sujeto que huía es interceptado en su carrera por el detective Rodríguez González, quien igualmente presencia el afanoso empeño del policía por detener al que huye. Aprehendido éste, se repite, resulta ser Saúl de Jesús Giraldo. ¿Podrá entonces sostenerse, a la luz de la lógica y de la razón, que existe la posibilidad de que Giraldo no fuera el individuo que en instantes inmediatamente anteriores hiriera, con eficacia mortal, a Ocampo Mejía? Ciertamente no. De ahí que el señor Procurador haga la afirmación irrefutable de que el procesado fue cogido *in flagranti*. Convicción ésta que también gravitó en el ánimo de los juzgadores de instancia para condenar a Saúl de Jesús Giraldo, como puede observarse por la simple lectura de los fallos de primero y segundo grado. Sobre todo cuando la prueba relativa a la identidad entre el agresor y el sujeto aprehendido cobra excepcional fuerza ante los significativos indicios que obran en el proceso, entre los cuales deben destacarse el haber negado Giraldo que fuera "corriendo", cuando fue capturado, y las diferencias preexistentes entre victimario y víctima, sin que respecto de este último extremo valga la afirmación del demandante en el sentido de que por haber sido precisamente Giraldo, en época anterior, quien presentara denuncia criminal contra Ocampo Mejía, era éste quien debía guardar sentimientos de rencor contra el primero, ya que nada autoriza en el proceso para considerar que aquella antigua animadversión de Giraldo hacia Ocampo hubiera cesado.

3.—Debe quedar plenamente establecido que la coartada que quiso plantear el procesado no tiene el menor asidero en las pruebas recogidas en el informativo. De las declaraciones de los señores Manuel Zapata (fl. 127, cuaderno 1º) y Luis Olmedo Herrera (fl. 128, id.) en manera alguna se desprende que Giraldo estuviera ausente del lugar de los hechos en el momento en que se perpetró el homicidio de autos. El segundo de estos deponentes sólo afirma que el día de los acontecimientos estuvo con Giraldo en el Café "El Cisne" durante unos pocos minutos, alrededor de las nueve de la mañana. Y el primero manifiesta que se encontró con el procesado, el día referido, "por ahí como a la una o dos de la tarde", y que se despidieron, aproximadamente, a las "cuatro y media de la tarde".

4.—El impugnador no demostró en manera alguna el error que en su sentir cometió el Tribunal al calificar de agravado el homicidio de que fue autor Saúl de Jesús Giraldo. Simplemente se limitó a manifestar que tal calificación es tan deleznable que se consideraba "exonerado de comentarla a fondo". Ante la ausencia de todo esfuerzo demostrativo sobre el particular, es obvio que la Corte no puede suplir con argumentos propios la ostensible omisión del demandante. No sobra advertir, sin embargo, que el "ataque precavido y mañoso, intempestivo, gratuito y traicionero de que fue objeto Ocampo Mejía por parte del acusado", como lo expresa la Procuraduría, "constituye circunstancia notoriamente agravante del homicidio cometido", y que, por tanto, no erró el Tribunal al aplicar al caso de autos el artículo 363 del Código Penal. Y que tampoco quebrantó, según surge de las razones expuestas, los artículos 255 y 203 del Código de Procedimiento Penal.

5.—Cuando se invoca la causal segunda de casación en juicios de puro derecho, como el presente, —lo ha dicho la Corte en repetidas oportunidades— es preciso demostrar que el fallador de instancia, al apreciar las pruebas en que los hechos se sustentan, erró de modo ostensible o manifiesto, atribuyéndodoles un valor de que carecen, o negándoles el que realmente tienen. Una simple diferencia de criterios en cuanto a la racional interpretación de los elementos de juicio no autoriza para invalidar una sentencia acusada con fundamento en la causal predicha, porque los jueces, dentro del sistema legal-moral imperante en el procedimiento penal colombiano, tienen un prudente y necesario arbitrio para estimar las pruebas. Es suficiente lo expuesto para concluir que la causal invocada no puede prosperar.

DECISION:

En mérito de las razones anteriores, la Corte Suprema —en Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y acorde con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO INVALIDA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Manizales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitiva Vengare Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres.—Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Floridalia León L., Secretario.

ERRADA APRECIACION DE LOS HECHOS EN LA SENTENCIA QUE CONDENO COMO RESPONSABLE DE HOMICIDIO EN RIÑA IMPREVISTA A QUIEN, CONFORME A LAS PROBANZAS ALLEGADAS, OBRO EN LEGITIMA DEFENSA DE LA VIDA DE SU HIJO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION PENAL. — Bogotá, mayo doce de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en sentencia del trece de julio del año pasado, condenó a Isidro Flórez Timaná a la pena principal de cuatro años de presidio y a las accesorias legales, como responsable del delito de "homicidio" consumado en Abelardo Ortega, en el caso de una riña imprevista.

El defensor de Flórez Timaná interpuso contra la sentencia del Tribunal el recurso extraordinario de casación, el que fue oportuna y debidamente sustentado por el abogado doctor Mario Enrique Pérez.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El hecho a que dio origen el presente proceso ocurrió el 11 de abril de 1959, en el corregimiento de Argelia, municipio del Patía, en el Departamento del Cauca. En la fecha indicada, Isidro Flórez Timaná, su hijo Luis Humberto Flórez y la esposa del primero viajaron de su casa situada en la región de "Miró Lindo", a la población de Argelia, para asistir al mercado. En las horas de la tarde emprendieron el regreso, habiendo sido alcanzados en el camino por Abelardo Ortega y José Guaca, quienes los injuriaron y los provocaron para que pelearan. A pesar de esto, los Flórez siguieron su viaje tratando de evitar la pelea, pero en el camino fueron nuevamente alcanzados en varias oportunidades por Ortega y Guaca, quienes insistieron en desafiar y ultrajar a los Flórez, especialmente a Luis Humberto. Estos continuaron la marcha hasta el sitio de "Miró Lindo", en donde el último de los nombrados se desmontó en un rancho, con el propósito de comprar algo de comer. En este lugar fueron nuevamente alcanzados por Ortega y Guaca, quienes persistieron en su tarea de ultrajar y desafiar a Luis Humberto Flórez, hasta el momento en que Abelardo Ortega, armado con un cuchillo, se lanzó sobre aquel para herirlo, pero éste pudo evitar el golpe. Visto el ataque armado de que era víctima Luis Humberto, su padre, Isidro Flórez, sacó su peinilla y le tiró con ella dos golpes a Ortega, lesionándolo mortalmente, pues falleció a consecuencia de las lesiones en el lugar de los hechos.

Hay testimonios que comprueban que Abelardo Ortega, a pesar de contar apenas 17 años de edad, había llegado a constituirse en el terror de los campesinos de "Miró Lindo" pues refieren que Ortega pertenecía a una banda de salteadores de caminos y algunos lo sindicaban como responsable de la muerte de Camilo Muñoz.

En el proceso obra una denuncia criminal formulada ante el Inspector de Policía Judicial de Argelia, pocos días antes de la muerte de Abelardo Ortega, denuncia presentada por los Flórez, Gerardo Rivera y José Hoyos, en la que dan cuenta de las agresiones de obra de que fueron objeto los denunciantes por parte de Abelardo Ortega, Efraín Ortiz, Eliécer Díaz y otros sujetos.

Al proceso se le aplicó el procedimiento establecido por el Decreto Legislativo 0012 de 1959, por subsistir en el Departamento del Cauca el estado de sitio.

El Juez Primero Superior de Popayán, a quien le correspondió conocer del negocio, acogiendo el concepto de su colaborador Fiscal, en fallo del 3 de diciembre de 1959 absolvió a Isidro y Luis Humberto Flórez, por estimar que el hecho se cometió en el ejercicio del derecho de legítima defensa de la vida.

El Tribunal Superior de Popayán, Sala Penal, al revisar, por consulta, la sentencia absolutoria de primera instancia, en desacuerdo con su Fiscal, confirmó la absolución de Luis Humberto Flórez y condenó a Isidro Flórez Timaná a la pena de cuatro años de presidio y a las accesorias correspondientes, por estimar que éste era responsable de un homicidio simplemente voluntario, reconociendo la modalidad atenuante de una riña imprevista.

DEMANDA

La demanda de casación, que se ciñe formalmente a los requisitos exigidos por la ley, invoca contra la sentencia recurrida las causales segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, o sea errada apreciación de los hechos e indebida aplicación de la ley penal.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de algún comentario a la demanda de casación, la considera "irreprochable", y de hacer la crítica del fallo acusado, el que estima "sensiblemente superficial", en cuanto al análisis de las declaraciones y su cotejo con las otras pruebas del proceso, es de concepto de que se proceda a casar la sentencia impugnada, por haber sido eficazmente demostradas las causales propuestas.

CAUSAL SEGUNDA.—Dice el demandante que casi todo el acervo probatorio que obra en autos lleva a la conclusión de que Isidro Flórez, al dar muerte a Abelardo Ortega, obró en el ejercicio de legítima defensa de su vida y la de su hijo Luis Humberto Flórez. Que la mayoría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, pues hubo un voto disidente, le desconoció a dicho acervo probatorio su verdadero valor, y le negó el que tiene al dejar de tener en cuenta varios elementos de convicción, y que de este modo equivocado concluyó que el homicidio había sido cometido en riña imprevista.

En orden a fundar la causal invocada, el impugnador transcribe, en primer lugar, la parte pertinente de la motivación del fallo acusado, para agregar a continuación que en éste no fueron apreciadas las siguientes pruebas:

a) La denuncia formulada a folios 85 y siguientes por los Flórez, Gerardo Rivera y José Hoyos, contra el occiso y otros, el 17 de febrero de 1959; denuncia que establece la peligrosidad de éste y el odio que le profesaba a Luis Humberto Flórez, aspectos estos de mucha trascendencia en los hechos acontecidos el 11 de abril siguiente y que el Tribunal debió relievar en su exacta significación.

b) Las declaraciones de Cenón Daza, Héctor Meneses, Rafael Rengifo, Simón Bolaños Ortiz, Amalia Muñoz Ruiz, Abigaíl Muñoz, Diomedes Meneses y Peregrino Bolaños.

En relación con estos testimonios expresa el impugnador lo siguiente:

"El contenido de las declaraciones que anteceden no aparece infirmado por ninguna otra probanza. Y no hay razón valedera para que sean desechadas, como prácticamente lo fueron por el *ad quem*, que apenas registró la presencia de ellas en los autos, de manera desdeñosa, omitiendo su análisis.

"Este conjunto testimonial tiene un común denominador: los antecedentes y prácticas delictivos de Ortega y, a la inversa, la ejemplar conducta de los agricultores Flórez.

"De la misma animadversión de Ortega contra los Flórez, singularmente contra Luis Humberto, dan cuenta las deposiciones de los ciudadanos Daza, Rengifo, Bolaños Ortiz y Abigaíl Muñoz.

"Los testimonios de Amalia Muñoz Ruiz, Abigaíl Muñoz, Diomedes Meneses y Peregrino Bolaños, son esenciales para la comprobación de la legítima defensa que ejerció Isidro Flórez. Evidentemente, ellos demuestran los elementos que integran la figura jurídica de la legítima defensa, a saber: violencia actual, injusticia de la agresión, peligro inminente y proporción entre la defensa y la agresión".

En cuanto a las pruebas que fueron erróneamente estimadas por el Tribunal de Popayán, el demandante señala la indagatoria de Isidro Flórez, las declaraciones de Carlos Armero, Blas Mutis, Floresmila Gómez y la de Evangelina López, testimonios que copia en la parte pertinente, para concluir que:

"En fin, a través de todo el proceso se echa de menos la integración de la entidad jurídica de la

riña, lo propio que de sus elementos constitutivos. Las palabras ofensivas que hubo a lo largo del camino, se quedan en el ámbito de los ultrajes. Y los recíprocos ataques, las mutuas agresiones, el combate singular entre Ortega e Isidro Flórez, no tienen comprobación en los autos.

"Pero hay más. No se puede hablar de riña imprevista cuando ha mediado una provocación incesante de dos horas, a lo largo del camino público de Argelia a Miró Lindo.

"La errada interpretación de los hechos llevó al faltador de segunda instancia a violar el artículo 25 —ordinal 2º— del C. Penal, dejando de aplicarlo, siendo el caso de hacerlo. Y esta violación llevó al Tribunal a la transgresión consecuencial de los artículos 362 y 384 de la misma obra, conforme lo expondré adelante".

SE CONSIDERA:

El Tribunal de Popayán, en la sentencia acusada, después de transcribir la parte pertinente de las indagatorias de Isidro y Luis Humberto Flórez y los testimonios de Carlos Armero, Blas Mutis, Floresmila Gómez, Evangelista López, Carmela Delgado de Ortiz, para fijar la situación jurídica de los sindicados, hace las breves consideraciones siguientes:

"Es incuestionable que conforme a ellas, aparece establecido que el autor de las heridas que le ocasionaron la muerte a Abelardo Ortega es el sindicado Isidro Flórez.

"El señor Juez a-quo ha considerado que Isidro Flórez obró en estado de legítima defensa de la vida de su hijo Luis Humberto Flórez. Esta apreciación, sin embargo, es equivocada, pues las piezas procesales demuestran que lo que en realidad hubo fue una riña entre los Flórez y el occiso, en el curso de la cual Isidro Flórez atacó con peinilla a Ortega, lesionándolo de muerte.

"El ambiente que antecedió a la tragedia, era de reyerta, de pelea, de ánimo belicoso, caldeado por los efectos del alcohol. El expediente evidencia, además, que después de haberse cruzado frases provocativas entre los Flórez y Ortega, en diversas partes del camino, se pararon en el sitio de los hechos, se insultaron y pasaron a las vías de hecho, con los resultados conocidos. Hubo un encuentro a mano armada, agresiones mutuas, un lance personal, que caracterizan la riña. Basta confrontar las declaraciones de los presenciales, para deducir, sin mayor esfuerzo, que las versiones dadas por los Flórez no tienen ningún respaldo valedero y no pueden, por tanto, aceptarse integralmente ni otorgárseles el valor de confesión.

"Trátase de un delito 'Del homicidio' simplemente voluntario, cometido en estado de embriaguez, por Isidro Flórez, mediante la modalidad atenuativa de la riña suscitada de un modo imprevisto.

"Teniendo en cuenta que en contra del sindicado Isidro Flórez no concurren factores de agravación y en cambio militan varias circunstancias de menor peligrosidad en su favor, las sanciones imponibles son las resultantes de la conjunción de los artículos 362 y 384 del C. Penal, en su mínimo, o sean, cuatro años de presidio y las accesorias correspondientes a esta clase de pena. En este sentido se revocará el fallo absolutorio en favor del citado Isidro Flórez.

"La decisión absolutoria con que han sido favorecidos Luis Humberto Flórez y Peregrino Bolaños tiene amplio asidero en la realidad procesal, y debe por ello aprobarse".

Como se ve, el Tribunal, en la corta motivación del fallo acusado no se detiene a hacer un análisis del contenido de las indagatorias ni de los testimonios transcritos, ni un estudio de cotejo de los diversos elementos probatorios que obran en autos, para llegar a la conclusión de que el Juez a quo se equivocó al estimar que Isidro Flórez obró en ejercicio del derecho de legítima defensa de la vida de su hijo Luis Humberto Flórez, y que lo que ocurrió entre aquél y el occiso Abelardo Ortega fue una riña suscitada de un modo imprevisto. En relación con los testimonios de Cenón Daza, Héctor y Diomedes Meneses, Rafael Rengifo, Simón Bolaños Ortiz, la sentencia impugnada apenas hace referencia a ellos para expresar que dichos testigos "hablan sobre mala conducta del occiso, presentándolo como elemento indeseable, y algunos testigos dan cuenta de los hechos a que se contraen los autos".

Como el cargo contra el fallo acusado se basa principalmente en que en éste dejaron de apreciarse varias pruebas, especialmente los testimonios a que se refiere el demandante, y en que hubo errada apreciación de otros testimonios, es indispensable estudiar el contenido de dichas pruebas, para poder establecer si realmente incurrió el Tribunal, en dicho fallo, en un notorio error al valorar la prueba, caso en el que prosperaría la causal invocada.

Primeramente se observa que en la sentencia impugnada ninguna referencia se hace a la de-

nuncia, que original obra a folio 85 del primer cuaderno, formulada el 16 de febrero de 1959, es decir menos de un mes antes de la muerte de Abelardo Ortega, por Isidro y Luis Humberto Flórez, José Hoyos y Gerardo Rivera, por lesiones personales, contra el primero de los nombrados y otros sujetos. De acuerdo con el contenido de dicha denuncia, aparece que los denunciantes fueron agredidos de palabra y con puñal, piedras y a tiros, el 14 de febrero de 1959, en el mismo sitio de "Miró Lindo", por parte de Abelardo Ortiz, Efraín Ortiz, Eliécer Díaz, Alfonso Ruiz, Pedro Rengifo y Rómulo Gutiérrez, y que de resultas de esta agresión los denunciantes fueron heridos con puñal y Luis Humberto Flórez fue lesionado en la cabeza por Abelardo Ortega.

Con base en dicha denuncia, el Inspector de Policía de Argelia, por providencia fechada el 18 de febrero de 1959, ordenó la correspondiente investigación y la captura de los denunciados.

Es cierto que la expresada denuncia y el diligenciamiento a que ello dio origen fueron irregularmente acumuladas a este proceso, y quizás por esto el Tribunal no la tuvo en cuenta en el fallo acusado, pero de todas maneras ella es un precedente que indica la enemistad grave que existía entre los Flórez y el occiso, y que confirman los testimonios que hablan de la peligrosidad de éste.

En cuanto al contenido de los testimonios que obran en autos y que no fueron estimados especialmente en el fallo acusado, son del tenor siguiente:

Jenén Daza (fl. 77) expresa lo siguiente: "Conozco desde muy pequeño a Abelardo Ortega, era un joven sano hasta los quince años de edad, luego se supo que andaba en compañía de unos maleantes como Efraín Ortiz, Eliécer Díaz, y que estos los días viernes se hacían en puesto en Mirolindo, a saltear y provocar en una forma o en otra riña a los que pasaban tranquilos por el camino, y esto lo hacían por robar, y hacer muchas picardías, hasta que se llegó la época de encontrarlos yo, que tenían sostenido a un hijo de Isidro Flórez, como para matarlo o herirlo, y como corregidor que soy, les llamé la atención diciéndoles qué era lo que pasaba, y ellos me contestaron que nada. Entonces dijo el finado Camilo Muñoz, que si era que iban a pelear para desarmarlos y se negó Eliécer Díaz, mentándole la madre a Camilo Muñoz, y Efraín Ortiz otro de los compañeros dijo, a nosotros no nos desarma cualquier hijo de puta, y en ese momento el finado Camilo para evitar cualquier cosa grave, se hizo para un lado, y Efraín lo cogió de la ruana y lo tumbó al suelo, y en eso corrió y se le fue encima con la peinilla para abrirle la cabeza de un peinillazo Abelardo Ortega, y en eso yo lo cogí como Corregidor, para hacerlo para un lado, y evitar casos de sangre. Luego al rato se formó otra pelotera, y yo los saqué como autoridad a los antes citados, entre ellos el más metido, y atrevido que no respetaba ni autoridad era Abelardo Ortega, en ese momento la pelotera fue con Luis Flórez hijo de Isidro Flórez, es decir Eliécer Díaz, en compañía de los otros dos Abelardo Ortega, y Efraín Ortiz. Más luego me consta que ya siendo tarde, se habían hecho entre los tres Eliécer Díaz, Abelardo Ortega y Efraín Ortiz, bien abajo, con el fin de aguaitar a Luis Flórez para matarlo, y me tocó otra vez meterme, aclaro que esos tres sujetos son muy pícaros. Luego supe que lo habían matado a Abelardo Ortega, pero de eso no me consta nada. La conducta de este Abelardo Ortega como la de Eliécer Díaz y Efraín Ortiz, son de muy pésima conducta, eran salteadores en los caminos, rateros, y de todo lo malo".

Héctor Meneses (fl. 78) expresa: "Lo referente a Abelardo Ortega, sé que era un hombre de muy malos antecedentes, salía a Mirolindo hacía unos tres meses a buscar riñas, a todos los que se encontrara en el camino, como también asaltaba en los caminos, y un día me lo encontré que estaba en el camino de La Belleza y Argelia, yo estaba acomodando una carga, y me alcanzó Abelardo Ortega, y éste portaba una carabina y estaba en actitud sospechosa".

Rafael Rengifo (fl. 78 v.) dice: "Conocí al señor Abelardo Ortega, por un espacio de cinco años, y me consta que era bueno, al principio, pero después debido a las circunstancias de origen político se volvió un pícaro, buscó compañeros para hacer su cuadrilla y asaltar a la gente que pasaba por el camino, o caminos de esta región donde a cada nada aparecían muertos asesinados, y nadie sabía quién los mataba. Entre estos delitos entraba la muerte del finado Camilo Muñoz, en el sector de Mirolindo, y finca de los Gutiérrez...".

Simón Bolaños (fl. 79) expresa: "Es verdad que conocía al que llamó Abelardo Ortega, era un joven bueno, cuando estaba de unos quince años de edad, luego se dañó muy malo, de malos antece-

dentes, pleitista, y le gustaba salir a los caminos, a saltiar a las gentes que pasaban en compañía de Eliécer Díaz, de los Gutiérrez, y de unos Gómez, y hacían puesto en Mirolindo a la gente que pasaba con el fin de robarles lo que llevaran al mercado. Me consta que un día persiguió en esta población a los Flórez, Isidro Flórez y el hijo de éste de nombre Luis Humberto Flórez, desde la cantina de Santiago Solarte, hasta Mirolindo y en todo el camino los desafiaba con el puñal en mano, y mentándoles la madre, y amenazándolos a matarlos, y eso era de siempre, que los amenazaba de muerte, cada vez que se los hallaba en alguna parte".

Amalia Muñoz Ruiz (fl. 80) manifiesta lo siguiente: "Yo vivo en una casita de todo el camino, que conduce de esta población a El Platesdo, y un día, del mes de abril del año pasado, si mal no recuerdo estando yo barriendo en mi casa, en las horas de la tarde, las cuatro de la tarde, vi que bajaban don Isidro Flórez, y el hijo de nombre Luis Flórez, y llegó a mi casa y se desmontó de la bestia que iba, y más atrás llegó Abelardo Ortega, con un cuchillo en la mano y le mentaba la madre, sin motivos porque los Flórez estaban callados, y en eso se sentó don Isidro Flórez, pero Abelardo lo atacó con un puñal, y a mí me dio miedo, por el terror que teníamos a esa cuadrilla encabezado de Abelardo, y me entré por no ver nada malo, y al rato oí que Abelardo todavía le mentaba la madre a los Flórez, y yo me quedé adentro, y al buen rato cuando salí ya estaba caído boca abajo muerto Abelardo Ortega, y luego los Flórez se fueron para sus casas. Yo también me consta que Abelardo Ortega andaba en cuadrilla con Eliécer Díaz, y otros asaltando la gente que pasaba, y yo les tenía miedo o terror cuando los veía porque eran muy malos, asesinos".

Abigail Muñoz (fl. 80 v.) expresa lo siguiente: "El día del caso de la muerte de Abelardo Orteba, yo bajaba de esta población hacia mi casa en la vereda de San Antonio, y al llegar a Mirolindo vi que estaban los Flórez Isidro y Luis Flórez, desmontados en una venta de empanadas, o sea en la casa de Amalia Muñoz, y en eso llegó estando muy tranquilos sin ofender a nadie los Flórez, el finado Abelardo Ortega armado de un puñal, y le dijo a Luis Humberto Flórez: "AHORA SI ESTOY SUELTO gran hijo de puta", y se le fue encima con el puñal como a matarlo, y yo viendo esto, me asusté y más allá me quedé parada para lo que pasaba, y en todo caso ese finado se iba encima de los Flórez con la puñaleta, pero le tiraba era a Luis, y éste se defendía, y en defensa del hijo, se metió el viejo Flórez, y Isidro Flórez ya de acusado, (sic) y en defensa de su hijo y de la vida de él, le tiró con la peinilla a Abelardo Ortega y lo mató...".

Bienedes Meneses (fl. 81 v.) manifiesta: "Es verdad que el día que mataron a Abelardo Ortega, yo iba de esta población de Argelia, para mi casa de habitación en la vereda de San Antonio, iba en compañía de mi señora Abigail Muñoz, y llegamos al punto de Mirolindo a un rancho donde vende empanadas la señora Amalia Muñoz, y cuando llegamos al rancho yo me desmonté, y convidé a don Isidro que nos fuéramos, y en eso llegó Abelardo Ortega, y con un puñal en la mano atacó a don Isidro y a su hijo Luis Flórez, yo me metí para que no pelearan, pero ví que este finado Abelardo Ortega le tiraba con el puñal a Luis, y como no pude remediar eso, a mí me dio como terror, y me fui para un ladito...".

Peregrino Bolaños (fl. 84) expresa: "Es verdad y me consta que el día de los hechos, que perdió la vida Abelardo Ortega, yo estaba en esta población haciendo mercado, fue un día sábado, y ya tarde, a las dos de la tarde me fui para mi casa, cita en el punto de San Antonio, yo salí de aquí en compañía de Gerardina Daza hasta la fonda de Santiago Serrano, y allí me escampé el aguacero y en eso llegaron los Flórez, Isidro y Luis y la mujer de don Isidro, luego nos fuimos todos en compañía, y luego más abajo le salió Abelardo Ortega, a los Flórez, armado de un cuchillo, y los atacó, y yo le quité el cuchillo a Abelardo, y seguimos el camino, luego ya pasé adelante de los Flórez, y cuando llegué a donde Amalia Muñoz, donde hacen empanadas, y allí estaba yo cuando llegaron otra vez los Flórez que iban detrás de mí, y se desmontaron a escamparse del invierno, y en eso volvió otra vez Abelardo Ortega, y en ese instante me dijo a mí Abelardo: 'ENTREGUEME MI CUCHILLO' yo se lo entregué como éste dijo que se iba y luego salí a buscar mi caballo para seguir mi camino, cuando ví que en ese momento estaba ya caído Abelardo Ortega, estaba muerto, aclaro que Abelardo les mentó la madre a los Flórez en el momento en que yo le entregué el cuchillo, y los persiguió desde la salida de Argelia hasta el punto donde fue muerto, si los Flórez lo mataron fue en defensa propia,

porque este hombre desde antes los perseguía a los Flórez en todas partes".

Como claramente se deduce del contenido de estas declaraciones, unas se refieren a los antecedentes de enemistad de Ortega contra los Flórez, particularmente contra Luis Humberto Flórez. Además, con estos testimonios, especialmente con los de Cenón Daza, Héctor Meneses y Rafael Rengifo se establece que el occiso Abelardo Ortega era un sujeto de precoz peligrosidad, toda vez que era factor de permanente intranquilidad para los campesinos de la región, pues se había asociado a Efraín Ortiz, Eliécer Díaz y otros sujetos de malos antecedentes para "saltear y provocar en una forma o en otra, riña a los que pasaban tranquilos por el camino y esto lo hacían para robar y hacer muchas picardías", según lo expresa Cenón Daza, Corregidor de la vereda de San Isidro.

Las declaraciones de Amalia Muñoz Ruiz, Abigaíl Muñoz, Diomedes Meneses y Peregrino Bolaños, quienes como presenciales de los hechos relatan la forma como estos ocurrieron, indiscutiblemente plantean para Isidro Flórez una situación de legítima defensa ejercitada para salvar la vida de su hijo Luis Humberto Flórez, excluyendo la posibilidad de una riña imprevista, circunstancia ésta, que como se vio, fue reconocida por el Tribunal.

Es cierto que estos declarantes rindieron su testimonio a solicitud del defensor de los Flórez, y de acuerdo con interrogatorio que al respecto les formuló, pero esta no es razón para que el Tribunal dejara de tomar en cuenta dichos testimonios, de innegable valor probatorio para determinar la verdadera situación jurídica de Isidro Flórez.

En relación a las pruebas que el demandante dice que fueron equivocadamente estimadas para fundamentar este motivo de impugnación, expone lo que sigue:

"Aunque el Tribunal no señala específicamente qué prueba en particular o cuáles elementos probatorios en general sirvieron para integrar su criterio de que el homicidio se perpetró en riña imprevista, pues en el capítulo 'Consideraciones', ya inserto en lo pertinente, alude globalmente a las 'piezas procesales' y a 'el expediente', me tomo la tarea de analizar las probanzas que aparecen reproducidas en el fallo.

"1) Indagatoria de Isidro Flórez (fl. 46), en la cual se lee:

"'En Mirolindo, en un rancho se desmontó mi hijo para ver qué había para comprar; en esto nos alcanzó otra vez José Grace y Abelardo Ortega y continuó desafiando y ultrajando a mi hijo diciéndole hijueputa, vos no sabés quién soy y sacando un cuchillo grande de crucero se lanzó sobre mi hijo y él para evitar que lo hiriera corrió; como yo vi que iba a pasar con el cuchillo Ortega a mi hijo y hasta creí que lo había matado me fui con mi peinilla en defensa de la vida de mi hijo y le halé dos machetazos, con los cuales yo lo herí...'.

"El valor probatorio de esta confesión no puede ser diferente al de configurar la legítima defensa, pues ella describe la ninguna justificación de la agresión de Ortega hacia Luis Humberto Flórez, el ataque armado de aquél para éste, la defensa ejercida por Isidro Flórez y la proporción entre agresión y defensa. Obsérvese que sistemáticamente Isidro dice que ellos estaban eludiendo la pelea que alevosamente les proponía Ortega, que no alcanzó a haber cambio de agresiones de hecho, esto es, riña, y que lo que hubo por parte de Isidro fue una reacción defensiva ante el peligro inminente.

"2) Declaración de Carlos Armero (fl. 14), en la que se lee:

"'...allí nos demoramos cinco minutos más o menos, en esos cinco minutos se presentó una riña entre don Isidro Flórez, Luis Flórez hijo de éste y Abelardo Ortega, entonces en este momento Ortega se acercó hacia los señores Flórez y noté en Ortega que quería agredir a los señores Flórez, en ese momento Blas Mutis se les presentó por el medio con el fin de que no fueran a pelear, pero esto no fue atendido por Ortega pues con un arma en forma de puñaleta o cuchillo, le haló a Luis Flórez pero no lo hirió ya que Luis Flórez retrocedió un poquito y entonces Ortega no pudo con el puñal, entonces ya intervino Isidro Flórez, padre de Luis y sacando una peinilla le jaló a Ortega y oí que sonó el machetazo'.

"Esta declaración está plenamente acorde con lo expresado por Isidro Flórez y en ella se objetivizan también los elementos constitutivos de la legítima defensa que ejerció Isidro. Conviene destacar que aunque el testigo menciona la palabra 'riña' no relata que los Flórez y Ortega se hicieron recíprocos ataques de obra, ni mutuas ofensas, por lo cual se trata de una calificación que a los hechos les dio ese testigo, ignorando el alcance jurídico de la citada palabra. Aquí valen los hechos relatados y no las palabras utilizadas.

"3) Declaración de Blas Mutis (fl. 16), en la cual se lee:

"'...yo me detuve a conversar con el señor Isidro Flórez y Luis Flórez hijo de éste, le pregunté que qué pasaba, me contestaron que nada, en ese momento se acercó Abelardo Ortega, y nos dijo algo que yo no recuerdo pero en todo caso era agresivamente tratando de ofendernos, entonces yo les dije que no fueran a pelear que esto no era nada bueno, en este momento se acercó Abelardo Ortega a Luis Flórez como en actitud de plantearle pelea a Luis, en ese momento yo me les presenté por el medio con el fin de apartarlos para que no pelearan, y entonces fue cuando los Flórez dijeron que era mucha la joda y en ese momento Abelardo Ortega le buscaba el lado a Luis Flórez en actitud de tirarle puñalada a Luis Flórez, ya que le ví a Ortega un cuchillo con el cual agredía a Luis Flórez, pero entonces el señor Isidro retrocedió a su hijo Luis para un lado y sacó su peinilla y le jaló a Ortega...'".

Este es el testimonio que mejor describe el fatal momento en que Ortega agredió a puñal a Luis Humberto Flórez y en el que Isidro Flórez hizo lo que cualquier otro padre hubiera hecho: defender a su hijo del fulminante peligro que sobre él se cernía, contratacando al agresor injusto. Esta declaración no describe, en ninguno de sus pasajes que mediara riña. Y si ésta se llegara a aceptar, en la más ingenua de las suposiciones, sólo podía serlo entre Abelardo Ortega y Luis Humberto Flórez y no entre el occiso e Isidro Flórez, lo que no excluiría tampoco la legítima defensa en favor del último, por haber salido a la defensa de la vida de Luis.

"4) Declaración de Florismelda Gómez (fl. 38), en que se leen hechos sin respaldo en los autos. Esta testigo se hace sospechosa de parcialidad, dada la total contradicción en que incurre con respecto a los testimonios que acabo de examinar.

"La Gómez no concuerda ni siquiera con lo aseverado por José A. Guaca (fl. 14 vto.), porque éste niega las provocaciones originadas en los Flórez y la existencia de riña alguna. A propósito del señor Guaca, quien el día de los hechos era el segundo de Ortega, en atención a sus continuas invitaciones a la refriega, subrayo el alto elogio que le hace a Isidro Flórez en su declaración:

"'...me extrañó cuando Ortega me dijo que lo había herido Isidro Flórez pues éste ha sido hombre honrado trabajador de buena conducta pues jamás lo he visto en peleas...',

"párrafo que sirve para que la H. Corte se dé cabal cuenta de que mi defendido es un ciudadano de bien, un agricultor honesto.

"Volviendo a la testigo Gómez, cabe observar, en acotación final, que ella no alude propiamente a la existencia de una riña en el instante en que tuvo lugar el homicidio.

"5) Declaración de Evangelista López (fl. 39 vto.). Ella no refiere concretamente la presencia de riña alguna entre Ortega e Isidro Flórez, ni entre aquél y Luis Humberto".

Las transcripciones que el impugnador hace en su libelo de la indagatoria de Isidro Flórez y de los testimonios de Carlos Armero, así como de Blas Mutis, revelan que el Tribunal valoró dicha indagatoria y estos testimonios en forma notoriamente equivocada, pues estos elementos de prueba, como lo expresa el señor colaborador de la Sala, "establecen sin confusión ninguna la defensa ejercida por Isidro Flórez, relievando la proporcionalidad existente entre la agresión de que fuera víctima y la justa reacción que provocara".

Es cierto que las testigos presenciales de los hechos Florismelda Gómez y Carmela Delgado de Ortiz dan una relación de lo ocurrido nada favorable para los Flórez, pues hacen aparecer a estos como provocadores de una riña que les suscitaron a Abelardo Ortega y a José Guaca, y la última afirma que el occiso que "no tenía arma ninguna", pero del mismo relato que hacen estas declarantes aparece que ellas estaban vinculadas al grupo de que formaba parte el occiso y su compañero José Guaca, lo que hace sospechosos estos testimonios. Con respecto a la declarante Delgado, Isidro Flórez explica, en su segunda indagatoria, que ésta "es esposa de Luis Ortiz, hermano de Efraín Ortiz, nuestro enemigo".

De todos modos, y aun cuando no existiera motivo para sospechar acerca de la veracidad del dicho de estas declarantes, que contradicen lo afirmado por Isidro Flórez, con el respaldo de numerosos testimonios ya analizados, probatoriamente resultaría una manifiesta contradicción entre los testigos presenciales en cuanto a un elemento eximente de la responsabilidad, contradicción que crearía una grave duda que tendría que resolverse a favor del sindicado Isidro Fló-

rez, como expresamente lo previene el artículo 204 del C. de P. P.

En todo caso, la modalidad atenuativa de la riña imprevista, reconocida por el Tribunal en la sentencia acusada y contemplada en el artículo 384 del Código Penal, carece de respaldo en la prueba testimonial, ya que los declarantes que respaldan el dicho de Isidro Flórez en la ampliación de su indagatoria, para nada hablan de un combate o riña armada entre el occiso y aquél, pues que refieren que Isidro lesionó a Abelardo Ortega en el momento en que éste atacaba a puñal a su hijo Luis Humberto Flórez, sin que hubiera habido tiempo ni lugar a un combate singular entre aquéllos.

Pero aunque realmente el occiso e Isidro Flórez se hubieran trabado en una riña armada, mal podría calificarse esta riña de imprevista o casual, siendo así que en el camino, según lo expresan la casi totalidad de los testigos que viajaban en la misma dirección, entre el grupo formado por los Flórez y Peregrino Bolaños, por una parte, y el formado por el occiso, José Guaca, Florismelda Gómez, por otra, hubo varios encuentros con cambio de agresiones, verbales y hasta amenazas de muerte, por parte de Ortega y su compañero.

Como en otra oportunidad lo ha expresado esta Sala: "La riña para que sea circunstancia modificadora de la responsabilidad debe ser imprevista, es decir, intempestiva, de improviso, que no se prevé o conoce de antemano o con anticipación; es un lance que surge casualmente sin preparación anticipada y sin concierto previo en la intención y en la voluntad; es la circunstancia inesperada para uno de los contrincantes que lo pone en trance de repeler un ataque en la mayoría de los casos injusto e inmotivado. Pero la riña deja de ser imprevista para las personas que intervienen en ella, cuando previamente existe un episodio preliminar de mutuas ofensas de palabras que por lógica consecuencia los conduce a las vías de hecho. En estos casos no puede hablarse de imprevisión porque quien ultraja debe prever las consecuencias de la reacción: porque quien actúa voluntariamente y se traba en lucha con su contendor, por anticipado prevé las consecuencias de su proceder y en estas condiciones no puede alegarse que la riña sea imprevista para quien fue su provocador". (G. J. T. LXXXII, pág. 290).

Teniendo en cuenta este acertado concepto de la riña imprevista, resulta extraño que en la sentencia acusada se hubiera reconocido esta modalidad, después de que en la misma sentencia se expresa que "el ambiente que antecedió a la tragedia, era de reyerta, de pelea, de ánimo belicoso, caldeado por los efectos del alcohol".

Síguese de lo dicho que el Tribunal de Popayán, al conderar a Isidro Flórez como responsable de un delito de homicidio simplemente voluntario, mediante la modalidad atenuativa de una riña suscitada de un modo imprevisto, incurrió en un notorio y grave error en la interpretación de la prueba, y por lo tanto, de los hechos procesales, lo que da lugar a que la causal segunda invocada prospere.

CAUSAL PRIMERA. — El demandante, para fundamentar esta causal, expone lo siguiente:

"'Artículo 567.—Hay lugar a casación:

"'1º—Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma'.

"Cuando el **ad-quem**, por equivocada apreciación de los hechos, conforme quedó establecido al fundamentar la CAUSAL SEGUNDA, no aceptó que Isidro Flórez le hubiera dado muerte a Abelardo Ortega en legítima defensa de la vida de su hijo Luis Humberto y de la suya propia, dejó de darle aplicación al ordinal 2º del artículo 25 del C. Penal, violando de esta manera la anterior disposición.

"Entonces aplicó, no siendo pertinente, los artículos 362 y 384 del C. Penal. Es decir, el Tribunal aplicó indebidamente tales disposiciones.

"La indebida aplicación se generó por la circunstancia de que el Tribunal aceptó la presencia de un homicidio voluntario, en riña imprevista, lo que no se acomoda a la realidad procesal, según lo expuesto al sustentar la CAUSAL SEGUNDA, puesto que, repito, la justicia colombiana se encuentra pura y simplemente frente a un caso de legítima defensa.

"Y por tratarse de un hecho justificado, el homicidio cometido en legítima defensa pierde de hecho el carácter de infracción. Por este gran motivo no podía aplicarse en el caso de autos el artículo 362 del C. Penal que define y sanciona el delito de homicidio.

"Tampoco podía aplicarse el artículo 384 del C. Penal porque el homicidio no se cometió en riña".

SE CONSIDERA:

Acertadamente propone en segundo término el demandante la causal 1ª, pues ella consecuencialmente surge y prospera al prosperar la causal se-

gunda primeramente invocada, pues si hubo error en la sentencia acusada por errada interpretación de las pruebas, al condenar a Isidro Flórez como responsable de un homicidio simplemente voluntario con la modalidad atenuativa de la riña imprevista, en lugar de absolverlo, dejando de aplicarle el artículo 26 del Código Penal que era el pertinente, para sancionarlo, en cambio, de acuerdo con los artículos 362 y 384 del mismo Código, que no son los aplicables al aceptarse la eximente de la legítima defensa de la vida de su hijo, obviamente se concluye que se incurrió en el fallo acusado en una indebida aplicación de la ley penal.

Por lo tanto, la causal primera, consecuencialmente también debe acogerse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, INVALIDA la sentencia recurrida y en su lugar se absuelve a Isidro Flórez Timaná de responsabilidad por la muerte de Abelardo Ortega.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pinquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CONFIRMASE LA SENTENCIA QUE ORDENO LA CESACION DE TODO PROCEDIMIENTO CONTRA UN JUEZ SUPERIOR A QUIEN SE LE ATRIBUYERON HECHOS NO CONSTITUTIVOS DE DELITO ALGUNO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA PENAL.—Bogotá, mayo doce de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

VISTOS:

A la Corte ha llegado este proceso para que se surta el grado de consulta con respecto a la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha 18 de octubre de 1960 que resolvió aplicar el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal a la investigación contra el ex-Juez doctor Pedro Elías Serrano Abadía, quien fue acusado por el delito de abuso de autoridad y otras infracciones. Consideró la entidad juzgadora que era del caso dar aplicación a la disposición legal citada, por cuanto los hechos atribuidos a Serrano Abadía no son considerados por la ley penal colombiana como constitutivos de delitos, por lo cual, en sentir del citado Tribunal, debe cesar todo procedimiento contra el ex-Juez tercero superior del Distrito Judicial de Cali, quien desempeñaba estas funciones cuando fue objeto de la denuncia penal que dio origen a este proceso.

El presente negocio se originó en un memorial que el 23 de julio de 1956 dirigió el doctor Germán Cruz Perdomo al doctor Serrano Abadía, en su condición de Juez 3º Superior de Cali, mediante el cual formulaba el mencionado abogado denuncio criminal para que se investigaran y se castigaran los delitos, que a su entender, se habían cometido dentro de una actuación encaminada a investigar la falsedad de un testamento otorgado en Palmira el 9 de mayo de 1955, de la Notaría 2ª de esa ciudad. Precisamente, la mencionada investigación se tramitaba por entonces en el Juzgado 3º Superior de Cali, que estaba servido por el doctor Serrano Abadía, y es, por esto, por lo que el abogado Cruz Perdomo incoaba acción penal, que se dirigía presumiblemente contra algunas personas que habían intervenido en el sonado negocio conocido con el nombre de "Iza-Irvi", por ser estos los apellidos de un acaudalado ciudadano extranjero, que dejó al morir cuantiosa herencia, que era el fin último a que tendían los interesados en ella. Se trataba de la investigación sobre los hechos ocurridos en la fecha citada (9 de mayo de 1955) en la notaría de Palmira, al frente de la cual, como notario, se encontraba el señor Vicente Herrera Prado, contra quien se inició la acción penal de falsedad, lo mismo que contra otros ciudadanos, a uno de los cuales apoderaba el doctor Cruz Perdomo, por cuanto como base de la acusación, en este último proceso, se dijo que en esa fecha y lugar un individuo de nombre Torres o Galeano, en compañía de un sujeto llamado Jerala Kroofly, se había hecho pasar por el millonario Iza Irvi, y luego había hecho protocolizar allí el testamento del mismo.

Al ex-juez Serrano Abadía se le acusó, posteriormente, por delitos contra la administración de justicia, porque a decir de Cruz Perdomo, y de otros abogados, que luego entraron en el asunto, también como acusadores, el ex-juez infringió la ley por omisión, al no haber hecho lo necesario para que sus pretensiones de desvirtuar la originaria investigación sobre falsedad del testamento, hubieran salido avante. Así fue como el 21 de febrero de 1957 los abogados Eduardo Serna R., Fabio Humberto Ocampo y Germán Cruz Perdomo,

apoderados de los individuos sindicados como autores o cómplices de la suplantación del testamento de Iza Irvi, denunciaron también al ex-juez Serrano Abadía. Esa denuncia consistía, en líneas generales, en decir que Serrano Abadía no le había dado curso a la denuncia presentada inicialmente por el abogado Cruz Perdomo y además, que el mencionado funcionario había retardado conscientemente la tramitación de diligencias que era su obligación legal cumplir.

El expediente fue tramitado en legal forma, culminando con la aplicación del artículo 153 del C. de P. P., por no constituir los hechos imputados, infracción penal, a juicio del Tribunal de Cali, entidad que hizo un pormenorizado estudio de todos y cada uno de los elementos de convicción llevados al proceso. Una vez llegado el negocio a la Corte, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal al descorrer el traslado, hizo nuevo análisis del proceso, llegando a la conclusión de que fue atinada y jurídica la decisión del Tribunal, por lo cual solicita a la Corte que la confirme.

SE CONSIDERA:

De autos se deduce, que en realidad, ninguno de los cargos que se hicieron al doctor Pedro Elías Serrano Abadía, en su condición de juez tercero superior de Cali, tiene consistencia ni virtualidad jurídica alguna, para configurar hechos que considere la ley penal colombiana como delictuosos. En efecto, como acertadamente lo dice el señor Procurador Delegado "el proceder asumido por el doctor Serrano Abadía con motivo de la denuncia que se le presentó, era el legal y correcto, siendo así que los hechos referidos en aquella denuncia tenían íntima relación con los que eran, por otra parte, objeto del proceso del cual estaba conociendo el mismo doctor Serrano Abadía, y las consecuencias jurídico-penales de este último negocio, que no se habían deducido a la hora de presentar su escrito el doctor Cruz Perdomo, le indicaban al procesado que simplemente se limitara a agregar al proceso por falsedad, la denuncia tantas veces referida".

Es decir, la conducta del doctor Serrano Abadía nada tuvo de antijurídica ni de delictuosa, puesto que por tratarse de una cuestión que requería para su investigación y fallo, la resolución previa de otra, el citado ex-funcionario nada distinto podía hacer sino agregar esa solicitud al expediente ya iniciado por falsedad. Esto parece tan obvio, que no cree la Corte necesario entrar a formular sobre el asunto mayores disquisiciones, puesto que la omisión que se atribuyó al doctor Serrano Abadía, por ningún aspecto queda comprendida en ninguna de las normas penales que defienden la recta administración de justicia.

Con respecto a las demoras en proveer, que constituía el segundo de los cargos hechos al ex-juez tercero superior de Cali, Serrano Abadía, tampoco presenta asidero firme de ninguna naturaleza, y sólo aparece como un expediente más que se usaba contra el funcionario, buscando así favorecer, en una u otra forma, la posición de los defendidos. En efecto, de autos consta que los mismos motivos se habían empleado contra el ex-juez Serrano Abadía en el incidente de recusación propuesto contra este funcionario y en el propio negocio: recusación que no pudo prosperar. Consta igualmente en el proceso, como antedente que hace presumir lo contrario de lo que afirmaban los denunciantes, que el ex-juez Serrano Abadía era reputado, tanto por el Tribunal como por la ciudadanía, como un funcionario capaz, probo, diligente e imparcial, todo lo cual contribuiría a suponer, que dada la índole de la personalidad de dicho juez y del recto desempeño de sus funciones, las acusaciones no pasaban de ser imputaciones tendenciosas y carentes de toda justificación. Y no sólo este argumento, deducido de la personalidad del ex-funcionario, contribuyó a la exoneración de responsabilidad de aquél, sino además, el resultado de la inspección ocular practicada en el Juzgado tercero superior por el Magistrado sustanciador, en asocio de testigos actuarios, el día 4 de junio de 1958, diligencia de la cual se deduce que la actuación del doctor Serrano Abadía estuvo perfectamente ajustada a la corrección y a la ley, puesto que las pruebas fueron evacuadas oportunamente, las providencias que dieron impulso al proceso, tomadas en su día, y en general, todo aquello que dependía de la actividad del juez, fue llevado a cabo como era menester.

No existe, por lo tanto, base probatoria de ninguna naturaleza para que el Tribunal hubiera reconocido la existencia de ningún ilícito de los que se atribuían al doctor Serrano Abadía, ex-juez 3º superior de Cali, puesto que los hechos u omisiones que se atribuyeron a éste, no presentan fuerza alguna que los catalogue como infracciones penales que tengan aparejada sanción penal. Por consiguiente, se ajusta a la realidad procesal y jurídica el proveído del Tribunal de Cali,

que revise la Corte en grado de consulta, y en consecuencia, habrá de ser confirmado.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha 18 de octubre de 1980, que ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Pedro Elías Serrano Abadía, ex-juez 3º superior del distrito judicial de Cali, ya mencionado, por los delitos de abuso de autoridad y otras infracciones.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Berdón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Plegrinio León L., Secretario.

SE DESECHA EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR EL FISCAL CONTRA LA SENTENCIA, RECAIDA EN PROCESO POR HOMICIDIO, QUE RECONOCIO LA JUSTIFICACION DE LA LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA

ENUNCIACION DOCTRINAL:

Ante el concepto del Ministerio Público, adverso a la sentencia absolutoria, la Corte ha de concederle al Tribunal de instancia arbitrio atemperado en la proporción en que, por no ser evidente el error, la duda se resuelva a favor del procesado si no existe modo razonable de eliminarla.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION PENAL. — Bogotá, mayo diez y siete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.)

VISTOS:

Con fecha 11 de agosto de 1960, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, profirió sentencia absolutoria en favor de Alfonso Henao Valencia por el delito de homicidio cometido en la persona de Horacio Salgado Cardona. En esta forma confirmó la que en igual sentido había dictado el Juez Primero Superior del mismo Distrito Judicial, el 6 de abril del citado año.

El doctor Alfredo Delgado Plaza, en su calidad de Fiscal del Tribunal Superior de Buga, recurrió en casación la sentencia de la Corporación de la que es colaborador Fiscal, y para tal efecto formuló oportunamente la demanda, sobre cuyo mérito esta Sala habrá de pronunciarse, ya que el libelo reúne las exigencias legales que le son propias y por haberle puesto fin a los trámites del recurso.

HECHOS:

Alfonso Henao Valencia, en compañía de su hermano Libardo, acudió a la cantina de Roque Helí Marín, ubicada en la vereda de "Las Brisas", jurisdicción del Municipio de Sevilla (V.), al anochecer del día 19 de diciembre de 1959, con el objeto de dar cumplimiento a una cita concertada con su novia Solfemira Salgado González, en las horas de la tarde del mismo día.

Hacia las seis de aquella tarde, el sindicado y su hermano comenzaron a departir cordialmente con otros amigos en la cantina de Marín, en espera de que llegara Solfemira, y entre tanto se dieron al consumo de bebidas alcohólicas. Posteriormente hizo su aparición en el mencionado establecimiento la prometida de Alfonso Henao, acompañada de sus padres, Horacio Salgado e Isaura Rosa González de Salgado. El primero, quien venía en estado de embriaguez, solicitó del cantinero una cerveza, con el deseo manifiesto de continuar allí sus libaciones.

Conocedor Henao del temperamento irascible del padre de su novia, optó por retirarse, a iniciativa propia y de su hermano, con el objeto de eludir tan desagradable compañía, máxime si tenía en cuenta que días antes había tenido con él un altercado de consideración. De su propósito fue disuadido por Isaura Rosa, quien le increpó preguntándole si era por su presencia en el lugar que se iba. Para disipar tan infundada creencia, Henao regresó a su puesto y continuó departiendo con sus amigos. Fue allí cuando Salgado se dirigió a Alfonso a instarlo a que en su compañía bebiera algunos tragos, pero éste se negó alegando que aún no había terminado con los que tenía sobre la mesa, que luego lo haría. Esta res-

puesta produjo una visible alteración en el ánimo del oferente, quien para insistirle, le manifestó que por él profesaba verdadero afecto de hermano. Henao rechazó de nuevo el trago y le exteriorizó el mal recuerdo que tenía de la conducta agresiva de su interlocutor, haciendo alusión a la palmada recibida en la cara de manos de éste, como también de los insultos. Esto acrecentó la ira ya iniciada de Salgado, quien le contestó: "Ultimamente, yo soy más verraco que cualquier hijueputa aquí en este cañón y ningún hijueputa es capaz de pelear conmigo" (según versión recogida en autos).

La anterior provocación hizo impacto en Henao, quien desenfundó su revólver con ademán amenazante, actitud que fue contrarrestada por Horacio con gran despliegue de golpes de látigo, vasos y botellas. Entre tanto se sucedieron algunos disparos sin consecuencia. Luego de un agrio cruce de palabras, los amigos de Henao apaciguaron los ánimos, aparentemente.

Así las cosas, el sindicado se acercó a Salgado y en tono conciliador, le manifestó su deseo de que el incidente no pasara a más y de que era mejor arreglar las cosas por las buenas.

La escena que siguió a este amistoso requerimiento, y que culminó con el fatal deceso de Horacio Salgado, la narra el Juzgado de instancia en esta forma:

".....el iracundo sujeto (Salgado), queriendo hacer más ostensible ante los presentes y ante su humillado rival que en el cañón no había más hombre que él, le lanzó la máxima ofensa contra el honor de su madre, seguido de lo cual y armado de un foete con el cual lo alcanzó, obligó a su víctima a salir fuera de la cantina. Mas no paró allí la actividad bellcosa de Salgado, quien no sólo con el foete sino con cuanta botella hallaba a mano, dispersó a todos los presentes y en especial contra Libardo, quien había quedado dentro del salón. En estos momentos se escuchó un disparo que hizo impacto en Salgado, cayendo éste desplomado en el acto en uno de los ángulos del mostrador del establecimiento" (fls. 100 del informativo).

Respecto de este último episodio, el mismo recurrente, el señor Fiscal del Tribunal Superior de Buga, se expresa así:

"Alfonso Henao, sin hacer referencia al miedo que los antecedentes de Horacio con él pudieran haberle despertado en el momento del disparo y destacando que no tenía "ninguna mala intención" con Salgado, adjudica el disparo que le hizo a Salgado al hecho de que él "iba encima de mi hermano" y "yo veía que iba a atacar al hermano mío dándole botella hacia una pieza" y que "el hermano mío iba de retirada", para terminar declarando: "tuve que hacerlo en defensa de mi hermano" e invoca en seguida su "propio honor" (fls. 8 del 2º cuaderno).

ACTUACION PROCESAL

Considerados los hechos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, hizo los siguientes razonamientos para concluir que era el caso de absolver al acusado, confirmando en esta forma la actuación del Juez a-quo:

"Y no andaba mal en sus presunciones Henao Valencia, porque, como lo refiere, y lo relatan también múltiples testigos, al verlo dentro del salón Salgado, so pretexto de comprometerlo a aceptarle un trago cuando estaba con otros servidos que debía ingerir, prorrumpió en sus habituales desmanes. Pero la primera intentona de tener que medirse esa hombría sindicado y occiso no se actualizó por la intervención de terceras personas. Mas como Henao tuviera la pretensión de acercársele a Salgado, quizás en consideración de tratarse del personaje progenitor de la novia suya, para doblegársele insinuándole las paces, ello hizo envalentonar al agresivo, quien no vaciló en esgrimir un foete y asestarle varios latigazos, e incontinente lanzar también botellas a diestra y siniestra, haciendo huir o dispersarse a todos los circunstantes, quedando de amo y señor del establecimiento, como tenía costumbre obtenerlo por esos medios, dedicado en esto oportunidad a las embestidas contra el hermano de Alfonso Henao, Libardo, quien pese a que sacó su peinilla tal vez por temor a llevar la peor parte si se trababa en combate con Salgado, o por cierto grado de respeto que le tenía, no le atacó, como lo afirman muchos de los circunstantes.

"Cuando la tremolina y el desorden introducidos por Salgado llegaron al estado culminante que se ha referido, sonó el disparo que segó su existencia, del cual en momento alguno ha esquivado Henao Valencia, el procesado, haberlo hecho, incitado a ello por el grave temor que en su subconciencia incubó no tan sólo las actividades de Salgado en esos instantes, sino su tenebroso pasado, y los propósitos que en más de una ocasión había puesto de relieve de eliminarlo, los cuales se hicieron en aquellos instantes patentes en la mente del sindicado, extensivos a su herma-

no Libardo, de quien había perdido la noción del sitio preciso en que se hallaba, y la situación que atravesaba, la que llegó a creer que era de inminente peligro, ya que Salgado, como ya se dijo, y está suficientemente acreditado en autos, a ese muchacho le había enfilado las baterías —el foete, las botellas, etc.— y quizás los efectos dañinos de cualquier arma, especialmente alguna de fuego, que en su obnubilación, en cualquier objeto que Salgado tenía en las manos le parecía real, le condujo a descerrajar el disparo que tuvo por efecto lógico e inevitable ocasionarle la muerte al prenombrado Salgado" (fls. 120 del informativo).

De las anteriores consideraciones, el Tribunal Superior de Buga, concluyó que "Alfonso Henao sí obró en el evento de una legítima defensa subjetiva, porque conocedor de la incalculable peligrosidad de Salgado, no podía esperar hasta último momento que se materializaran las presunciones que tenía acerca del peligro de hacerle objeto a él y también a su hermano, de esa furia incontenible que le era habitual, mayormente cuando se hallaba bajo los tremendos influjos del alcohol".

El doctor Antonio Montoya Payán, Magistrado del Tribunal que absolvió a Henao Valencia, se apartó del concepto del ponente y de los demás compañeros de Sala. En resumen, las razones que lo determinaron a disentir con la providencia, se sintetizan en el siguiente párrafo:

"...Desde luego que se halla establecido que la muerte inferida por Alfonso Henao Valencia a Horacio Salgado Cardona, fue el resultado de la acometida violenta de parte de este último a los Henaos, impactos que permiten reconocer el estado de ánimo en que se encontraba el homicida, que no era otro que el de hallarse bajo el conjuro de la ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación a tal punto que bien pudiera estudiarse a espacio si lo que hubo fue un exceso en la legítima defensa, situación definida sin tal modalidad por la mayoría de la Sala, que en mi sentir peca contra la realidad procesal".

Como inicialmente se dejó establecido, el Fiscal del Tribunal Superior de Buga, recurrió en casación la sentencia que exoneró de responsabilidad a Alfonso Henao Valencia por la muerte de Horacio Salgado Cardona.

La Sala entra a exponer los puntos de vista contenidos en la demanda.

DEMANDA:

Para impugnar la sentencia, el recurrente invoca la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P., apoyado en el hecho de que el Tribunal apreció erradamente los sucesos de que tratan los autos, al establecer una situación de legítima defensa subjetiva en el sindicado, cuando en su sentir, por la manera como se suscitaron los acontecimientos, esta figura jurídica no puede estructurarse. Para así demostrarlo, entre otros, el demandante hace estos planteamientos:

"...Horacio Salgado figura en autos como sindicado de homicidio. Pero los antecedentes feroces de Salgado y su conducta de matón en Sevilla, sólo alcanzan a deducirse de la única declaración existente en autos, que es la de David Salgado González. Porque la indagatoria de Henao Valencia nada dice al respecto, ya que ella sólo habla de sus encuentros con Horacio que siempre concluían en forma amistosa, llegando a decir, inclusive, Henao, que "yo no tenía ningún rencor con él". Además, si fue invitado a retirarse de la fonda por su hermano, no hay prueba de que lo hubiera sido por los peligros que Salgado pudiera ofrecerle a Henao, desde luego que el mismo Alfonso declara que "le dije que esperáramos un momentico", que fue hasta cuando Salgado llegó con su hija, con quien Henao tenía la cita.

"Nada hay, pues, en el expediente que patentice el miedo de Henao hacia Salgado. Al contrario, tan no le inspiraba Salgado ese miedo a Henao que, en la forma en que lo hizo, le rechazó el aguardiente que le brindó, y, una vez pasado el primer peligro, después de que fue cogido por su hermano para que no se enfrentara a Salgado, pudo Henao acercársele confiadamente, en son de paz, a ese hombre que tan excitado estaba, que pudo prorrumpir en la reacción que los autos le señalan a Salgado.

"Henao, por lo demás, lejos de haber procedido contra Salgado en el momento que le fue tan peligroso, lo hizo, según él mismo, fue ya desde el callejón, fuera de la cantina, cuando la ira y el peligro que la pésima personalidad de Salgado hubieran podido ofrecerle, no lo podía alcanzar, porque fácilmente habría podido huir Henao del hombre que se encontraba borracho dentro de la cantina.

"Además, en ningún momento ha alegado Henao, como motivo de su conducta contra Salgado, el miedo que la tremenda personalidad del muerto

le inspiraba. El sólo alegó, como motivo para esto, el hecho de que su hermano se encontraba en los momentos del disparo amenazado por Horacio, cuestión que ofrece serios motivos de duda dentro del expediente, dado que Libardo Henao aparece allí libre ya en una pieza a donde lo condujo uno de los Vargas (contertulio de la cantina) del alcance de Salgado. Y alegó también Henao como móvil de su disparo contra Salgado, ofensas a "mi propio honor" que, sin embargo, no le impidieron ir a buscar a Salgado para hacer con él las paces".

CONSIDERA LA CORTE:

Procedente es en este recurso examinar, como se acaba de hacer, cada una de las distintas posiciones en el caso adoptadas por los funcionarios que han tenido al cuidado el mantenimiento de la justicia para otorgársela a quien corresponda.

Aparece, sin duda, disparidad de criterios sobre la conducta adoptada por cada uno de los protagonistas del hecho que generó el proceso. Mientras unos les otorgan calidad de eximentes de responsabilidad, otros los sitúan dentro de determinantes generadoras de circunstancias modificadoras de la misma, pero sin incidir en la exoneración de culpabilidad penal.

Dentro de estos presupuestos implica el desenvolvimiento del recurso interpuesto, que precisamente por surgir del Ministerio Público es por lo que significa también un criterio adverso a la decisión del Tribunal, sin que por otra parte indique un parecer semejante al del señor Magistrado disidente.

Por tales circunstancias a la Corte sólo corresponde valorar si el Tribunal ha incurrido en una indebida o arbitraria valoración de las pruebas que conduzca a un error de tanta protuberancia que merezca invalidar la sentencia absolutoria proferida, para sustituirla por la que deba reemplazarla en el orden legal.

Examinando todas las contingencias del proceso, se destaca como hecho protuberante que entre los protagonistas existía alguna enemistad, sólo restringida por la transitoria amistad que se dispensaban en consideración a las relaciones amorosas que mantenía el procesado con la hija del occiso.

El momento determinante de los hechos es menester medirlo dentro de estas precisas dimensiones humanas, para fijar si el sentenciador de segundo grado al contemplar esos episodios incurrió en un desconocimiento tal de la realidad procesal que la tesis del Ministerio Público tenga que resultar como la única o mejor medida de la justicia.

La Corte considera que es deber de los Fiscales la defensa social en tal medida extensiva a sus actividades que no encuentra otro límite si no es la equidad y la justicia como en determinado caso se decide una controversia probatoria que conduzca a discrepancia de pareceres en orden a la responsabilidad o no responsabilidad del procesado.

Pero si esas discrepancias son de tal entidad que examinadas con minucioso cuidado constituyen motivos de valoración que los Jueces tienen facultad de adoptar en un caso dado sin salirse del plan de sus atribuciones, el recurso de casación interpuesto por el Agente del Ministerio Público no puede sobrepasar aquella facultad hasta el punto de anularla, a menos de demostrar o establecer plenamente el error manifiesto o la gran equivocación del Tribunal en la apreciación de circunstancias que por no estar sujetas a los Jueces populares, pueden determinar discrepancias en puntos de interpretación probatoria que conduzcan a distintas valoraciones que por ser tales incidan sobre la causal segunda y que la Corte debe decidir concediéndole al Tribunal de instancia un arbitrio equilibrado o atemperado en la proporción en que por no ser evidente el error, la duda se resuelva en favor del procesado, si no existe modo razonable de eliminarla, como no existe en este caso en la que aquella surge no por la denominación jurídica que se da a las circunstancias psíquicas en que obró el agente, sino en la proporción en que esas circunstancias determinan su conducta para hacerla delictuosa o no.

Podrían plantearse en este caso aspectos sobre el exceso de la legítima defensa. Pero dada la índole de los distintos factores enunciados que determinan la conducta de los protagonistas del lance que costó la vida a Salgado, ellos no contribuirían a modificar las conclusiones del fallo recurrido por el Ministerio Público, porque tampoco el funcionario que ejerce este cargo, en la demanda no ampliada por el Procurador Delegado, ofrece bases para examinar aquella ocurrencia y es obvio que su presentación oficiosa por parte de la Corte no resulta operante.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justi-

cia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, contra la sentencia proferida por esa misma Corporación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

SE INVALIDA UNA SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE HOMICIDIO, VIOLENCIA CARNAL Y VIOLACION DE DOMICILIO A CAUSA DE HABER RECAIDO EN UN PROCESO VICIADO DE NULIDAD CONSTITUCIONAL

Indebida aplicación retroactiva del Decreto 012 de 1959. Prevalencia de la ley favorable en materia penal. Excepción de inconstitucionalidad.

ENUNCIACION DOCTRINAL:

En múltiples ocasiones ha manifestado la Corte que no puede dársele efecto retroactivo a la ley penal desfavorable, sea ella sustantiva o procedimental.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION PENAL. — Bogotá, mayo dieciocho de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.)

VISTOS:

Como responsables de los delitos de homicidio, violencia carnal y violación de domicilio, Bernardo Bedoya Cardona y Hernán Cardona Cardona fueron condenados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante sentencia proferida el 12 de agosto de 1960, a la pena principal de diez y seis (16) años de presidio a cada uno.

Contra la referida sentencia recurrieron en casación los procesados, por intermedio de apoderado especial. Dicho recurso fue admitido por la Corte en virtud de que los trámites que le son propios fueron llenados de acuerdo con las exigencias legales. Para tal efecto, oportunamente fue presentada la correspondiente demanda, sobre cuyo mérito esta Sala habrá de pronunciarse.

HECHOS:

En la población de Marsella, Departamento de Caldas, en la noche del 29 al 30 de junio de 1957, la señora María del Carmen Sánchez M. se encontraba en su casa de habitación, acompañada de su amante Juan Bautista Monsalve. Allí mismo residía su hija mayor, Alicia Salazar Sánchez, quien igualmente hacía vida marital con Fabio Quintero Valencia, con el beneplácito de su madre. Tal fue el escenario de los trágicos sucesos que dieron origen a este proceso.

Alicia era poseedora de no pocos encantos personales, motivo éste que despertó en Bernardo Bedoya Cardona y Hernán Cardona Cardona inquietantes sentimientos de carácter amoroso hacia su persona. Los mencionados sujetos se alternaron por algún tiempo las mercenarias caricias de su enamorada, pero ésta luego dio paso a un tercero, Fabio Quintero, quien de manera definitiva vino a ganarse sus favores, hasta el punto de convertirla en su concubina.

La anterior situación se tornó insoportable para los pretendientes de Alicia, quienes cansados de insistirle y ante la reiterada negativa de parte suya de ir a vivir con uno de ellos, optaron por amenazar la vida de su amante en forma tal que éste no se convirtiera en obstáculo para el logro de sus objetivos. De sus intenciones dieron muestras evidentes en repetidas ocasiones, ya que así lo manifestaron a varias personas, entre ellas a la misma Alicia.

Así fue como llegó la citada noche de junio. A eso de las doce, María del Carmen sorprendió en

el corredor de su casa, frente a la habitación ocupada por su hija y Quintero, a Bernardo Bedoya y Hernán Cardona, el primero de los cuales penetrando en la pieza dijo: "se te llegó la hora hijueputa". Fabio instintivamente y con la agilidad que es de suponerse, trató de replegarse hacia la pared, pero su intento fue fallido, pues sólo consiguió recibir un machetazo en la cara de manos de Bedoya. La víctima de la brutal agresión al desplomarse sólo dijo: "Negrita, me mataron"; acto seguido el mismo Bedoya le propinó un violento peinillazo en el cerebro, al que siguieron varias puñaladas que con sevicia increíble le asestó Cardona Cardona. Para entonces, el infortunado amante había dejado de existir.

De inmediato los delincuentes, en el afán de ocultar su crimen, y ante la mirada despavorida de quienes lo habían presenciado, se dieron a la tarea de limpiar la sangre que manaba del cadáver, el que lavaron cuidadosamente. Colocado en un costal, lo dejaron escondido entre unos cafetales. Regresaron de nuevo a la casa donde habían perpetrado el asesinato. Allí, Bedoya dirigiéndose a Alicia le dijo: "Cómo a ese hijueputa sí le servía y a ellos no". Tomándola por los brazos la llevó a la cama, donde la poseyó carnalmente. Este relato surge de las distintas versiones del proceso.

ACTUACION PROCESAL

La iniciación de las diligencias sumarias tendientes al esclarecimiento de los hechos narrados, correspondió a la Inspección de Policía y Tránsito del Municipio de Marsella (Caldas), que con fecha 1º de julio de 1957, dictó auto cabeza de proceso con el que se comenzó la instrucción del sumario. El 10 de julio del citado año, continuó la investigación el Juez Promiscuo Municipal de la localidad, quien ordenó la práctica de nuevas diligencias.

El conocimiento del negocio pasó, por reparto, al Juzgado Segundo del Distrito Judicial de Pereira el 10 de septiembre de 1957. El funcionario a cargo de este Despacho prosiguió la labor investigativa y fue así como el 6 de julio de 1959 comenzó a actuar dentro del procedimiento consagrado en el Decreto Extraordinario número 0012 de 4 de junio del mismo año, al dictar el siguiente auto, que obra a folios 513 del informativo:

"...De conformidad con el Decreto Extraordinario 0012 de 1959, por el término de tres días quedan los autos a disposición de las partes para la presentación de alegatos".

Este mismo Juzgado, mediante fallo proferido el 27 de agosto de 1959, condenó a Hernán Cardona Cardona y a Bernardo Bedoya Cardona, entre otros presuntos cómplices, a la pena de diez y seis (16) años y medio (½) de presidio a cada uno, por encontrarlos responsables de los delitos de homicidio, violencia carnal y violación de domicilio de que da cuenta este proceso.

La anterior sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Pereira, con una ligera modificación, como fue la de rebajarles seis meses en su pena, es decir, que la dejó solamente en diez y seis años. Esta providencia condenatoria ha sido objeto del recurso de casación que esta Sala entra a considerar.

DEMANDA

Las causales de casación con que el libelo pretende anular la sentencia, son las contenidas en los numerales 2º y 4º del artículo 567 del C. de P. P.

Por razones de la técnica que impone el recurso, la Sala sólo se detendrá en el estudio de la causal cuarta, ya que es ésta la que en su concepto, habrá de prosperar, lo cual hace innecesario el análisis de la causal segunda propuesta por el recurrente de manera principal.

De la siguiente forma la demanda sustenta la causal cuarta de casación:

"...El proceso se calificó por auto de proceder de fecha 10 de septiembre de 1958, fls. 481 y ss. Se aplicaron las normas del procedimiento ordinario, porque no se había expedido aún ni había entrado a regir el Decreto Extraordinario número 0012 de 4 de junio de 1959.

"El auto de vocación a juicio fue apelado. En proveído del Tribunal de 18 de junio de 1959, revocó el auto de proceder dizque porque no se había resuelto sobre los delitos de violencia carnal y violación de domicilio, por los cuales fueron indagados los procesados Hernán Cardona y Bernardo Bedoya. El Tribunal en la parte resolutiva dice: 'ordena que por el Juez del conocimiento se proceda a nueva calificación'.

"Violentando el mandato del Tribunal el señor Juez 2º Superior, en lugar de calificar nuevamente el mérito jurídico del sumario de acuerdo con el procedimiento ordinario por el cual ya había sido calificado, dictó sentencia condenatoria con fecha 27 de agosto de 1959, aplicando el Decreto

0012 con violación de la ley anterior en virtud de la cual había sido ya calificado el mérito del sumario. Al notificar esta sentencia se alegó la nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Constitución, pero el Juez de instancia no la quiso declarar y concedió tanto el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de primer grado como contra el auto que negó declarar la nulidad. Sobre la apelación del auto que negó la nulidad guardó silencio el Tribunal sentenciador.

"La sentencia recurrida —dice posteriormente la demanda— se dictó sobre un juicio viciado de nulidad constitucional, porque se prescindió de la ley que regía para la calificación del sumario y de la situación del juicio que debía celebrarse con intervención del jurado popular, lo que se hizo con notorio detrimento del derecho de defensa de los procesados Bedoya y Cardona. Se aplicó pues una ley posterior restrictiva y desfavorable que no regía para el caso porque el mérito jurídico del sumario ya había sido calificado por el procedimiento ordinario con intervención del jurado...".

Seguidamente el recurrente cita varias doctrinas de la Corte que corroboran los argumentos por él planteados, para terminar con esta petición en caso de que prospere la causal cuarta invocada:

"Como la Honorable Sala de Casación tendrá que examinar primero la causal sobre nulidad invocada en esta demanda, si la encuentra justificada, le pido ordenar la devolución del proceso por conducto del Tribunal de origen para que se reponga el procedimiento a fin de que el juicio se califique por el procedimiento ordinario y se ventile por las normas que rigen el juicio por jurado".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Hace el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, un análisis extenso y pormenorizado de los puntos en que se basa el recurrente para impugnar la sentencia del Tribunal. Luego de rectificar algunos conceptos más que todo de apreciación del demandante, procede al estudio de la causal cuarta de casación para concluir que "el cargo propuesto, afincado en una nulidad supralegal, a juicio de esta Procuraduría no cabe prosperar".

Ya en el análisis de la causal segunda, el señor Agente del Ministerio Público, sostiene, después de un minucioso estudio, que es el caso de hacerla prosperar, pues considera en la parte final de su concepto que: "....En el caso sub-judice el Tribunal sentenciador incurrió en los relievantes errores que dejó anotados en su respuesta este Despacho y que condujeron a aplicar una pena, a determinar una responsabilidad, que no se evidencia en el proceso". Termina solicitando de esta Corporación la invalidación de la sentencia acusada.

SE CONSIDERA:

En múltiples ocasiones la Sala ha manifestado que a la ley penal, sea ella sustantiva o adjetiva, ya que en su aplicación no difieren de manera fundamental, no puede dársele efecto retroactivo. Bien está que la nueva ley rija para el futuro, a partir de un momento dado, pero ella no debe afectar hechos delictuosos ni mucho menos procedimientos judiciales anteriores a su vigencia.

Un proceso penal no puede ser sometido a normaciones de procedimiento que no estaban vigentes al tiempo de la ejecución del delito. Pues de darse el caso contrario, ello implicaría la violación del principio de favorabilidad de la ley en materia criminal, genéricamente consagrado en la Constitución.

El concepto de la ley más favorable o benigna gravita de manera fundamental en todo el ámbito del proceso, porque el hecho de no cumplirlo o desconocerlo significa que no tuvo en cuenta que la anterioridad de los preceptos reguladores del juicio, implicaba de por sí que los posteriores desfavorables no podían tener vigencia para aplicarlos a hechos cumplidos antes de la expedición de las nuevas normas.

En casación de fecha 26 de abril de 1961, se expusieron los fundamentos de orden constitucional que otorgan facultad a los jueces para en un caso determinado dejar de aplicar una ley inexequible y se consignaron los conceptos de eminentes constitucionalistas sobre cuya opinión se apoyó la Sala para hacer procedente aquella determinación.

En efecto, de la sola comparación de lo estatuído en el Decreto 0012 de 1959 —y este es el caso de autos— con las normas ordinarias del procedimiento penal, surgen de manera clara y evidente las restricciones que implica el juzgamiento consagrado en ese proceder excepcional. Por consiguiente, tal procedimiento está reñido con el artículo 26 de la Carta y es por ello que no se le puede dar aplicación respecto de hechos criminosos ocurridos con anterioridad a su vigencia.

En diversos fallos de esta índole, la Corte ha dilucidado tal contingencia que respalda debidamente la anterior consideración. Fue así, como en casación de 14 de marzo de 1961 sostuvo lo que a continuación se transcribe:

"El canon de la retroactividad de la ley penal favorable o permisiva, y por lo tanto, el de la no retroactividad de la ley desfavorable al sindicado, está erigido en nuestra Carta en un principio supralegal, en una garantía constitucional, como uno de los derechos supremos reconocidos a la persona humana frente al poder del Estado, como uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable de todo ciudadano, que no puede ser desconocido por ninguna norma legislativa, cualquiera que sea la naturaleza de ésta.

"No se necesita hacer un gran esfuerzo comparativo para concluir que el procedimiento establecido en el Decreto 0012, aplicado a este proceso, es notoriamente restrictivo de las garantías procesales de la defensa establecidas con anterioridad a su vigencia".

Los delitos de que da cuenta este proceso, fueron cometidos entre el 20 y 30 de junio de 1957, lo cual da derecho a los procesados para que se les juzgue de acuerdo con las normas preexistentes a sus delictuosos actos. Es decir, ante los jueces de hecho, previa vocación a juicio y con las demás garantías consagradas en el procedimiento ordinario.

Establecida, como lo está en el presente caso, la excepción de inconstitucionalidad, ya que los hechos, como se dijo, tuvieron ocurrencia en 1957, es decir, antes de la vigencia del Decreto Extraordinario 0012 (4 de junio de 1959), es apenas obvia la aceptación de la nulidad propuesta por el recurrente con base en la causal cuarta de casación, consagrada en el artículo 567 del C. de P. P.

Siendo ello así, la Sala procede a invalidar el fallo impugnado y en consecuencia, declara nulo todo lo actuado, a partir, inclusive, del auto de seis de julio de 1959, mediante el cual se ponía a disposición de las partes el negocio para que se presentaran los alegatos pertinentes, por el término de tres días. Auto dictado por el Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Prospera, pues, la causal cuarta alegada y por tanto, se procede a dar aplicación al ordinal b) del artículo 570 del C. de P .P.

DECISION DE LA CORTE:

Hechas las anteriores consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, INVALIDA el fallo recurrido a que se ha hecho mérito, y ORDENA devolver el proceso al Juez del conocimiento, por conducto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, para que se reponga el procedimiento a partir del auto de seis (6) de julio de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), visible a folios 513 del informativo (grupo número 10).

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Fioquinto León L., Secretario.

NO PROSPERAN LOS CARGOS QUE, CON INVOCACION DE LAS CAUSALES 4ª Y 1ª DE CASACION, SE HICIERON CONTRA LA SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITO DE HOMICIDIO

Nulidades procesales. — Deberse del demandante en casación.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS:

1.—En los juicios con intervención de Jurado es improcedente, por extemporánea, abrir en casación un debate sobre las pruebas que sirvieron de fundamento para dictar el auto de proceder.

2.—La causal de nulidad consistente en no celebrarse la audiencia pública en el día y la hora señalados (C. P. P. 198, 7º), no tiene ocurrencia cuando las partes han sido previa y legalmente notificadas del aplazamiento de la misma para día y hora con toda precisión determinados.

3.—La Corte no puede suplir con razones propias la absoluta ausencia de esfuerzo dialéctico del impugnador en orden a tratar de demostrar la afirmación de que el motivo ilegal que la sentencia le atribuye al acusado carece de respaldo probatorio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION PENAL.—Bogotá, veinticuatro de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta)

VISTOS:

En sentencia de veinticinco de mayo de mil novecientos sesenta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja confirmó la proferida el treinta de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve por el Juzgado Segundo Superior del mismo Distrito, en la cual se impuso a Juan de Jesús Daza Vaca y a Juan Miguel Daza Vaca, en su orden, la pena principal de ocho (8) (8) años seis (6) meses y nueve (9) años de presidio, como responsables del delito de homicidio cometido en las personas de Juan de Jesús Alvarado Daza y Luis Antonio Alvarado Daza, respectivamente, hechos ocurridos en la población de Somondoco el 17 de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete.

Contra el referido fallo del Tribunal recurrió en casación el procesado Juan de Jesús Daza Vaca. Sustentado oportunamente el recurso por abogado inscrito en la Corte y cumplidos los trámites que le son propios, esta Sala procede a decidirlo.

ANTECEDENTES:

Por consultar la realidad procesal, se transcribe el relato que sobre los hechos materia de la controversia contiene la sentencia recurrida:

"El veintitrés de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, en el área urbana de la población de Somondoco, Argemiro Daza Vaca fue muerto violentamente y de tal hecho fueron sindicados en principio los hermanos Luis Antonio, Gregorio y Juan de Jesús Alvarado. Adelantado el proceso, se dictó sentencia condenatoria, en el Juzgado Tercero Superior de este Distrito, contra Luis Antonio Alvarado. Esta sentencia, que imponía al reo ocho años de presidio, fue confirmada por este Tribunal.

"Dado el anterior acontecimiento, entre los

familias Daza Vaca y Alvarado Daza se mantenía un estado de enemistad que se alimentaba de manera constante con provocaciones y amenazas. Esta situación debió tornarse especialmente aguda cuando Luis Antonio Alvarado salió de la prisión por haber cumplido su pena y regresó a Somondoco.

"Así las cosas, el diecisiete de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete, cuando se celebraban en la población de Somondoco las tradicionales ferias y fiestas, se produjeron varios incidentes entre los hermanos Luis Antonio y Juan de Jesús Alvarado y sus enemigos los Daza Vaca, de los cuales se encontraban en aquella población, el padre Isaac Daza y sus hijos Juan Miguel, Juan de Jesús, Ramón e Isaac. Ya al caer de la tarde, a eso de las cinco y media, los Alvarado se encontraban en la tienda que en el punto de la población denominado 'Cuatro Esquinas' tiene Agustín Alfonso, lugar en donde concurrían numerosas personas, probablemente más de treinta. Entonces acertó a pasar por allí Ramón Daza Vaca quien trató de entrar a la tienda, pero su esposa lo disuadió haciéndole notar que allí estaban los Alvarado. Parece, sin embargo, que Ramón Daza Vaca y Juan de Jesús Alvarado se hicieron amenazas de obra y de palabra. Entre tanto, Juan de Jesús Daza y su hermano Isaac que andaban de a caballo por las calles de Somondoco se hicieron presentes a las puertas de la tienda de Alfonso, y Juan de Jesús procedió a desmontarse y ya de a pie penetró al establecimiento por la puerca cerca a la cual se encontraba Juan de Jesús Alvarado contra quien comenzó a disparar su revólver causándole la muerte de manera inmediata. Al mismo tiempo, y cerca de la otra puerta de la tienda de Alfonso, Luis Antonio Alvarado era atacado a puñaladas por Juan Miguel Daza Vaca, habiendo recibido numerosas heridas que también le produjeron la muerte en pocos momentos. La Policía se hizo presente y desarmó y detuvo a Juan de Jesús Daza y también redujo a prisión a Juan Miguel Daza".

Llamados a responder en juicio criminal Juan de Jesús y Juan Miguel Daza Vaca por los referidos homicidios y desenvuelta la causa, el Juez del conocimiento sometió a la consideración del Jurado, en cuanto respecta al primero de los nombrados, la siguiente pregunta:

"El acusado Juan de Jesús Daza Vaca es responsable SI o NO, de haber causado la muerte, con intención de matar, a Juan de Jesús Alvarado Daza, quien falleció a consecuencia de heridas producidas por proyectil de arma de fuego de pequeño calibre (revólver), de cuyos estragos habla la correspondiente diligencia de autopsia; hecho que tuvo ocurrencia en horas de la tarde del diecisiete (17) de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957), en la tienda de Agustín Alfonso, situada en cuadras de la población de Somondoco?".

El Jurado respondió: "SI ES RESPONSABLE".

Igual respuesta profirió el Tribunal Popular en relación con el otro de los procesados. En desarrollo de estos veredictos se produjeron las sentencias de que se habló al principio, habiendo sido recurrida la de segunda instancia, como ya se dijo, por Juan de Jesús Daza.

LA DEMANDA

Desde el punto de vista formal, la demanda no es susceptible de reparos apreciables, pudiendo afirmarse, consecuentemente, que consulta las normas legales sobre la materia. (Artículo 531 del C. J., en armonía con el 7º del C. de P. P.).

Para impugnar la sentencia de segundo grado, el demandante invoca las causales 4ª y 1ª de casación, la primera como principal, y como subsidiaria la segunda.

1) — Causal cuarta

"Acuso —dice —la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de fecha veinticinco de mayo de mil novecientos sesenta (1960), por medio de la cual se condena a Juan de Jesús Daza Vaca a la pena principal de ocho años, seis meses de presidio por el delito de homicidio en la persona de Juan de Jesús Alvarado Daza, de ser violatoria de la ley procesal, por haber sido pronunciada en un juicio viciado de nulidad constitucional y legal".

En desarrollo de este planteamiento, formula tres cargos al fallo recurrido, los cuales pueden, en síntesis, enunciarse así:

a)—El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja dictó la sentencia acusada "con base en un auto de proceder que no reunía los requisitos exigidos por el artículo 429 del C. de P P., para proferir la demanda criminal". Hace a continuación el impugnador un extenso análisis probatorio del proceso, enderezado a demostrar que Juan de Jesús Daza, su poderdante, actuó dentro

de las circunstancias previstas en el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal, por lo cual no debió pronunciarse en su contra auto de proceder. Estima, en consecuencia, que se infringieron las disposiciones contenidas en los artículos 429, 436, 437 y 567 del C. de P. P., desconociéndose así "las garantías legales del procesado", lo que a su vez implica una violación del artículo 26 de la Constitución, razón por la cual la Corte —en su concepto— "debe casar la sentencia, invalidar el proceso, a partir del auto de proceder y ordenar que se reponga el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 570 del C. de P. P. (ord. B)".

b)—Iniciada la vista pública en este proceso el día 15 de abril de 1959, el Juez, a solicitud del vocero del procesado Juan de Jesús Daza, hubo de suspenderla, convocando para continuarla el día siguiente. "Sin embargo —afirma el demandante— el dieciseis de abril no se continuó la vista pública, porque según el informe del señor Secretario, el doctor César Dimas Barrero, defensor de Juan de Jesús Daza, no concurrió por hallarse en Bogotá. No obstante ese informe, el doctor César Dimas Barrero, firma ese mismo día una notificación en el mismo Juzgado y en el mismo proceso. (Fl. 149 cuaderno principal)".

"Por auto de dieciseis (16) de abril del mismo año —sigue anotando el impugnador— se fijó el treinta del mismo mes, a las nueve de la mañana para continuarlas. No obstante estar señalado tal día, no se continuaron, porque según el señor Secretario, a esa hora y día, estaban concluyendo la vista pública en la causa contra Luis Alejandro Pinilla y otros".

Tales hechos constituyen graves irregularidades, en sentir del demandante, y demuestran que "las audiencias no se celebraron el día y la hora señalados", configurándose así la causal de nulidad contemplada en el ordinal 7º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

c)—Surge todavía, según el apoderado del recurrente una tercera causal de nulidad, consistente en que las dichas audiencias continuaron sufriendo una serie de interrupciones hasta su culminación el diez de junio de 1959, interrupciones o paréntesis cronológicos que sobrepasaron los previstos por la ley, contrariándose, concretamente, lo dispuesto en los artículos 5º del Decreto Ley 3347 de 1950 y 458 del C. de P. P., lo cual, a su vez, constituye una violación del principio consagrado en el artículo 26 de la Carta Fundamental, que manda observar en el juzgamiento las formas propias de cada juicio.

2)—Causal primera

Afirma el demandante, para sustentar esta causal, que su patrocinado no obró impulsado por motivos innobles, sino en virtud de un móvil altruista de "la más alta nobleza". De allí deduce que al aumentársele en seis meses el mínimo de la sanción prevista para el delito, el Tribunal incurrió en "errada interpretación e indebida aplicación" de la ley penal sustantiva, precisamente de los artículos 36 y 39 de la Ley 95 de 1936. En consecuencia, solicita "subsidiariamente como lo dejé dicho, que se case la sentencia y se dicte la nueva por esa H. Corte, como lo manda el artículo 570 (ordinal A) del Código de Procedimiento Penal".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de resumir los cargos formulados a la sentencia acusada al amparo de las causales propuestas, replica separadamente cada uno de aquellos en términos juiciosos y jurídicos que la Sala, en esencia, comparte.

Para refutar la primera de las tachas presentadas bajo la invocación de la causal cuarta, razona así la Procuraduría:

"El auto de proceder, a no dudarlo, constituye una providencia fundamental dentro del proceso penal por cuanto es en él donde la sociedad, tras de haberse agotado la etapa del sumario, formula al reo los cargos que estima como indicadores de que es penalmente responsable del hecho que dio origen a la investigación criminal, siempre que entonces aparezca acreditado el cuerpo del delito. Como es obvio, a este resultado se llega mediante un razonamiento lógico jurídico de las probanzas y cuando, por otra parte, el Ministerio Público ha producido su opinión acerca del mérito del sumario; esto dentro del procedimiento ordinario.

"Pues bien: por revestir la mencionada providencia tanta importancia, el legislador prudentemente señaló medios de defensa adecuados para lograr los fines de equidad y de justicia social que se persiguen en el plenario y fue así como exigió perentoriamente que el auto de enjuiciamiento se notificara personalmente al procesado y a su defensor (artículo 170 del C. de P.

P.), para que si cualesquiera de ellos o ambos consideran lesivo de sus intereses el pliego de cargos puedan interponer el recurso de alzada, si el juicio no es de única instancia, con el fin de procurar la justa solución de sus pedimentos. Antes se puede interponer recurso de reposición ante el Juez a quo para lograr el mismo objeto: impedir la arbitrariedad o la injusticia. Y más aún, para impedir que se verifique un juzgamiento sin el otorgamiento de todas las medidas de defensa al momento de notificarse dicho auto es obligación ineludible hacer saber al procesado 'el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo represente en el juicio' el cual, si reúne 'las condiciones para desempeñar el cargo' es reconocido por el Juez. Y más todavía: si el reo no hace dicha designación, entonces, el Juez procede a verificar el nombramiento de un defensor de oficio (artículo 432 ibidem). Y todo ello para que los intereses jurídicos del procesado no queden desamparados y se le brinde la oportunidad de ofrecer un medio legal de defensa, que debe alegar su apoderado.

"Pero para ser aún más prudente el legislador dispuso que el juicio se abra a prueba 'por el término de tres días, dentro del cual pueden pedir las partes las que consideren necesarias', y si resultan sus peticiones procedentes, se ordenará su práctica (artículo 4º del Decreto extraordinario 1231 de 1951). Consagró aquí, sabiamente, una oportunidad procesal dentro de la cual tanto el procesado como las demás 'partes' pueden procurar el afianzamiento de sus pretensiones jurídicas, las que luego serán materia de debate en la vista pública. En esta forma los cargos pueden quedar reducidos a nada, o, por el contrario, adquieren mayor firmeza probatoria. Pero, indudablemente, aquí tiene el reo una oportunidad de solicitar el allegamiento de las probanzas que estime conducentes para impugnar los cargos que le han sido formulados en el auto de enjuiciamiento.

"Y considerando, se repite, la importancia del auto de proceder consagró el traslado del expediente a 'las partes', antes de que se inicie la audiencia pública, con el propósito de que se hallen bien enteradas de la materia que va a ser objeto del debate público (artículo 458 del C. de P. P.). Y dejó al prudente arbitrio del Juez el término que se concede a cada una de las 'partes' para el fin anterior (artículo 459 ibidem).

"Pero se advierte algo más. La ausencia de notificación en debida forma del auto de proceder genera nulidad en el proceso penal, si se reúnen los presupuestos exigidos por el artículo 198, ordinal 3º, del C. de P. P. Por manera que si es trascendental la emisión del auto de enjuiciamiento, también es amplia la oportunidad que se otorga a las partes, y, en especial, al procesado y a su defensor para que si lo estima contrario a derecho utilice los recursos legales pertinentes para su impugnación, además de sancionar con nulidad, en ciertos casos, la irregular notificación de tal auto.

"Pero una vez que el auto de proceder ha sido ejecutoriado, se inicia el juicio (artículo 439 del C. de P. P.) y entonces a 'las partes' ya no les queda otra oportunidad de verificar el examen de los cargos y contracargos sino durante la audiencia pública, y, cuando el proceso es de aquellos en que interviene el Jurado, es éste el que en su veredicto profiere el fallo de hecho que ha de servir de pilar fundamental al fallo de derecho que emite el Juez a quo. Los cargos formulados en el auto de enjuiciamiento se han trasladado, por decirlo así, al veredicto y es esta pieza la síntesis de las probanzas, sobre la cual se edifica la sentencia.

"Y producido el veredicto del Juri, queda aún una oportunidad para que la justicia no se vea burlada pues a los falladores de instancia se les concede la facultad de declararlo 'contrario a la evidencia de los hechos consignados en el expediente' (si se trata de primer veredicto, pues el segundo es definitivo: artículos 537 y 554 del C. de P. P.). Y se procede, en este último evento, a la convocatoria de nuevo Jurado.

"Tal el ordenamiento del proceso, durante la etapa subsiguiente al pronunciamiento del auto de proceder, en los aspectos que interesan para contestar el cargo propuesto. Como surge en forma natural y obvia, cuando el juicio es de aquellos en que interviene el Jurado un debate sobre las probanzas que sirvieron de fundamento para la emisión del auto de enjuiciamiento por extemporáneo es impropio e inane para producir la viabilidad de la causal 4ª de casación por una pretendida carencia de requisitos probatorios al dictar el citado auto.

"En efecto, si al emitirse el auto de proceder se considera que la prueba exigida por el artículo 429 del C. de P. P. no se reúne, a 'las partes' les queda el recurso de reposición y el de alzada para lograr la infirmación de dicha providencia, mediante la demostración —de índole probatoria— de que los presupuestos de tal norma están ausentes del proceso. Pero ejecutoriado el auto de

enjuiciamiento apenas pueden hacer uso del derecho de solicitar las pruebas que estimen conducentes para afianzar sus posturas jurídicas, las que en la vista pública serán materia de amplio debate hasta concluir con el veredicto del Juri y la posterior sentencia en derecho. Esto dentro del procedimiento ordinario y en los casos en que interviene el Jurado.

"Pretender desconocer dicho ordenamiento procedimental sí es quebrantar la plenitud de las formas del juicio, con la consiguiente violación del artículo 26 de la Carta. Pero mientras el proceso esté sujeto a dichas etapas nada lesivo de esta norma puede inducirse.

"En el caso sub-judice se profirió auto de proceder, previo concepto del Ministerio Público, se notificó tal proveído tal como ordena el artículo 432 del C. de P. P., en armonía con el 170 ibidem, se le dio posesión tanto al defensor de oficio designado para el procesado Juan de Jesús Daza Vaca como al nombrado para el reo Juan Miguel Daza Vaca, se abrió el juicio a prueba, se notificó dicho auto, se profirió providencia en la cual se ordena la práctica de las pruebas solicitadas, se notificó este proveído y, finalmente, se allegaron la mayoría de las probanzas pedidas oportunamente. Y se prosiguió estrictamente el ordenamiento legal hasta iniciarse la audiencia pública: así se induce de la actuación visible a folio 93 a 142 del primer cuaderno.

"Además, la vista pública tuvo lugar sin que se cercenara el derecho de defensa del procesado. Ninguna violación del artículo 26 de la Constitución se aprecia.

"El cargo planteado por el recurrente es impropio y a nada conduce en cuanto a la procedibilidad de la causal cuarta de casación, por invocación de una nulidad constitucional que, se dice, afecta el proceso desde la emisión del auto de proceder. En consecuencia, estima esta Procuraduría que debe descartarse. La nulidad constitucional no se probó".

El Procurador continúa su acertada vista con un circunstanciado examen de la actuación procesal, para demostrar que los aplazamientos de que fue objeto la audiencia pública están justificados, y que, por tanto, carece de fundamento la nulidad alegada con apoyo en el motivo de nulidad previsto en el artículo 198, ordinal 7º, del C. de P. P., disposición sobre cuyo alcance expone juiciosas consideraciones.

Similar proceso dialéctico adopta el señor Agente del Ministerio Público para refutar el cargo de la nulidad supralegal que el impugnador cree encontrar a través de una pretendida violación de las normas contenidas en los artículos 5º del Decreto extraordinario 3347 de 1950 y 458 del C. de P. P.

Finalmente, y ya con respecto a la segunda de las causales de casación propuestas en la demanda, o sea la primera de las previstas en la ley, el Procurador formula la siguiente observación fundamental: "El recurrente olvida las obligaciones que le competen en la sustanciación adecuada de la causal primera invocada. Ni demostró el error en la interpretación y aplicación de la ley penal sustantiva, ni la incidencia de él en el fallo impugnado, ni la subsiguiente violación de dicha ley. Emitió un simple parecer que nada prueba y apenas sí constituye una opinión del abogado demandante que a nada conduce acertadamente en la pretensión que se persigue".

Concluye la Procuraduría expresando que como ninguna de las causales aducidas fue demostrada, solicita de la Corte la declaración de que "no hay lugar a la casación del fallo demandado".

SE CONSIDERA:

1)—La Procuraduría, como ya tuvo oportunidad de apreciarse, ha ofrecido un mesurado estudio de las normas fundamentales que estructuran el desarrollo de la causa en los procesos en que interviene el Jurado, para demostrar, previa la confrontación pertinente, que en el caso sub-judice, el juicio se desenvolvió dentro de un substancial acatamiento de aquellos preceptos procedimentales. En efecto, anota el señor Procurador cómo, previo el concepto del Ministerio Público, se profirió el correspondiente auto de proceder, que fue notificado tal como lo ordena el artículo 432 del C. de P. P., en armonía con el 170 ibidem. Se le dio posesión tanto al defensor de oficio designado para el procesado Juan de Jesús Daza Vaca como al nombrado para el reo Juan Miguel del mismo apellido, y se notificó el auto respectivo. Profirióse providencia en la cual se ordenó la práctica de las pruebas, proveído que fue debidamente notificado, y se evacuaron la mayoría de las pruebas oportunamente solicitadas. Es esto lo importante para considerar que no se está aquí en presencia de la nulidad supra-legal alegada por el demandante, y lo que interesaba precisar para desechar el cargo. En los juicios con intervención del Jurado es improcedente, por extemporáneo, abrir en casación un debate sobre las pruebas que sirvieron de fundamento para proferir el auto

de proceder, y menos cuando tal planteamiento se formula al amparo de la causal cuarta. La ley brinda medios suficientes para dilucidar en las instancias una situación de tal naturaleza. Por tanto, tratar de revivir en casación un problema ya superado, equivale a desvirtuar el ámbito y la índole propia de este recurso extraordinario.

2)—En cuanto a la tacha de nulidad alegada con apoyo en el artículo 198, ordinal 7º ,del C. de P. P.: "No celebrarse audiencia pública o no celebrarse en el día y hora señalados", cabe hacer las siguientes observaciones:

Consta de autos que por providencia del 30 de marzo de 1950 el Juzgado del conocimiento señaló "el día 15 de abril próximo, de las nueve a. m. en adelante" para iniciar la vista pública en este proceso". (Fl. 140 vto., cuaderno primero).

Efectivamente, la vista pública se inició en el día y hora señalados, pero hubo de suspenderse, a solicitud del vocero de Juan Miguel Daza, por cuanto el defensor de Juan de Jesús Daza "se tuvo que ausentar a Bogotá al entierro de un pariente", según reza el acta de la audiencia. (Fl. 148 ibidem). En la misma acta se expresa que "el señor Juez accedió y convocó para terminar la vista pública el día de mañana, diez y seis de los corrientes". Y se agrega que "El señor Fiscal exige la presentación del señor doctor Barrero para terminar la audiencia".

Al folio 141 vto. del citado cuaderno aparece el siguiente informe de la Secretaría: "Al despacho del señor Juez hoy diez y seis de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, informando atentamente, que la vista pública en la presente causa se principió el día de ayer, habiendo hablado por primera vez el señor Fiscal y el señor vocero del acusado Juan de Jesús Daza Vaca, fue aplazada para las diez de la mañana de hoy, pero por ausencia del defensor doctor Cesa (sic) Dimas Barrero, quien por razón de un duelo familiar, no pudo concurrir y tuvo necesidad de ausentarse para Bogotá".

Y a continuación del anterior informe, con la misma fecha del 16 de abril, se lee un auto que a la letra dice: "Visto el informe anterior de la Secretaría, se señala el día jueves **treinta de los corrientes**, de las nueve a. m. en adelante, para reanudar la vista pública comenzada el día de ayer en la presente causa. Llámanse las citaciones de rigor. Notifíquese y cúmplase".

Surge claro, pues, que el transcrito informe de la Secretaría constituyó el motivo determinante del aplazamiento de la vista pública, para la fecha fijada en el auto que acaba de copiarse. "Que el mismo día 16 de abril de 1950 el doctor Barrero aparezca firmando la notificación del referido auto, nada prueba en el sentido de que el motivo justificado de dicho aplazamiento haya desaparecido". "Bien pudo ocurrir, manifiesta la Procuraduría razonablemente, que tras de informar al Juzgado de su imposibilidad para concurrir a la audiencia que había sido señalada para el día 16 a las diez de la mañana, el mismo doctor Barrero esperó con el fin de saber la nueva fecha fijada y por eso se notificó el mismo día de este auto. Su ausencia, como es lógico, debió producirse posteriormente al momento de tal notificación".

Según reza el informe de Secretaría visible al folio 149 vto., cuaderno citado, tampoco el día 30 de abril continuó la audiencia, porque en tal fecha "se terminó la vista pública en la causa contra Luis Alejandro Pinilla y otros". En tal virtud, el Juez por auto del 4 de mayo siguiente, señaló el día "veinticinco de los corrientes" para reanudarla.

Ahora bien: ninguno de estos justificados aplazamientos estructura la causal de nulidad alegada. Cuando el legislador instituyó en el ordinal 7º del artículo 198 del C. de P. P. la causal de nulidad consistente en que la audiencia pública no se celebre "en el día y la hora señalados", lo que fundamentalmente quiso evitar es que acto de tan notoria importancia se realizara a espaldas de las partes interesados en el resultado del proceso penal, conculcándose así los derechos de la sociedad y del acusado. Pero no puede decirse que dichos derechos se han vulnerado cuando las partes han sido previa y legalmente notificadas de que la audiencia ha sido aplazada para día y hora con toda precisión determinados, porque en tal evento desaparece el factor "sorpresa", cuya eliminación —se repite— constituyó la preocupación primordial del legislador al establecer la referida causal de nulidad.

3)—En relación con el tercero de los cargos formulados al amparo de la causal cuarta, nada es necesario agregar a las juiciosas razones que, para refutarlo, se aducen en la réplica del señor Procurador a la demanda del impugnador. Dice al respecto el Fiscal colaborador:

"La historia del proceso da cuenta de que, en efecto, el Juez a quo hizo señalamiento para la continuación de las audiencias que superan el límite de interrupción ordenado por el artículo 5º del Decreto-Ley número 3347 de 1950 (máximo de dos días) y el límite fijado por el artículo 458 del

C. de P. P. para el señalamiento de fecha y hora en la cual debe celebrarse la audiencia pública. Hoy este artículo está modificado por lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto Extraordinario 1231 de 1951 que estatuye:

"'Si no hubiere pruebas que decretar, o vencido que sea el término probatorio, el Juez señalará el día y hora para la celebración de la audiencia pública, señalamiento que no podrá ser para antes de cinco días ni para después de quince'.

"Pero este proceder del juez a quo tuvo por causa la imposibilidad física de realizar estrictamente el mandato de tales normas legales. Más aún, en la primera ocasión, la interrupción tuvo que verificarse debido a que existía una razón justificada por parte del defensor de Juan de Jesús Daza Vaca para no poder concurrir a la continuación en la fecha señalada. Y en el segundo aplazamiento, la suspensión tuvo que prolongarse por cuanto el Juzgado estaba dedicado a la terminación de otra audiencia pública, vale decir que cumplía con funciones inherentes al mismo.

"No fue el capricho del Juez a-quo el que determinó que estas interrupciones entre la audiencia inicial y las sesiones de continuación de la misma sobrepasaran el límite señalado por el legislador. Fueron motivos comprensibles y justificables que excluyen cualquier arbitrariedad por parte de dicho funcionario hacia el procesado. Por manera que no se observa, en modo alguno, violación de los derechos esenciales del reo, ni incumplimiento fundamental de la plenitud de las formas propias del juicio que permitan configurar una nulidad constitucional, menos legal porque precisamente no se ha elegido tal evento entre las causales, de índole legal, de nulidad que afectan el proceso penal.

"Otros medios se han establecido, y que constituyen el camino legal adecuado, para procurar el cumplimiento de la pronta administración de justicia y ellos estriban precisamente en imponer sanciones disciplinarias a los funcionarios que, sin cometer el delito de abuso de autoridad (por demoras), son morosos en sus actuaciones. Al respecto existen disposiciones legales procedentes.

"La pretendida violación del artículo 5º de. Decreto extraordinario 3347 de 1959 no ha conducido en el presente proceso a la infracción del artículo 26 de la Carta, por inobservancia de la plenitud de las formalidades legales propias del juicio. Menos aún la irregularidad consistente en no haberse cumplido lo dispuesto por el artículo 5º del Decreto extraordinario 1231 de 1951 ha generado tan especial causal de nulidad como es ésta de carácter supralegal.

"Que las criticadas actuaciones del Juez a-quo constituyan irregularidad puede aceptarse, pero de allí no se puede inducir el incumplimiento de la plenitud de las ritualidades del juicio con lesión del derecho de defensa del procesado o de los derechos de las demás partes que intervienen en aquél.

"Con fundamento en lo anterior, esta Procuraduría es de parecer que este cargo tampoco prospera y así, pues, solicita comedidamente a la H. Corte lo desestime. La nulidad constitucional alegada no existe".

4)—Con respecto a la causal primera, invocada también por el demandante para alegar que carece de respaldo probatorio el "motivo innoble" en que el juzgador de instancia fundó el aumento de la sanción, basta observar que el impugnador, como lo destaca la Procuraduría, no realizó el menor esfuerzo dialéctico para demostrar el cargo. Y la Corte, ante tan ostensible omisión, no puede suplir con razones propias el pensamiento del actor. No sobra expresar, además, que por tratarse de una cuestión de hecho, el cargo debió formularse a través de la causal segunda, la cual, reflejamente, incidiría en la primera.

En armonía con las consideraciones anteriores, ninguna de las causales propuestas tuvo adecuada demostración, y, consecuentemente, deben ser desechadas.

DECISION:

Con fundamento en las razones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y acorde con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Tunja.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pinaquita León L., Secretario.

LA APRECIACION NOTORIAMENTE ERRADA DE UNAS PRUEBAS Y LA FALTA DE ESTIMACION DE OTRAS, DETERMINAN LA INVALIDACION DE LA SENTENCIA CONDENATORIA RECAIDA EN PROCESO POR HOMICIDIO E IMPONEN LA ABSOLUCION DEL PROCESADO

Condiciones para el éxito de la causal 2ª de casación penal. — Necesidad de la crítica del testimonio.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS:

1.—Cuando se invoca la causal 2ª de casación penal el demandante ha de hacer, si aspira a que prospere el recurso, un análisis exhaustivo de las probanzas que sirvieron de base a la condena, de tal manera que salte a la vista que las conclusiones del fallo impugnado fueron evidentemente erróneas.

2.—En lo relativo a la prueba testimonial, es notorio que el fallador no puede limitarse a hacer un sintético recuento de lo dicho por los deponentes, sino que es preciso que haga un estudio crítico del contenido de tales testimonios.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION PENAL.—Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en sentencia de fecha once de febrero de mil novecientos sesenta, condenó a Marcelino Zarta Mendez a la pena principal de veinte meses de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del homicidio consumado en la persona de Luis Enrique Vesga. Contra esta decisión del Tribunal interpuso el recurso extraordinario de casación el defensor del sindicado, recurso que fue oportuna y debidamente sustentado por el doctor Ernesto Lucena Bonilla, y que se encuentra en estado de ser decidido por esta Sala, toda vez que están agotados los trámites propios de dicho recurso.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

En las horas de la noche del día 20 de julio de 1959, en la vereda de Chagualá, municipio de Coello, Departamento del Tolima, y en casa de Miguel Cedano se llevó a cabo la celebración de la fiesta nacional, para lo que se organizó un baile, en el que abundaron, como es costumbre general en el país, la música, las danzas y principalmente el excesivo consumo de bebidas embriagantes. A la fiesta concurrieron varias personas, encontrándose entre éstas como invitado el señor Luis Enrique Vesga, hermano de la amante del sindicado Miguel Zarta, quien llegó ese día a casa de Cedano, más o menos desde las tres de la tarde, bastante alegre, y procedió a brindar a los concurrentes sendas copas de licor, las que fueron aceptadas por Luis Enrique Vesga, a pesar de que éste, al parecer, abrigaba contra Zarta recóndita animadversión, por el hecho de que el último hacía vida marital extramatrimonial con una hermana del primero y de cuya unión habían nacido dos hijos. Con todo, posteriormente, Vesga, a quien apodaban el "bobo Vesga", tal vez impulsado por los efectos del alcohol, rehusó aceptar las invitaciones que

Zarta le ofrecía para que le aceptara otra copa, y por el contrario agravió de palabra a éste, y armado de un machete lo invitó a salir al patio que hay entre la casa y el caney, y cuando se encontraban allí solos y en la oscuridad, Vesga le tiró a Zarta con el machete, golpe que fue recibido por éste en el antebrazo izquierdo, a causa de lo cual fue herido en esa parte del cuerpo. En seguida los dos contrincantes se trabaron en lucha, cuerpo a cuerpo, quedando ambos heridos, Zarta, como se dijo, en el antebrazo izquierdo y Vesga en el muslo izquierdo arriba de la rodilla, lo que le causó una anemia aguda y como consecuencia de ésta la muerte.

La investigación fue iniciada por el Alcalde municipal de Coello y continuada, de acuerdo con las normas procesales establecidas por el Decreto extraordinario 0012 del 4 de junio de 1959, por el Juez 185 de instrucción criminal, quien absolvió al sindicado en sentencia de primera instancia de fecha 6 de octubre de 1959, por estimar que no existía en el proceso la plena prueba de la responsabilidad de Zarta como autor del delito cometido.

El Tribunal de Ibagué, al revisar, por consulta, la sentencia de primer grado, la revocó y condenó a Marcelino Zarta en el fallo acusado a la pena principal de veinte meses de presidio y a las accesorias de rigor, por estimar que sí había mérito probatorio para condenarlo, pero reconociendo que se trató de un homicidio preterintencional en estado de ira e intenso dolor causados por grave e injusta provocación.

DEMANDA DE CASACION

La demanda de casación, que formalmente se ciñe a los requisitos establecidos por los artículos 531 del Código Judicial y 7 del C. de P. Penal, primera y principalmente invoca la causal segunda establecida por el artículo 567 del C. de P. P. y al final de su libelo alega, en forma subsidiaria, las causales cuarta y quinta, limitándose a enunciar éstas en forma esquemática.

CAUSAL SEGUNDA.—Errada apreciación o interpretación de los hechos. Basándose en esta causal, el recurrente expresa que: "al dictar el H. Tribunal Superior de Ibagué la sentencia de fecha once de febrero de 1960, por medio de la cual condenó al señor Marcelino Zarta Méndez por el delito de homicidio, hizo una errada interpretación e indebida apreciación de los hechos del proceso, atribuyéndoles valor probatorio que no tienen, llegando por medio de una serie de deducciones ilógicas, a conclusiones inexactas, que ponen de resalto el error evidente y manifiesto en que incurrió, violando así normas precisas del C. de P. Penal".

Subsidiariamente y con fundamento en la misma causal, se refiere igualmente el actor a la "errada interpretación e indebida apreciación de las pruebas" que hizo el Tribunal al imputarle a Zarta el homicidio de Vesga, sin tener en cuenta que aquél sólo trató, desde un principio, de ejercitar la legítima defensa de su vida; es decir, la sentencia acusada, en concepto del recurrente, no reconoció este motivo de justificación del hecho, con lo cual, a su entender violó también la ley penal.

En líneas generales puede decirse que la sustentación de la causal segunda la hace consistir el actor en los cargos siguientes: a) fallas en el análisis y apreciación de los hechos, por equivocada estimación de la prueba testimonial existente en el proceso; b) errores de evaluación en la prueba indiciaria, y d) omisión por parte del Tribunal, al dejar de tener en cuenta una importante prueba practicada en el proceso, como fue la de inspección ocular. Estos cargos, resumidos en cuanto a lo esencial de ellos, los desarrolla en la forma siguiente:

a)—Fallas en el análisis y apreciación de los hechos, por viciosa apreciación de la prueba testimonial existente en el proceso. Por una parte, el impugnador ataca la sentencia con fundamento en este cargo, entrando a analizar el testimonio de Miguel Cedano, que descalifica, por no haber presenciado los hechos, así como por razones de las condiciones personales deficientes de este declarante y además por sospechosa parcialidad proveniente de los nexos que lo ligaban con el occiso. Sostiene el recurrente que el hecho de haberse contradicho este testigo y de haber puesto de presente sus deficientes condiciones mentales, hace en extremo sospechoso su dicho, hasta reducir a la nada su credibilidad, y que habiéndole tenido en cuenta el Tribunal como el principal fundamento probatorio de la incriminación, interpretó erradamente los hechos. Afirma, igualmente el demandante, que el resto de la prueba testimonial que fue tenida en cuenta por el Tribunal, como son las declaraciones de Miguel Angel Molina y

Hermelindo Saavedra, también fueron equivocadamente apreciadas, al darles la calidad de pruebas sobre el cuerpo del delito, siendo así que estos testigos solamente afirman haber visto a los contrincantes caídos en el suelo, uno encima del otro, sin que ninguno de estos declarantes, afirmara haber presenciado el que Zarta hiriera a Vesga.

b)—Errores de interpretación en materia de indicios. El recurrente critica las deducciones equivocadas que hizo el Tribunal al "presumir situaciones" que no tienen respaldo en el proceso, como es el suponer que por haber existido un forcejeo o lucha cuerpo a cuerpo entre los contrincantes, necesariamente tuvo que ser Zarta quien hirió a Vesga; o el de tener como indicio gravísimo el que resulta de los dichos de la mayor parte de los testigos presenciales, siendo así que del hecho no los hubo, y finalmente el atribuir valor probatorio decisivo al indicio resultante de la no existencia de buenas relaciones entre el sindicado y el occiso.

c) Indebida interpretación de la indagatoria del sindicado. Afirma el demandante que el Tribunal incurrió en una indebida apreciación de la indagatoria de Zarta "porque le atribuyó un valor probatorio que no tiene, invirtiendo los términos, ya que lo jurídico y lo justo es aceptar esa indagatoria en su integridad", agregando que el Tribunal, con notoria arbitrariedad y exageración colocó a Zarta en trance de confesar la autoría de un delito, cosa que éste no hizo, pues por el contrario, en su indagatoria negó el haber sido el autor de la lesión que causó la muerte de Vesga. Tan protuberante error, dice el recurrente, se pone de manifiesto cuando el Tribunal le asigna a la injurada de Zarta un valor y un alcance que no tiene.

d)—Omisión del Tribunal de analizar y tener en cuenta una importante prueba practicada en el proceso, como fue la inspección ocular. A este respecto afirma el recurrente que la sentencia acusada para nada tuvo en cuenta la diligencia de inspección ocular y la reconstrucción de los hechos que se llevaron a cabo dentro del proceso. Expresa que estas diligencias demostraron que el testigo Cedano, cuya declaración fue básica, para la revocatoria de la sentencia de primera instancia, no podía ver en las condiciones de oscuridad que había en el sitio y a la hora en que ocurrieron los hechos, y que esas mismas diligencias demostraron la posibilidad que existió, de que por obra del forcejeo habido entre Zarta y Vesga, este último se hubiera autolesionado con uno de los movimientos violentos y desordenados que son comunes en esa clase de ocurrencias. Con dicha omisión, el juzgador de segunda instancia, en concepto del impugnador, violó la segunda parte del artículo 204 del C. de P. P. que ordena "tener en cuenta en los procesos, las pruebas, por su estimación legal".

Termina el actor la fundamentación de la causal segunda invocada afirmando que no fue probado ni el cuerpo del delito de homicidio, ni la responsabilidad del sindicado Zarta, por lo cual y al no existir en el proceso la plena prueba de esos elementos constitutivos del delito, no podía dictarse contra éste sentencia condenatoria, como lo hizo el Tribunal, "en franca y ostensible apreciación e interpretación errónea de los hechos". Agrega, además, que si existía duda al respecto, debió ser resuelta en favor del sindicado, en acatamiento al principio **in dubio pro reo.**

CAUSALES CUARTA Y QUINTA.—El recurrente, invoca, también, aunque sin mayor demostración, las causales 4ª y 5ª de casación, con fundamento en que en la sentencia acusada no se determinó específicamente, en su parte resolutiva, el delito por el cual se condenó a Marcelino Zarta a veinte meses de presidio, puesto que se limitó a fijar la pena principal y las accesorias en la parte resolutiva, sin precisar por qué delito las imponía, con lo cual fueron violados los arts. 159 del C. de P. P. y el 26 de la Constitución Nacional; lo primero, porque aquella disposición procedimental establece terminantemente que en el caso de condena, se hagan constar las infracciones que hubieren motivado el llamamiento a juicio, y lo segundo, porque la Carta fundamental ordena que se juzgue conforme a los procedimientos establecidos y llenando las formas propias del juicio.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en cuidadoso estudio, encuentra que los hechos del proceso dan asidero para que prospere la causal segunda de casación en relación con la sentencia acusada, ya que acepta en líneas generales los planteamientos hechos por el recurrente, haciendo, por su parte, acertadas observaciones jurídicas y solicitando, en conclusión, que se case el fallo recurrido. En lo que sí no está de acuerdo

el señor colaborador Fiscal es en lo relacionado con la invocación que se hace en la demanda de las causales 4ª y 5ª de casación, con fundamento en las irregularidades procesales que se estiman violatorias del artículo 26 de la Constitución y del artículo 159 del C. de P. P., ya que no encuentra razonable la impugnación de la sentencia por estos aspectos.

EXAMEN DEL RECURSO

CAUSAL SEGUNDA.—Ha sido doctrina reiterada de la Corte la de que cuando en casación se invoque la causal 2ª de que trata el artículo 567 del C. de P. P. es indispensable, para que el recurso pueda prosperar, que en la demanda se haga un estudio integral de orden jurídico sobre todas las probanzas en las que se fundó la sentencia acusada, para establecer la responsabilidad del sindicado y la pena que se le ha impuesto, con el fin de que el recurso extraordinario de casación, que es un recurso especial y ajustado a una técnica procesal estricta, no se convierta en una tercera instancia con alegaciones propias de los recursos ordinarios. De consiguiente, en casación el recurrente, cuando invoca la causal segunda, debe demostrar, con toda precisión y claridad, que por parte de los juzgadores de instancia se incurrió en un notorio error en la valoración de las pruebas, por haber sido apreciadas dándoles un valor que no tienen, o porque se les negó el que legal y razonablemente tienen; por haber desconocido hechos que fueron suficientemente probados o por haber incurrido en contradicción sobre los mismos. Es menester, por lo tanto, que el demandante en casación y cuando invoca la causal segunda, haga en su demanda un estudio coherente y lógico de los hechos, premisas y conclusiones, de tal manera que salte a la viste que las conclusiones del fallo impugnado fueron evidentemente erróneas, y que de consiguiente, fue también notoriamente equivocada la sentencia acusada. El impugnador debe, por lo tanto, hacer un estudio y análisis probatorio exhaustivo de los hechos y las pruebas que conduzca a la demostración de que la decisión del fallador de segunda instancia carece de respaldo racional y jurídico.

Se estudiarán los cargos que se hacen al fallo acusado, con el fin de establecer si en realidad se cumplen los requisitos para la prosperidad de la causal segunda de casación invocada de una manera especial y principal.

En lo relativo a la prueba testimonial, es notorio que el Tribunal se limitó a hacer un sintético recuento de lo dicho por los deponentes, sin hacer un verdadero estudio crítico del contenido de dichos testimonios. Tal estudio hubiera conducido a establecer, en cuanto a los testimonios más importantes, que refieren el hecho central objeto de este juicio, que el principal testigo de cargo, Miguel Cedano, no merece la credibilidad que le otorgó el Tribunal, por existir en su contra varias circunstancias negativas, como es su parentesco de afinidad con el occiso, las contradicciones en que incurre y sus propias manifestaciones relativas a sus condiciones síquicas morbosas, en que se encontraba especialmente por motivo del efecto del licor y la vigilia.

Este testigo (Cedano) rindió en este proceso varias declaraciones, que obran a fls. 5 vto., 72, 158, y la que dio en la diligencia de inspección ocular.

Para poder estimar el valor probatorio que razonablemente merece este testigo, conviene hacer la confrontación de sus varias deposiciones, con el fin de verificar el error notorio en que incurrió el Tribunal al concederle entero crédito a su dicho.

En la declaración de folio 5 vto., en lo pertinente, el testigo Cedano dijo:

"....Y como ambos estaban en estado de embriaguez me figuro que el finado Vesga Luis Enrique tenía una peinilla encaletada y con ésta le tiró el finado a Marcelino Zarta, entonces el compadre se enfureció y le partió a agarrarlo bajito y le quitó la peinilla y con ésta se la clavó en la pierna a Luis Enrique Vesga".

En el testimonio que aparece a fl. 27, expresa lo siguiente:

"Pues mi compadre Marcelino Zarta, llegó a mi casa el día 20 de julio del corriente año por ahí a las cinco de la tarde y él comenzó a darnos trago a todas las personas que nos encontrábamos dentro de mi casa, pues en ella tengo un estanquillo que lo manejo personalmente, entonces se llegaron por ahí las ocho o nueve de la noche y el señor Luis Enrique Vesga, disgustó con Marcelino Zarta y yo no alcanzaba a oír lo que se decían por el ruido de los tiples y de las canciones, ellos estaban en medio de un caney y la casa, cuando vi que Luis Enrique Vesga estando yo en la puerta del dormitorio que tenía una peinilla en la mano y se le fue encima al compadre Marcelino que se encontraba en la golera del caney y el mandó la peinilla al cuerpo (el declarante levanta el brazo y hace la señal de descargar el

arma de arriba hacia abajo, indicando que así lo hizo Vesga sobre el cuerpo de Zarta), del compadre Marcelino él metió un brazo y se le fue bajito a Luis Enrique y lo tumbó y le quitó la peinilla y yo cuando Zarta estando parado cogió la peinilla y se la mandó a Luis Enrique al cuerpo estando Luis Enrique en el suelo acurrucado y cuando ya se iba a parar (el declarante se coloca en posición de cuclillas, para señalar la situación en que se encontraba Vesga en el momento de recibir la herida a que se ha referido) él apenas dijo (Luis Enrique): 'me cortaron'".

En la deposición que rindió el mismo testigo en la diligencia de inspección ocular dijo:

"Yo me encontraba sentado ahí dentro de la sala y oí unas voces afuera en el patio, entonces me levanté de ahí a la puerta y vide a Vesga con una peinilla en la mano, que le tiraba al compadre Marcelino Zarta, entonces el compadre Marcelino lo tumbó al suelo, se pararon de ahí ambos heridos y yo con el trasnocho y los tragos de la cabeza no ví cómo se hirieron, se levantaron de ahí, el compadre Marcelino herido en un brazo y Luis Enrique en una pierna".

En su última declaración del folio 156 vto., al preguntar el Juez Instructor cuáles fueron las causas o motivos de sus contradicciones, Cedano dio la explicación siguiente:

"Es que yo no tengo despejada la mente pues ando como la máquina que se descarrila, es que yo sufro un dolor en la cabeza y no me acuerdo de lo que digo hoy, no me acuerdo mañana, tampoco me acuerdo de cómo pasan las cosas, ya pasan ocho días, ya me preguntan las cosas y se me olvidan, por ejemplo me hacen encargos el día domingo de una cosa y traigo otra, es que yo si estoy malo de la cabeza desde hace como diez años y siento siempre borrachera en la cabeza; yo eso de la muerte de Luis Enrique ya no me acuerdo bien".

En el cuerpo de esta declaración el instructor hizo constar: "el suscrito Juez se permite hacer constar que el declarante revela una personalidad débil, con ciertas muestras de deficiencia mental y de inseguridad en la expresión del pensamiento. En consecuencia, su dicho ofrece poco mérito para ser creído".

Es suficiente lo transcrito de las declaraciones del testigo Cedano para concluír que el Tribunal al aceptar indiscriminadamente el dicho de este deponente, incurrió en un notorio error de apreciación del valor de dicha prueba, pues el artículo 224 del C. de P. P. que establece los requisitos sobre razonable estimación de la prueba testimonial, expresa que "al juez le corresponde apreciar razonadamente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias que haya percibido y aquellas en que se rinda la declaración".

Ninguna de estas prescripciones legales fue tenida en cuenta en la sentencia impugnada, en la que se dio por sentado, sin ningún análisis comparativo, que la primera afirmación del testigo Cedano sobre la autoría de Zarta, de la lesión que causó la muerte de Vesga, era inconmovible y merecedora de todo crédito, sin tener en cuenta para ello las condiciones personales del testigo, que según sus propias manifestaciones, no son las adecuadas para que su dicho mereciera la credibilidad que graciosamente le concedió el Tribunal de Ibagué. Además, según se verá al analizar el resultado de la diligencia de inspección ocular y reconstrucción de los hechos, el testigo de cargo Cedano careció enteramente de visibilidad por la obscuridad del lugar en que ocurrieron los hechos y por la distancia en que se encontraba para poder percibirlos.

Los otros testigos que tuvo en cuenta o se limitó a mencionar el Tribunal, como fundamento de la sentencia acusada, nada declaran en relación con la autoría del sindicado Zarta, pues unos se limitan a hablar de la buena conducta de éste y de sus pocas buenas relaciones con el occiso y de algunas circunstancias antecedentes o posteriores a los sucesos, pero ninguno de los asistentes a la fiesta que se verificaba en casa de Cedano hubiera podido percibir claramente los hechos dadas las muy deficientes condiciones de visibilidad que existían a la hora y lugar donde tuvo origen el encuentro entre el sindicado y el occiso Vesga.

Por lo tanto, acierta el recurrente al afirmar, que el Tribunal estuvo desacertado al fundamentar el fallo impugnado en una prueba testimonial notoriamente deficiente, que apreció erradamente por falta del debido examen del contenido de los testimonios, con los cuales no se puede tener por establecida la imputación de responsabilidad que dicho fallo le atribuye al sindicado.

El fallo acusado concluye que "comprometiendo la responsabilidad de Marcelino Zarta están su propia confesión y el indicio gravísimo que resulta de las declaraciones de la mayoría de los testigos presenciales que quisieron declarar sobre la verdad de los hechos: este indicio puede sinte-

tizarse así: Zarta y Vesga tuvieron una discusión estando el último armado, luego se agarraron resultando ambos lesionados. También está el indicio de no existir buenas relaciones entre Zarta y Vesga posiblemente por el hecho de que la hermana del último vivía maritalmente con el primero", agregando a continuación: "Dada la manera como pasaron los acontecimientos y según la versión del mismo confesante y de algunos testigos el incidente que cegó la vida de Vesga ocurrió porque éste por embriaguez, enemistad u otra causa, atacó a Zarta con machete y entonces éste se agarró con su contendor, le quitó el arma y con ella misma lo hirió".

Con razón afirma el señor colaborador Fiscal que estos considerandos de la sentencia acusada no tienen ninguna sustentación probatoria, que "es una simple versión acomodaticia de los hechos que no halla basamento alguno en las probanzas que contiene el negocio" ya que los testigos presenciales a que hace referencia el Tribunal, virtualmente no existen como se deduce del examen que de ellos se ha hecho anteriormente, toda vez que no hay ningún testigo que pueda afirmar, y que merezca crédito, que la lesión causada a Vesga lo fue por mano de Zarta. El único testigo, que en principio afirmó la autoría del sindicado, fue Miguel Cedano, y ya se estableció suficientemente el ningún valor que merece su dicho.

El indicio de "no existir buenas relaciones entre Zarta y Vesga" tampoco es un indicio necesario en orden a establecer la autoría y responsabilidad del sindicado, si se tiene en cuenta que los testigos que estuvieron presentes en la fiesta en que ocurrieron los hechos, son enfáticos en atribuír a Zarta una conducta completamente pacífica durante el largo tiempo en que permaneció en la casa de Cedano, tomando licor y bailando. Igualmente los testigos establecen unánimemente que el sindicado se presentó completamente desarmado a la casa en que se celebraba la fiesta patria, en donde amablemente brindó licor a todos los concurrentes, sin excluir al occiso, quien terminó por rechazar el ofrecimiento ultrajando al oferente. Por lo tanto puede afirmarse, sin error, que fue Vesga quien dio origen al encuentro a mano armada con el sindicado, que originó la muerte de aquél, atacando a Zarta con un machete que sacó de las habitaciones de la casa del señor Miguel Cedano, según lo reconocen algunos testigos.

Otro de los cargos que el recurrente le hace a la sentencia impugnada, es la errónea apreciación de la injurada del sindicado, en la cual según el Tribunal, Zarta reconoció la autoría de la lesión que le causó la muerte a Luis Enrique Vesga, siendo así que aquél no hizo dicho reconocimiento en parte alguna de su indagatoria, limitándose únicamente a aceptar la existencia del lance que tuvo con el occiso y dando al mismo tiempo una versión acerca de su actuación, que lo exculpa de toda responsabilidad.

En efecto, expresa el Tribunal que "comprometiendo la responsabilidad de Marcelino Zarta están su propia confesión..."; y más adelante agrega que "dada la manera como pasaron los acontecimientos y según la versión del propio confesante... Vesga en estado de embriaguez, enemistad... atacó a Zarta con machete" y que entonces éste lo agarró, le quitó el arma y con ella misma hirió al occiso.

La simple lectura de la indagatoria del sindicado es suficiente para establecer que en momento alguno de dicha diligencia Zarta reconoce o acepta ser el autor o responsable de la lesión sufrida por Vesga que posteriormente le causó la muerte, siendo, por lo tanto, palpable el error en que incurrió el Tribunal en la apreciación de esta prueba, pues de su contenido mal se puede hablar propiamente de una confesión, ni siquiera calificada, si se atiende a la noción jurídica de esa prueba, que no consiste en nada distinto "del reconocimiento que el acusado hace de su propia culpa, por haber participado en el hecho de que se le sindica".

En efecto, al preguntarle el investigador al sindicado si sabía quién sería la persona que le causara una lesión al señor Luis Enrique Vesga, sobre la parte superior de la rodilla de la pierna izquierda, Zarta contestó:

"No señor, no sé, si resultó herido seguramente fue él mismo que se la causó cuando yo me defendía de él tratando de quitarle la peinilla y que él hacía movimientos de arriba hacia abajo y de lado a lado para no dejársela quitar, pues repito que yo le quité la peinilla fue cuando ya caímos al suelo y que yo al pararme la boté a un lado sin hacerle yo absolutamente nada, pues yo estaba muy sangrando y sólo pensé irme para la casa para evitar, pues el señor Vesga se mostró esa tarde como indeferente (sic) conmigo, y yo no le di ningún motivo para que cuando me llamó para el patio me insultara en el honor de mi madre y me atacara a peinilla tal como lo hizo".

Es, por lo tanto, tan protuberante la errada interpretación que de la injurada del sindicado hace

la sentencia acusada, que de la simple lectura de dicha indagatoria se puede concluir, sin duda, que la tergiversación fue patente, pues pone en boca de Zarta una confesión que no hizo en ningún momento.

Igualmente es notorio que el Tribunal de Ibagué dejó de lado la estimación de la prueba de inspección ocular y de reconstrucción de los hechos, cuya acta correspondiente figura a folios 129 a 135 del cuaderno número 1º. En dicha diligencia y especialmente en relación con el testimonio de Miguel Cedano, que como se ha visto la sentencia acogió sin ningún análisis, los peritos unánimemente conceptuaron que dicha declaración "no tiene ninguna credibilidad por cuanto no se puede observar del lugar donde él se encontraba el sitio de los acontecimientos debido a la obscuridad como ya se dijo y a la distancia".

Por lo tanto, prosperan los cargos que con fundamento en la causal segunda de casación hizo valer el recurrente contra el fallo impugnado.

En cuanto a la legítima defensa, hay que convenir que también el Tribunal dejó de tener en cuenta esa situación de justificación en que fue colocado Zarta por Vesga, cuando aquél, inerme y en actitud pacífica, se vio ofendido de palabra, e inmediatamente atacado a mano armada y de manera encarnizada por el segundo. Como bien lo anota el señor Agente del Ministerio Público, desde el momento en que el sindicado se vio ante esas circunstancias, quedó colocado en situación de una legítima defensa de su vida, que prevee el artículo 25 del C. Penal, pues que concurría la violencia actual e injusta, provocada por el occiso; dicha violencia puso en peligro la vida, y de hecho la integridad corporal de Zarta, por lo cual en inminente peligro, por un impulso instintivo y desesperado, trató de repeler, como pudo, el injustificado ataque armado, lanzándose al cuerpo de su agresor para tratar de impedirle, de cualquier modo, la consumación de su peligrosa acción física.

Al no haberse tenido en cuenta tampoco esta situación, la sentencia dio fundamento para que se formulara contra ella otro cargo atendible, con base en la causal segunda invocada, por errada apreciación de los hechos.

Como la Sala ha considerado fundada la causal segunda invocada como principal, no entrará a considerar las causales 4ª y 5ª que fueron propuestas subsidiariamente en la demanda, pues el artículo 538 del C. Judicial también tiene aplicación en la casación penal, conforme con lo previsto en el artículo 7º del C. de P. P.

Por cuanto ha prosperado la causal 2ª de casación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 570 del C. de P. P., la Sala procederá a dictar la sentencia que debe reemplazar el fallo impugnado, la cual, como es lógico, debe ser absolutoria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, INVALIDA el fallo condenatorio acusado, proferido en este proceso por el Tribunal Superior de Ibagué, y en su lugar, ABSUELVE a Marcelino Zarta Méndez del cargo de homicidio que motivó la sentencia condenatoria que se invalida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

NO PROSPERAN LOS CARGOS FORMULADOS CONTRA LA SENTENCIA CONDENATORIA RECAIDA EN UN PROCESO POR DELITO DE CONTRABANDO DE CAFE

Causales especiales de casación consagradas en el artículo 20 del Decreto 188 de 1958.—Presunciones de contrabando.

ENUNCIACION DOCTRINAL:

La finalidad propia y específica del Decreto 1828 de 1959 es la de prevenir el contrabando, así que, una vez consumado el delito, deja de ser aplicable, en especial en lo tocante a determinar la competencia y la pena imponible.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION PENAL.—Bogotá, mayo veintiseis de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres)

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que se propuso con relación a la sentencia del 2 de agosto del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior de Aduanas condenó al señor Humberto Rafael Valverde Carrasquilla, como responsable del delito de contrabando, a la pena principal de veinte meses de prisión, y le aplicó las penas accesorias del caso.

HECHOS:

El 8 de marzo de 1957 el Teniente señor Jaime Carrillo, Jefe de la Policía Fiscal de Bolívar, conforme a comisión que le impartió el Teniente Coronel señor Ramírez Sendoya, por entonces Jefe de la División de Policía del citado Departamento, se trasladó a Calamar en compañía de los señores José María Barrios, César Ferreira, Valentín Alvarez y Narciso Rodríguez, Agentes de la Policía, excepto el primero, con el fin de dirigir el patrullaje del Río Magdalena y la requisa de las embarcaciones para de ese modo tratar de reprimir el contrabando, misión que se venía cumpliendo con la utilización de una lancha que facilitó la Andian, cuando en las primeras horas de la madrugada del 15 del mismo mes, en momentos en que hacían su turno Rodríguez y Alvarez, fue sorprendida la embarcación llamada "Rafaela Cecilia" con 785 sacos de café, los cuales se entendieron como destinados al contrabando a que se contrae el proceso.

FALLOS DE 1º Y 2ª INSTANCIA

El Juzgado Superior de Aduanas de Cartagena, al cual correspondió el conocimiento en primera instancia, mediante sentencia del 19 de noviembre de 1958, resolvió lo que pasa a transcribirse:

"PRIMERO.—Declárese de contrabando los 785 bultos de café aprehendidos en la lancha 'Rafaela Cecilia', y el producto de su venta ingresará definitivamente a favor del Tesoro Nacional, previas las deducciones a que tienen derecho el denunciante y los aprehensores, conforme a la ley.

"SEGUNDO.—Reconócese como denunciante de este contrabando al señor José Gabriel Doria Espinosa y como aprehensores a los Agentes de la

Policía Nacional Narciso Rodríguez Castelar y Valentín Alvarez Moreno y al lanchero Manuel Alvear Oliveros, a quienes se pagarán las participaciones correspondientes que les asigna la ley.

"TERCERO. — Declarar responsable del delito de contrabando de que tratan estas diligencias al señor Humberto Rafael Valverde Carrasquilla, de filiaciones conocidas en los autos.

"CUARTO.—Como consecuencia de lo dispuesto en el numeral anterior, imponer al señor Humberto Rafael Valverde Carrasquilla, como sanción por el delito de que se le ha declarado responsable, la pena de un año de arresto, que cumplirá en el establecimiento carcelario que determine el Gobierno Nacional e igualmente sufrirá la pena accesoria de publicación especial de la sentencia y prohibición para ejercer el comercio por el término de dos años.

"PARAGRAFO—Por cuanto el condenado Humberto Rafael Valverde Carrasquilla reúne los requisitos exigidos por el artículo 80 del Código Penal, se le concede la gracia de la condena condicional, y, en consecuencia, se suspende la ejecución de la pena privativa de la libertad por un período de dos (2) años, bajo las siguientes condiciones: a) Que observe buena conducta en el indicado período; y b) Que dé una garantía, en dinero efectivo y en depósito provisional en el Banco de la República, por la suma de quinientos pesos ($ 500.00), o, en su defecto otorgue una fianza hipotecaria por la cantidad de mil pesos ($ 1.000.00) suscrita la diligencia de buena conducta y otorgada la caución, principiará a correr el término de los dos (2) años aquí previstos".

"QUINTO.—Absuélvese a los señores Carlos de la Vega Zambrano, Vicente Castellanos, Guillermo Cristancho Ortiz, Fernando Valverde, Luis Sánchez Arévalo, Ramón Vicente Barrios Lamarca, Ezequiel Polo Avila, Guillermo Darío Flórez Cabrales, Manuel Bartios Jiménez y Mario Lascano Mendoza, de los cargos que se les formularon inicialmente.

"SEXTO. — Confírmase la entrega de la nave 'Rafaela Cecilia', a su legítimo propietario y en consecuencia, cancélese la fianza que había constituído a fin de obtener su entrega provisional.

"SEPTIMO.—Sáquese las copias correspondientes con destino a la justicia ordinaria, a fin de que se investigue el posible delito de chantaje por parte de Humberto Rafael Valverde, con los Agentes de la Policía.

"OCTAVO.—Ofíciese lo pertinente al señor Superintendente de la Federación Nacional de Cafeteros, al señor Jefe de la Sección del Servicio de Inteligencia Colombiano, para los fines legales consiguientes en su Despacho".

De estas determinaciones el Tribunal Superior de Aduanas, en fallo del 2 de agosto del año pasado, confirmó las concernientes a los ordinales 1º, 3º, 5º, 6º, 7º y 8º, modificó la 2ª en el sentido de revocar el reconocimiento que allí se hace con respecto al señor José Gabriel Doria Espinosa, y reformó la 4ª para aplicar al señor Valverde Carrasquilla la pena de veinte meses de prisión y revocarle el beneficio de condena condicional que se le otorgó en el Parágrafo de ese mismo ordinal. Las penas accesorias recibieron confirmación.

DEMANDA DE CASACION

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente invoca y sustenta, como principal, la causal prevista en el ordinal 2º del artículo 20 del Decreto 188 del 4 de junio de 1959, y como subsidiaria, la del ordinal 1º del mismo texto.

Con invocación de la predicha causal 2ª se hace al fallo acusado el cargo de haberse proferido en un proceso viciado de nulidad "por incompetencia de jurisdicción", tesis que se sustenta comenzando por advertir que cuando se inició la investigación y aun después, "la materia relativa al tráfico de café dentro del territorio nacional se hallaba íntegramente reglamentada por los Decretos 1504 y 2525 de 1958 y por las Resoluciones de la Dirección General de Aduanas número 265 y 400 de 1956", reglamentación que fue sustituída, "mientras se tramitaba la segunda instancia del proceso", por las disposiciones del Decreto 1228 de 1959, donde se "definió como contravención" la infracción a cualquiera de las normas que lo integran, hecho que, en sentir del recurrente, convirtió el contrabando en simple contravención, atribuyéndole "su conocimiento en primera instancia a los Administradores de Aduana y en segunda a la Dirección General de Aduanas", por cuya razón el nuevo estatuto, creador de una situación más favorable al procesado, ha

debido aplicarse, como se solicitó al Tribunal en su debido tiempo, con prelación a las antiguas normas, de acuerdo con el principio, relativo a ley permisiva, que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional, el 3º del Código Penal y el 5º del Código de Procedimiento Penal.

Con fundamento en la causal contemplada en el ordinal 1º del artículo 20 del Decreto 188 de 1958, el recurrente formula al fallo impugnado los cuatro cargos que a continuación se procede a reseñar.

a) Violación directa de la ley sustantiva "por falta de aplicación de los artículos 1º, 24 y concordantes del Decreto 1228 de 1959", el cual aunque posterior a la consumación de los hechos, debía ser aplicado en orden a lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución, 3º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento Penal y en los artículos 43 y 45 de la Ley 153 de 1887, puesto que en ese nuevo estatuto se definen "como contravención" y se sancionan "con penas más benignas los hechos que los Decretos 1504 y 2525 de 1956 calificaban como delitos y sancionaban con penas más graves en su naturaleza y duración".

"Las disposiciones —agrega el recurrente— que han penado el contrabando como delito, es decir a las que podían remitirse los Decretos 1504 y 2525 de 1956, a partir del Decreto 1432 de 1940 que señaló un arresto de un mes a dos años, han establecido pena de prisión de seis meses a ocho años (Decreto 188 de 1958), son mucho más graves y onerosas que las contempladas por la nueva ley para los casos de mayor cuantía. El Decreto 1228 al castigar el tráfico ilegal de café ha señalado una pena máxima de un año. Es pues incuestionable la benignidad del nuevo estatuto si se compara con las leyes referidas por los Decretos 1504 y 2525 de 1956. Por lo tanto el Tribunal ha infringido en forma directa además del Decreto 1228 de 1959, los artículos que en nuestra legislación regulan la aplicación preferente de la ley permisiva o favorable.

"Por otro aspecto, el Tribunal dejó de aplicar las normas del Decreto 1228 de 1959, inducido por la creencia equivocada de que estaban vigentes con respecto al tráfico interno de café los Decretos 1504 y 2525 de 1956 cuando en verdad y rigor jurídico, estos fueron derogados por el Decreto 1228 de 1959 que reglamentó íntegramente la materia a que aquellos referían.

"Esto quiere decir, que el Tribunal dejó de aplicar un estatuto benigno vigente para regular el caso por disposiciones insubsistentes, infringiendo así directamente el tantas veces citado decreto 1228 y las disposiciones relativas a la preferente aplicación de la ley permisiva o favorable".

b) Violación del artículo 3º del Decreto 1432, de 1940, por error en la interpretación de los alcances de la frase "intentar o sacar o exportar" que contiene ese texto, pretendiéndose que "no se refiere al fenómeno que la ciencia jurídica denomina tentativa y que nuestro Código Penal define en su artículo 16, sino a cualquier clase de intención cuya clasificación correspondería autónomamente al Juzgador en detrimento de claras disposiciones constitucionales", cuando la verdad es que ella no puede apreciarse sino dentro de ese concepto.

"Entender —dice textualmente el recurrente— que dentro de la expresión "intentar sacar o exportar" caben inclusive los actos preparatorios, y que el artículo 3º del Decreto 1432 de 1940 autoriza a los funcionarios judiciales para determinar los elementos del delito imperfecto con prescindencia de las definiciones de la ley, es darle un alcance que no tiene y que se opone además al principio de la definición expresa y previa del hecho delictuoso dentro de la ley. Con una interpretación de esta naturaleza la sentencia acusada resulta violatoria de la primera norma sustantiva en esta materia, cual es la que define el contrabando como delito".

c) En la sentencia acusada, a virtud de error de hecho "en la interpretación de las pruebas", se da por demostrado que el café aprehendido se transportaba de los puertos del interior, con destino al exterior, afirmación de la que se deduce que se trataba de un "delito tentado de exportación" para luego aplicar el artículo 3º del Decreto 1432 de 1940 "violando en forma indirecta el alcance y sentido de esta disposición". Más adelante, cuando haya de examinarse este cargo, se verá de qué modo el recurrente ensaya su demostración, aunque conviene de una vez reproducir lo que al final del estudio de este tercer cargo se sienta como conclusión:

"...: si se hubiera tratado de un transporte con destino al exterior sería factible la aplicación del artículo 3º del Decreto 1432 de 1940 pues se hubiera intentado una exportación.

"No habiéndose realizado este intento de transporte con destino a otro país, resulta imposible la aplicación de la norma relativa a la estructuración del delito.

"La sentencia da por efectuado un hecho que no existió y que toca directamente con la configura-

ción del cuerpo del delito. No tratándose de un transporte con destino al exterior no es procedente aplicar el artículo 3º del Decreto 1432 de 1940 haciéndose por consiguiente imposible la parte resolutiva de la sentencia que impugno".

d) Este último cargo es, en esencia, el mismo que se formula como tercero, aunque planteado como error de derecho "al apreciar las pruebas de las cuales se infiere que el café era transportado de los puertos del interior con destino al exterior", pruebas que de nuevo se comentan con el objetivo de sostener y tratar de demostrar, de acuerdo con esta segunda forma de presentar el mismo tercer cargo de impugnación, que al hacer su estimación se desconocieron las normas procesales a que rigurosamente debían estar sometidas, en especial, las consagradas en lo artículos 216, 223, 224 y 272 del C. de P. P. y en los 607, 638 y 606 del C. Judicial, por cuya razón vino a producirse la violación del varias veces citado artículo 3º del Decreto 1432 de 1940. El recurrente, al terminar la argumentación con respecto a este último cargo, consigna lo que sigue:

"Es indudable que el Tribunal incurrió en este error por estimar que el Decreto 1604 de 1956 cuando decía "se presume contrabando" no hacía una simple referencia a las leyes que estructuren el delito, y no creaba una figura delictiva independiente y autónoma que se sancionaba con las penas propias de los contrabandistas.

"Creo que los actos preparatorios erigidos por el Decreto 1604 de 1956 en figura delictiva sui-generis, se pueden seguir considerando como medios probatorios (indicios), en lo tocante a determinar la violación del artículo 3º del Decreto 1432 de 1940, por la referencia que la norma contenía.

"No entiende que no se trata de una PRESUNCION propiamente dicha, sino de una FICCION legal que sanciona como contrabando, la sola infracción de la reglamentación sobre transporte interno de café, dictada por la Dirección General de Aduanas.

"Las presunciones parten de un hecho objetivamente consumado. Las ficciones son "mentiras técnicas consagradas por la necesidad" (Hihering, cita de Víctor B. Riquelme).

"Desaparecida la referencia al delito de contrabando, desaparece la ficción, y los hechos que la conformaban, vuelven a ser actos preparatorios que no alcanzan a violar la norma sustantiva.

"Al estimar estos hechos como indicios el Tribunal ha violado el artículo 272 del C. de P. P., y por su conducto, el artículo 3º del Decreto 1432 de 1940".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El Decreto 1228 de 1959, en cuya falta de aplicación descansa el cargo que al fallo recurrido se formula con invocación de la causal del ordinal 2º del artículo 20 del Decreto 188 de 1958, así como el primero que se hace con apoyo en la causal del ordinal 1º del mismo texto legal, tuvo origen en las autorizaciones conferidas al Gobierno Nacional por medio del artículo 32 de la Ley 1ª de 1959, que a la letra dice:

"Artículo 32.—La salida del país de un producto cualquiera sin el lleno de los requisitos ordenados por los artículos anteriores, se considera como contrabando, y dará lugar a la aplicación de las sanciones que para éste prescriben las disposiciones vigentes.

"El Gobierno Nacional queda autorizado para adoptar las medidas que sean indispensables a fin de prevenir el contrabando de exportación e importación, y reglamentar el tráfico fronterizo, lo mismo que para señalar las sanciones a que quedarán sujetos los negociantes, exportadores y transportadores de café que tuvieren participación directa o indirecta en el tráfico de contrabando de este producto".

El predicho Decreto 1228, dictado con fundamento en la autorización concedida en el inciso 2º del texto legal que se acaba de transcribir, tiene como encabezamiento y denominación la frase "por la cual se dictan unas medidas **para prevenir el contrabando de exportación de café**", frase en la que están determinados los fines específicos del Decreto y que es la única en que aparece la palabra **contrabando**, la cual no figura en ninguno de los 44 artículos que componen el estatuto.

Los fines del Decreto, conformados al sentido de las autorizaciones, fueron, pues, los de prevenir el contrabando de café a través de esa serie de medidas que adopta el mismo estatuto legal, fenómeno que en su naturaleza y alcances se distingue y nada tiene que ver con la represión de ese mismo contrabando, puesto que prevenir, en la acepción con que se emplea en el Decreto, significa "precaver, evitar, estorbar o impedir una cosa", la cual, en el caso específico del Decreto, no es otra que el contrabando, hecho que ya consumado, "dará lugar a la aplicación de las sancio-

nes que para éste prescriben las disposiciones vigentes", como lo expresa de manera perfectamente clara el inciso 1º del mismo artículo 32 de la Ley 1ª de 1959.

Ahora bien: si como es palmario y evidente, el Decreto que se comenta tuvo como objetivo prevenir el contrabando, lógicamente no era posible, convirtiéndolo en estatuto de represión, aplicarlo en el proceso contra el señor Valverde Carrasquilla, quien aparece acusado, no como infractor de las normas del Decreto en sí mismas, sino de haber incurrido en el contrabando que por medio de esas normas se buscó prevenir, vale decir, "precaver, evitar, estorbar o impedir".

Carece, pues, de asidero el cargo que se formula a la sentencia impugnada con invocación de la causal prevista en el ordinal 2º del artículo 20 del Decreto 188 de 1958, así como el primero de los cuatro que se plantean con base en la causal del ordinal 1º de ese mismo texto legal.

El segundo cargo contra el fallo acusado, propuesto con fundamento en la causal del ordinal 1º del artículo 20 del Decreto 188, se pretende en la estimación de que se violó el artículo 3º del Decreto 1432 de 1940, por error en la interpretación de los alcances de la frase "intentar sacar o exportar" que contiene esa norma legal.

Este cargo, dentro del orden lógico, debe ser examinado después de que se hayan estudiado los otros dos cargos que se aducen con invocación de la misma causal, puesto que es allí en donde tendrá que establecerse si realmente aparece probado que el señor Valverde Carrasquilla intentó sacar o exportar el café de que trata la sentencia en que se le condena como contrabandista. Importa, sin embargo, anticipar que el citado artículo 3º del Decreto 1432 de 1940, sustitutivo del artículo 373 de la Ley 79 de 1931, cuya vigencia es indiscutible y reconoce el mismo recurrente, define como delito de contrabando, entre otros hechos, el "intentar sacar o exportar" mercancía sujeta a derechos de exportación, dentro de las condiciones que determina la misma norma, lo que tanto significa que en ese precepto aparece nítida la definición del delito de contrabando que se atribuye al señor Valverde Carrasquilla.

En el tercer cargo, fundado en la causal del ordinal 1º del artículo 20 del Decreto 188, el recurrente sostiene que por error de hecho "en la interpretación de las pruebas", se dio por demostrado que el café se transportaba del interior con destino al exterior, hecho respecto al cual no aparece "a lo largo del expediente" elemento alguno que lo acredite. El proceso, sin embargo, ofrece en ese particular, los siguientes hechos debidamente comprobados:

a) La lancha en que se transportaba el café fue capturada en las primeras horas de la madrugada del 1h de marzo de 1957, a la altura de Calamar, con las luces apagadas;

b) El administrador de la lancha, señor Valverde Carrasquilla, tan pronto fue sorprendido con el cargamento, se dispuso a sobornar a los miembros de la policía que intervinieron en la aprehensión del café;

c) El café trató de ampararse con una guía de tránsito absolutamente falsa, como se demostró en el proceso en forma por demás clara y definitiva;

d) La aduana de Barranquilla, como era de rigor al tenor de lo dispuesto en el artículo 10º de la Resolución 400 de 1956, no recibió las copias de las guías que pudieran amparar el transporte del café;

e) La Inspección General de Aduanas tampoco recibió dato o comprobante respecto al transporte del café, lo que también era indispensable, según la Resolución mencionada;

f) Los almacenes de la Federación de Cafeteros de Ocaña no recibieron solicitud ninguna para la revisión del café sorprendido en la lancha, y, por lo tanto esa entidad no expidió certificados que pudieran amparar ese cargamento;

g) Ninguno de los bultos del café sorprendido, como era necesario, según lo dispuesto en la Resolución mencionada, llevaba estampado el nombre del exportador, ni su marca acostumbrada, ni ningún distintivo especial; y,

h) El café, no obstante su altísimo precio y aparecer consignado al señor Guillermo Cristancho, nadie se presentó a reclamarlo.

Todas estas circunstancias, debidamente establecidas, constituyen otros tantos indicios de los que se desprende, por inducción lógica y de acuerdo con un razonamiento elemental, que el café, sin que quepa la menor duda, se transportaba del interior, con destino al exterior, lo que quiere decir que el Tribunal, al sacar esa conclusión, en modo alguno incurrió en error "en la interpretación de las pruebas".

El último cargo al fallo, formulado con invocación de la causal del ordinal 1º del artículo 20 del Decreto 188, se plantea sobre la base de que, en sentir del recurrente, por error de derecho en la apreciación de la prueba, se violaron los ar-

tículos 216, 223, 224 y 272 del C. de P. P., así como los 607, 688 y 696 del C. Judicial.

El artículo 216 define el indicio como "un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho". En el caso de autos, los hechos en que descansa la sentencia desde el punto de vista probatorio, los cuales se reseñaron al comentar el cargo inmediatamente anterior, no sólo constituyen indicios sino que, como se verá adelante, están erigidos en presunciones. Por lo demás, esos hechos, como lo exige el artículo 223 del C. de P. P., están debidamente probados.

En efecto, respecto a la hora, y condiciones en que fue capturada la lancha del café, aparecen los testimonios de los señores Narciso Rodríguez y Valentín Alvarez, a los cuales no puede formulárseles crítica valedera.

En torno al conato de soborno que puso en acción el señor Valverde Carrasquilla tan pronto fue sorprendido con el café declaran el Teniente señor Jaime Carrillo Ortiz, el Jefe de Estadística de la Policía de Bolívar señor José María Barrios, el motorista de la lancha facilitada por la Andian para el patrullaje del río señor Manuel Alvear Oliveros y los Agentes de Policía señores Narciso Rodríguez, Valentín Alvarez y César Ferreira. La Sala no encuentra tacha alguna que hacer a estos testimonios, y la verdad es que el recurrente ni siquiera ensaya un principio de demostración con respecto a la objeción que les formula en el sentido de que "no son concordantes", fenómeno que tampoco se observa al someterlos a desprevenida confrontación. En cuanto a la indicación de que esas piezas tienen origen en personas interesadas en la declaratoria del contrabando en orden "a las participaciones" que la ley prescribe y que "fueron reconocidas en la sentencia", apenas cabe resaltar que sólo tres de los testigos, los señores Narciso Rodríguez, Valentín Alvarez y Manuel Alvear aparecen en el proceso como aprehensores del café y, por lo mismo, con derecho a participaciones. Los otros tres no están en esa situación y, como es obvio, no es posible aceptar particularmente a través de un simple enunciado, que se hubieran confabulado con aquellos aprehensores con el objetivo reprobable de preconstituir gravísima prueba contra el señor Valverde. En la aceptación de estas pruebas, no se desconoció, pues, el artículo 224 del C. de P. P. ni mucho menos el contenido de los artículos 607, 688 y 696 del C. Judicial, como lo pretende la demanda sin tratar siquiera de demostrarlo.

La guía con que se trató de amparar el café resultó falsa, hecho que está debidamente probado en orden, en primer término, a que no la expidió, como en ella aparece, la Alcaldía de Ocaña, ni se encontró copia de ninguna de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Resolución 400 de 1956, indispensablemente tenían que recibirla. Pretender, como lo sostiene el recurrente, que para tener por probada esa falsedad "es necesario que una sentencia así lo declare", no pasa de ser sino una necedad, en torno a la cual, como de suyo se echa de ver, sobra cualquier comentario.

La Aduana de Barranquilla no recibió documento alguno con respecto al transporte del café, circunstancia que no aparece establecida conforme a información de esa dependencia.

La Inspección General de Aduanas tampoco fue enterada del transporte del café, según se desprende de la información que se obtuvo de ella en el desarrollo de la investigación.

Los Almacenes de la Federación de Cafeteros en Ocaña, lugar de procedencia del café, de acuerdo con la falsa guía de que se hizo mención, no recibieron solicitud de ninguna especie para la revisión del grano, por cuya causa no expidieron el certificado que amparase el cargamento.

Los sacos en que iba empacado el café sorprendido, no llevaban estampado el nombre del exportador, ni tenían marca, ni distintivo especial, puntos sobre los cuales nadie dentro del proceso hace la menor observación, lo que quiere decir que no se discuten.

Por último, es de toda evidencia en el proceso que el café no ha sido reclamado por nadie, pese a su altísimo valor, igual a $ 214.157.44.

De manera que, contra lo que sostiene el recurrente, en la apreciación de las pruebas que sirvieron de fundamento a la sentencia acusada, no se violó norma alguna procedimental y menos las que expresamente señala la demanda. El cargo, en este sentido, carece, por lo tanto, de justificación.

No se incurrió, pues, dentro del fallo acusado, en ningún error de hecho o de derecho al apreciar la prueba que permitió concluir en que el café se transportaba del interior con destino al exterior. En estos términos procede ahora sí examinar el cargo que atrás quedó pendiente.

El artículo 1º del Decreto 1504 de 1956, cuyo contenido exacto repitió el artículo 1º del Decreto 2525 del mismo año dispuso que "constituye presunción legal de contrabando de exportación de café, el transportar..... el grano pilado, sin cual-

quiera de los requisitos que exija la Dirección General de Aduanas", la cual, conforme a las autorizaciones que le fueron conferidas en el artículo 2º del mismo Decreto que se invoca en primer término, expidió la Resolución número 265 y luego la número 400, ambas del citado año, en donde se fijaron los requisitos para el movimiento interno del café hacia los puertos de exportación, requisitos que, en lo tocante con el café de que tratan los autos, se omitieron, en rigor, todos, como se pasa a ver.

El café que se transporta del interior del país a cualquier puerto habilitado para su exportación, conforme al artículo 6º de la Resolución 265 y al 8º de la número 400, debe estar amparado con una guía de tránsito, "expedida por el respectivo Administrador de Aduana o en su defecto, por la primera autoridad administrativa de la localidad" de donde salga el grano. El café a que se refiere la sentencia contra el señor Valverde Carrasquilla no estaba amparado con esa guía y entonces se tiene aquí la primera presunción de contrabando.

De acuerdo con el artículo 5º de la Resolución número 265 y el 7º de la número 400, "todo lote de café con destino a la exportación debe obtener la revisión de los Almacenes de Depósito de la Federación Nacional de Cafeteros, expedida en el lugar de origen". Ese requisito se omitió en el caso de este negocio, lo que quiero decir que se da otra presunción de contrabando.

Según lo prescrito en el artículo 4º de la Resolución número 265 y en el 6º de la número 400, "los sacos en que se movilice el café pilado o excelso deberán llevar estampado el nombre del exportador o en su defecto la marca acostumbrada por el mismo, así como el número de referencia del lote y marca de origen". Como se dijo atrás, los sacos en que iba el café a que se contrae el proceso carecían de estos distintivos que disponen las Resoluciones invocadas, y entonces evidentemente, concurre otra presunción de contrabando.

Cualquiera de estas tres presunciones por sí misma bastaría para tener como contrabando el cargamento de café que dio lugar a la condena del señor Valverde Carrasquilla, puesto que la presunción legal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 217 del C. de P. P., es plena prueba. En el caso de autos existen, como acaba de verse, tres presunciones legales, por cierto no desvirtuadas en forma alguna.

Como se deja demostrado, ninguno de los cinco cargos que se formulan al fallo acusado, uno con invocación de la causal del ordinal 2º del artículo 20 del Decreto 188 del 4 de junio de 1958, y los otros cuatro con apoyo en la causal del ordinal 1º de ese mismo precepto legal, cuenta con respaldo demostrativo, y entonces el recurso no puede prosperar.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE DE CASAR la sentencia del 2 de agosto del año pasado, proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Aduanas y de que se hace expreso mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel María Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN FAVOR DEL EX-INTENDENTE DE SAN ANDRES Y PROVIDENCIA ACUSADO INFUNDADAMENTE DE PRETENDIDOS ACTOS DE ABUSO DE AUTORIDAD

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA PENAL—Bogotá, mayo veintiseis de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

VISTOS:

Procede la Sala a calificar el mérito del sumario adelantado contra el señor capitán de navío Alfredo Ballesteros Rotter, en su condición de Intendente Nacional de San Andrés y Providencia, por el supuesto delito de abuso de autoridad.

ANTECEDENTES

Dio origen a este proceso la denuncia criminal presentada por el señor Jhon Rogers Mora, en escrito de fecha 28 de septiembre de 1960, dirigido al señor Presidente de la Corte Suprema, desde San Andrés, Isla, en razón de hechos que como Intendente de San Andrés y Providencia le atribuye el denunciante al señor Ballesteros Rotter.

El denunciante manifiesta que como Inspector General de Policía de San Andrés dictó auto de detención contra Eduardo Mejía Mesa, por un delito de falsedad en documento público, y que en cumplimiento de dicha providencia ofició a la Jefatura del Servicio de Inteligencia Colombiano, de la Isla, para que se capturara a Mejía. Explica el denunciante que aunque Mejía Mesa fue capturado, por orden expresa del Intendente Ballesteros Rotter se impidió su conducción a la cárcel de sumariados y se lo detuvo en los cuarteles de la Policía Nacional.

Otra imputación que el denunciante le hace al señor Ballesteros Rotter, como delictuosa, es la de que habiendo sido aquél designado para desempeñar el cargo de Inspector General de Policía de San Andrés, por decreto de 16 de marzo de 1960 emanado de la Alcaldía Mayor del Distrito y habiendo tomado posesión el mismo día de dicho empleo, el Intendente Ballesteros Rotter, "sin facultad alguna", designó para el mismo cargo al señor José de Jesús Gómez, por decreto intendencial número 062 de 30 de julio del mismo año, sin que el Concejo Municipal de San Andrés hubiera derogado el acuerdo por medio del cual se creó el empleo para el cual fue nombrado el denunciante.

Estos hechos los estima el denunciante como delitos cometidos por el Intendente Ballesteros, por motivo de no estar éste autorizado para revocar órdenes impartidas por los funcionarios de instrucción, como tampoco tener atribuciones legales para nombrar Inspectores Municipales de Policía.

Juramentado el denunciante, la Sala por auto del 27 de octubre del año pasado dispuso abrir la investigación y ordenó la práctica de varias pruebas.

Como resultado de las pruebas que se ordenaron practicar, se allegaron a los autos copias auténticas, así: del Decreto de nombramiento como Intendente Nacional de San Andrés y Providencia recaído en la persona del capitán de navío señor Alfredo Ballesteros Rotter; de acta de posesión de éste; del auto de detención dictado por el Inspector de Policía de San Andrés contra el señor Eduardo Mejía Mesa; de la orden al Director de la cárcel del circuito para que en dicho establecimiento se mantuviera detenido al señor Mejía; del oficio del Jefe del Sic al Inspector de Policía, poniendo a su disposición al señor Mejía

en los cuarteles del Comando de la Policía: del Acuerdo número 2 de 30 de enero de 1960, expedido por el Concejo Municipal de San Andrés, Isla, por medio del cual se creó el cargo de Inspector Central de Policía; del Decreto número 3 del 16 de marzo de 1960, por el que se nombró al señor Rodgers Mora para el cargo de Inspector de Policía de San Andrés; del Decreto intendencial número 52 de 30 de junio de 1960, por el cual el Intendente nombró al señor José de Jesús Gómez para el cargo de Inspector de Policía. También se agregó copia del Decreto intendencial número 026 de 1956, aprobado por el señor Presidente de la República, por el cual se fijaron los cargos y las asignaciones del personal de empleados de la Intendencia de San Andrés y Providencia.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita en su vista de fondo que se profiera sobreseimiento definitivo a favor del capitán de navío Ballesteros Rotter, por estimar que los hechos denunciados no son constitutivos de delito alguno, fundándose para ello en las consideraciones siguientes:

"Nuestro estatuto sustantivo en su artículo 171 del Libro II, Título III, Capítulo VI, contempla este ilícito en la forma siguiente:

"'El funcionario o empleado público que fuera de los casos especialmente previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad, incurrirá en la privación del empleo y en multa de diez a quinientos pesos'.

"Examinándolo, ha dicho esa alta Corporación que, para que el delito de abuso de autoridad en la modalidad planteada por el artículo 171 sea sancionable, se requiere la existencia de los siguientes elementos:

"a)—Que sea cometido por funcionario o empleado público;

"b)—Que el acto no esté especialmente previsto como delito en otra disposición legal;

"c)—Que sea ejecutado por causa de sus funciones o excediéndose en su ejercicio, y

"d)—Que el acto sea ejecutado en perjuicio de una persona o de una propiedad.

"Para el caso de autos es incontrovertible que por la época en que el Intendente diera la orden al Jefe del Servicio de Inteligencia (que todo parece indicar fue verbal) de que en vez de entregar al capturado Mejía a la Dirección de Cárcel (sic) del Circuito se cumpliera dicha captura en el cuartel de la Policía, ejercía funciones como tal el Capitán de Navío Ballesteros Rotter, de acuerdo con las pruebas sobre posesión y ejercicio del cargo, contraídas a autos; de tal manera que este primer requisito exigido por la jurisprudencia para estructurar el delito de abuso de autoridad, puede darse por satisfecho.

"Que la actividad del Intendente con la orden que impartiera en tal sentido pueda enclaustrarse en cualquier otra previsión legal como delictuosa, es hecho evidentemente negativo, lo que da por consecuencia que su conducta sólo puede juzgarse como presuntivamente ilícita a la luz del artículo 171 citado.

"El hecho mismo debe considerarse como excedente de las funciones propias del cargo intendencial, pero, en puridad, el perjuicio mediato o inmediato que con él pudo causarse a una persona o a una propiedad, no se hace tangible.

"Fallan varios de los elementos para considerar la conducta del Intendente como delictiva, siendo, en consecuencia, imposible el juzgarla punible, a la luz de la jurisprudencia de la H. Corte, tradicionalmente mantenida desde 1948 hasta la fecha.

"En su declaración de indagatoria el Capitán Ballesteros dice ignorar quién fue la persona que diera al Sic la orden para ser cumplida la detención de Mejía Mesa en sitio distinto al que designara el funcionario de instrucción; y, concretamente, respondiendo sobre el origen del decreto que designó a José de Jesús Gómez como Inspector Central de Policía, afirma que fue dictado por él como Intendente, no haciéndolo en reemplazo de ningún otro funcionario, sino en virtud de que el cargo fue creado por Decreto anterior, dejando de ser la Inspección Municipal para pasar a ser Intendencial. Por tal motivo tenía entre sus facultades la de libre provisión del cargo.

"Todo parece indicar que la arbitraria denuncia propuesta por el ciudadano Rodgers Mora contra el Intendente Ballesteros tuvo origen en un mal interpretado sentimiento de resquemor hacia el mandatario intendencial por haber éste prescindido de sus servicios, al designar nuevo funcionario que lo supliera en el cargo. Es evidente, además, y así lo demuestran las pruebas y elementos de convicción traídos al proceso, que el Intendente, al proceder así, obró en autónoma decisión auspiciada legalmente, al hacer el cambio

de una Inspección Municipal por una Intendencial".

SE CONSIDERA:

La Sala comparte los razonamientos y conclusiones del señor Procurador Delegado en lo Penal, por cuanto unos y otras se ajustan a la realidad del proceso, toda vez que en él no se estableció que el señor Ballesteros Rotter, en su calidad de Intendente Nacional de San Andrés y Providencia, hubiera cometido ningún delito de los que le atribuye infundadamente el señor Jhon Rodgers Mora, en su denuncia.

En cuanto al cargo que éste le hizo al capitán Ballesteros Rotter, en relación con la orden de no conducir el señor Eduardo Mejía Mesa a la cárcel de sumariados sino de ponerlo a órdenes del Inspector Central de Policía, en la guardia o cuarteles de la policía, el denunciado lo niega categóricamente en su indagatoria y él no aparece comprobado en forma satisfactoria, ya que la nota puesta al pie del oficio que obra al folio 21, firmada por el capitán Hernando Escobar Gómez, como Jefe Subsecccional del Sic, nada puede probar por sí sola en contra del sindicado Ballesteros Rotter.

En relación con el cargo de haber nombrado el Intendente acusado al señor José de Jesús Gómez como Inspector Central de Policía, aquél explica que hizo dicho nombramiento en ejercicio de sus facultades legales y que dicho nombramiento no se hizo en reemplazo de otro funcionario, sino en virtud de que el cargo fue creado por decreto anterior. En efecto, a folios 37 a 41, obra copia auténtica del Decreto 1043 de 1960 por medio del cual se aprobó el 026 del mismo año originario de la Intendencia de San Andrés y Providencia, por el cual se creó, entre otros, el cargo de Inspector de Policía de San Andrés, que fue provisto por el Intendente Ballesteros en la persona del señor José de Jesús Gómez, en ejercicio de sus legítimas atribuciones legales.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE a favor del capitán de navío señor Alfredo Ballesteros Rotter, ex-Intendente de San Andrés y Providencia, por los cargos que le formuló el señor John Rodgers Mora en su denuncia de fecha 26 de septiembre de 1960.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO CULPOSO. VEREDICTO SOLO APARENTEMENTE CONTRADICTORIO

No se casa la sentencia que condenó por el homicidio y absolvió por las lesiones personales que se ocasionaron en un accidente de tránsito. Razones que demuestran no ser contradictorio, como lo pretende el recurrente, el veredicto en que se basó la sentencia acusada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION PENAL. — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez A.)

VISTOS:

Por medio de apoderado especial, el procesado Alvaro Durán Galán, interpuso el recurso de casación contra la sentencia proferida en su contra por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de fecha 13 de julio de 1960, mediante la cual confirmaba la que en igual sentido dictara en primer grado el Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito. La pena principal impuesta a Durán Galán en las dos instancias fue la de diez (10) meses de prisión junto con las accesorias correspondientes, al hallársele responsable del delito de homicidio cometido en accidente de tránsito. El sindicado fue absuelto de delitos de lesiones personales de que también se le acusó en este proceso.

Con el objeto de dar cumplimiento a los trámites legales que exige esta clase de recursos, oportunamente fue presentada la respectiva demanda de casación, sobre cuyo mérito esta Sala habrá de pronunciarse.

HECHOS:

Dan cuenta los autos, que en la madrugada del 21 de julio de 1958, Alvaro Durán, conductor de una camioneta al servicio de la empresa 'Taxader' se dedicaba a la labor de recoger los empleados de dicha Compañía y trasladarlos a sus respectivos sitios de trabajo, es decir, a las oficinas principales y al aeropuerto.

Por coincidencia, en actividad semejante se ocupaba Jairo Palacino, chofer al servicio de la Compañía Morrison Knudsen recogiendo los empleados para llevarlos a las dependencias de la Empresa. Los dos vehículos se encontraron en el cruce de la carrera 17 con la calle 9ª de Bucaramanga, transitando la camioneta de "Taxader" por la carrera en dirección norte-sur, en tanto que la volqueta de la Morrison descendía por la calle novena en dirección oriente a occidente.

Atendiendo a las normas de circulación y tránsito, a Durán correspondía hacer el "pare" de su máquina antes de cruzar la calle, pero sólo lo hizo a medias, según lo reconoció él mismo. Fue así como al llegar los dos automotores a la mencionada intersección chocaron violentamente, a consecuencia de lo cual el chofer Jairo Palacino sufrió heridas de tal consideración que le produjeron la muerte instantes después. También resultaron lesionados de poca gravedad Luis Carlos Mera y Georgina Díaz, empleados de la Morrison, quienes recibieron, según dictámenes de los legistas, incapacidad de 10 y 12 días, respectivamente.

Al decir de algunos declarantes, el vehículo manejado por Palacino bajaba con las luces apagadas y a velocidad imprudente. Otros atribuyen a Durán imprevisión en el accidente que costó la vida al chofer de la Morrison.

ACTUACION PROCESAL

La investigación y esclarecimiento de los hechos correspondió iniciarla a la Inspección Segunda Criminal de Santander. Luego de la práctica de las primeras diligencias de rigor, el negocio pasó a conocimiento del Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga. El funcionario a cargo de este Despacho, concluída la etapa sumarial, dictó auto de proceder contra el sindicado, sin que éste fuera apelado ante el Tribunal Superior.

Verificada la audiencia pública, el Jurado contestó los siguientes cuestionarios que le fueron formulados, de la manera que sigue:

"CUESTION PRIMERA. — El acusado Alvaro Durán Galán, de anotaciones personales conocidas en el expediente, es responsable de haberle ocasionado la muerte a Jairo Palacino Venegas, por medio de lesiones producidas con instrumento contundente (camioneta), en la ubicación y consecuencias que se leen en la respectiva diligencia de autopsia (fl. 5), hecho cometido a eso de las cuatro y las cuatro y media de la mañana del día veintiuno de julio de mil novecientos cincuenta y ocho, en el sector urbano de esta ciudad de Bucaramanga, y en la ejecución de tal hecho obró el acusado sin prever los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o si los previó, de haber confiado imprudentemente en poder evitarlos?

"CONTESTA EL JURADO: SI.

"CUESTION SEGUNDA. — El acusado Alvaro Durán Galán, de anotaciones personales conocidas en el expediente, es responsable de haberle causado lesiones personales a Luis Carlos Mera, las cuales fueron producidas con instrumento contundente (camioneta), con la ubicación y consecuencias que se leen en los reconocimientos médico-legales de folios 31 y 75, hechos cometidos en las circunstancias de tiempo y lugar a que se refiere la cuestión primera, y en la ejecución de tales hechos obró el acusado sin prever los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o si los previó, por haber confiado imprudentemente en poder evitarlos?

"CONTESTA EL JURADO: NO, pues no viajaba en el sitio de llevar pasajeros.

"CUESTION TERCERA. — El acusado Alvaro Durán Galán, de anotaciones personales conocidas en el expediente, es responsable de haberle causado lesiones personales a Georgina Díaz Díaz, las cuales fueron producidas con instrumento contundente (camioneta), con la ubicación y consecuencias que se leen en los reconocimientos médico-legales de folios 30 y 74, hechos cometidos en las circunstancias de tiempo y lugar a que se refiere la cuestión primera, y en la ejecución de tales hechos obró el acusado sin prever los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o si los previó, por haber confiado imprudentemente en poder evitarlos?

"CONTESTA EL JURADO: NO, por la misma causa".

En atención a los veredictos del Jurado, el Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga, en providencia de 28 de agosto de 1959, condenó al procesado Durán Galán a la pena principal de 10 meses de prisión, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Jairo Palacino Venegas, al mismo tiempo que absolvió por el delito de lesiones personales.

El fallo del Juez a-quo fue apelado ante el Tribunal Superior de Bucaramanga por el defensor del procesado. Dicha corporación, como se dejó anotado, se mostró acorde con aquella providencia y en tal virtud la confirmó en todas sus partes, por considerar que se trataba de un delito culposo. Esta sentencia condenatoria ha sido objeto del recurso de casación, del cual pasa la Sala a ocuparse.

DEMANDA

Como única causal para sustentar la demanda, el recurrente invoca la contenida en el numeral 7º del artículo 567 del estatuto procesal penal, "por cuanto la sentencia recaída en este juicio —según sus propias palabras—, se dictó sobre un veredicto evidentemente contradictorio, como quiera que habiendo sido una sola la causa eficiente y sus dos consecuencias: homicidio y lesiones, diversos fueron sus resultados jurídicos al ser aceptado el veredicto del Jurado Popular en su integridad, porque negó responsabilidad para las lesiones y la aceptó para el homicidio, siendo las dos proposiciones entre sí excluyentes con relación a la responsabilidad, porque una misma, se repite, fue la causa eficiente que la originó.

"Porque si uno solo fue el acto —continúa el

demandante—, o el hecho y una sola la actividad, la solución igualmente ha de ser una sola y ésta no puede ser contradictoria en sí, es decir que por una parte afirme lo que por otra niegue.

"Si el Jurado Popular negó la responsabilidad en las lesiones en consideración a que la persona sindicada de ellas, no tuvo culpa en el insuceso que fue causa de ellas, no otra razón puede ser admitida, mal puede el mismo Jurado considerar y aceptar la responsabilidad culposa para el homicidio con fundamento en que la culpa se evidencia por la inobservancia de los reglamentos de circulación y tránsito (no efectuar el "pare" exigido), porque una misma ha sido la causa eficiente del hecho, uno mismo el acto o la omisión que lo ha producido y necesariamente una ha de ser la solución. De lo contrario se evidencia la contradicción del veredicto, que es materia de este recurso.

".....Esa contradicción claramente manifiesta y evidente, no desaparece al explicar el Jurado en el veredicto relacionado con las lesiones, que no es responsable "pues no viajaban en el sitio de llevar pasajeros" porque en primer término, es imposible distinguir y delimitar exactamente hasta cuándo un hecho es capaz de ocasionar o ser causa de unas lesiones, y hasta cuándo otro concurrente, es factor decisivo y determinante de un homicidio, en un accidente. En segundo término, porque como causal del hecho fue aceptada por el Jurado una omisión general y no particularmente analizada, que conlleva la aceptación de un factor único como determinante del accidente".

Tales son, en resumen, los motivos de impugnación que el recurrente manifiesta para solicitar que la sentencia sea invalidada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, hace un extenso y bien logrado análisis de los puntos en que se apoya el recurrente para acusar la sentencia del Tribunal. De igual manera profundiza en el estudio de las contingencias jurídicas que surgen del concurso de delitos, llegando de tal manera a puntualizar las siguientes afirmaciones:

"En síntesis, la Procuraduría afirma que el proceso versa sobre un concurso ideal de delitos, porque mediante un solo hecho, entendido a manera de conjunto de actos que integran un todo y que fueron realizados de modo simultáneo por el acusado, éste incurrió, por virtud de un mismo proceder imprudente, en una pluralidad de lesiones jurídicas consistentes en la supresión de la vida de Jairo Palacino y en las heridas ocasionadas a Luis Carlos Mera y Georgina Díaz".

En respaldo de sus tesis el señor Agente del Ministerio Público cita algunos autores, entre ellos a los argentinos Sebastián Soler y Eusebio Gómez, y para finalizar su concepto, concluye de esta manera:

"La inconsecuencia es manifiesta, protuberante. La actividad imputada al reo no puede ser al mismo tiempo culpable e inocente: culpable en cuanto al homicidio, e inocente, en cuanto a las heridas. Ese desdoblamiento es impracticable, así se haya apelado al pretexto de oponer una supuesta culpa, no sancionable penalmente, a una verdaderamente criminosa, afirmando que los lesionados imprudentemente viajaban en el platón de la 'camioneta de la Morrison', sitio no destinado al transporte de pasajeros, y que fue culpa de ellos, que hubieran sido lanzados fuera del vehículo en el momento de producirse la tremenda colisión referida en el proceso".

Con base en las anteriores observaciones, el señor Procurador Delegado considera que la causal invocada en la demanda tiene pleno fundamento y por ello solicita a la Corte la devolución del proceso al Juzgado de origen para que allí se haga la convocatoria del nuevo Jurado.

CONSIDERA LA CORTE:

El problema que aquí plantea la demanda y que el señor Agente del Ministerio Público corrobora, no existe jurídicamente. Porque surja una aparente contradicción en los veredictos, no puede afirmarse que sean contradictorios en sentido legal, ya que fueron producidos sobre cuestionarios diferentes que corresponden a distintas actividades delictuosas, como que sus resultados recayeron en diferentes sujetos pasivos. Pudo ser el mismo hecho, pero las acciones en sentido jurídico determinaron circunstancias que se encuentran independientes unas de otras, pues cada una por separado produjo violaciones en diversos bienes tutelados por la ley y por lo mismo resultados disciplinados por normas diferentes, siendo por ello cada delito un hecho per se, con independencia de la acción del sujeto activo, que por obrar imprudentemente, produjo tantas infracciones como sujetos pasivos resultaron perjudicados por aquella acción. Su misma índole culposa esquiva el concepto subjetivo moral para entrar en

el ámbito de la imprevisión y siendo este concepto el que gobierna la conducta imprudente o negligente del autor del hecho, la objetividad misma de los resultados producidos hace que cada uno de estos tenga vida jurídica independiente de los demás y así resulta que el Jurado al diferenciarlos no incurrió en contradicciones sino que señaló la responsabilidad conforme aquellos resultados recayeron sobre diversos bienes legalmente protegidos, esto es la integridad personal pero en sus diferentes modalidades de homicidio y lesiones personales.

Al discriminar el Tribunal popular la diferente responsabilidad para calificar la acción culposa del agente, no hizo cosa distinta de atender a la índole peculiar de la ocurrencia, producida en circunstancias que indican si no una compensación de la conducta, sí por lo menos distribución de la responsabilidad, ya que cada una de las condiciones en que se cumplió el delito corresponde a diferente grado de culpa, pues mientras en la recaída sobre el conductor del vehículo que no llevaba la vía, demostraba clara desobediencia a los reglamentos del tránsito, la otra era determinada por el hecho imprudente de viajar los lesionados en condiciones prohibidas por esos mismos reglamentos, que no admiten violaciones tan precisas como en la que incurrió, con imprevisión manifiesta, el conductor del vehículo que resultó culpable del accidente, causándole la muerte a Palacino y lesiones a los imprudentes ocupantes de la camioneta manejada por éste, que viajaban en un sitio no permitido ni tolerado por los reglamentos existentes en la ciudad, lo que tiene fisonomía de caso fortuito penal.

Así se explica la aparente contradicción en los veredictos producidos, sin que sea preciso recurrir a las teorías abstractas del concurso de delitos y de que fuera éste real o material o meramente formal, porque esa disquisición académica, por cierto admirablemente realizada por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, no incide en la solución del problema, ya que por derivar éste de la decisión del Juez popular no permite sino atender a los términos precisos del veredicto, los cuales señalaron distinta conducta delictiva en el caso, sin que por ello se salieran de las atribuciones que les corresponde como falladores en conciencia. Si así lo hubiera demostrado la demanda, podría tener cabida la evidencia contradictoria de la decisión del Juri. La misma explicación de éste referente a las lesiones corrobora lo afirmado y demuestra que esa decisión no significa términos antagónicos que se excluyen entre sí.

No patentizándose este fenómeno, resulta necesario rechazar el recurso por una causal que no corresponde a la índole misma del criterio con que fue instituida, esto es, evitar que la contradicción en los términos del veredicto lleve a decisiones que pugnen entre sí, lo que no ocurre en este caso por las razones expuestas. Siendo así, no prospera la causal invocada.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, NO INVALIDA el fallo materia del presente recurso, que impuso a Alvaro Durán Galán la pena principal de diez (10) meses de prisión, como responsable del delito de homicidio en la persona de Jairo Palacino Vanegas.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase. Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta. — Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L.

Secretario.

FALTAS CONTRA LA ETICA PROFESIONAL DEL ABOGADO

Confirma la Corte la absolución dictada por el Tribunal. Carencia de seriedad y validez en la queja que dio origen al juicio. Examen de las pruebas que obran en autos. Es improcedente disponer que se inicie procedimiento por calumnia contra la denunciante, a causa de estar prescrita la acción.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA PENAL. — Bogotá, mayo treinta de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad, en providencia del siete de octubre del año pasado, absolvió al doctor Diego Tovar Concha de las quejas que le formuló la señora Raquel Bonilla v. de Wiesner, por faltas contra la ética profesional.

En virtud de consulta y una vez cumplidos los trámites legales, la Sala procede a revisar el mérito de la citada providencia, en ejercicio de la facultad conferida por el Decreto 2593 de 1956.

ANTECEDENTES:

La señora Raquel Bonilla v. de Wiesner en memorial fechado el 13 de marzo de 1956 y dirigido al señor Procurador General de la Nación, expuso lo siguiente:

"En los primeros días del mes de julio de 1955 otorgué poder especial al doctor Diego Tovar Concha para que nos representara en el juicio de sucesión de mi finado esposo, a mi hijo Cristóbal y a mí. No presenté el poder yo personalmente en el Juzgado, porque el doctor Tovar Concha, me afirmó que no era necesario, puesto que él lo haría y para lo cual me pidió le diera mi tarjeta de identidad. Cosa a que accedí inmediatamente. Días más tarde me pasó la carta que adjunto fijando los honorarios del 3½% sobre la suma que yo debiera recibir. Luego me exigió la suma de $ 1.100.00 para los gastos que él necesitaba hacer durante este juicio. Adjunto recibo. Durante todo el tiempo estuve en contacto con el doctor Tovar, quien siempre me informaba de las proezas que él estaba llevando a cabo para salvar los intereses de mi hijo y los míos. En el mes de noviembre me describió los horrores más inauditos que la contraparte en este juicio estaba adelantando en contra de mi hijo y de mí y me convenció que la única salvación era otorgarle poder general a él. Accedí, y el 23 de noviembre del 55 otorgué este poder, el cual revoqué el 9 de febrero del año en curso.

"En el mes de agosto insistió tanto en el interés que tenía por acrecentar mi renta, que con el fin de especular en la bolsa le dí acciones de mi hijo para que las vendiera y comprara otros papeles de mejor rendimiento. El me dijo haber comprado Bonos de Crédito Territorial. Siempre pospuso la rendición de cuentas. Las acciones fueron vendidas por el señor Martínez Angel. En mayo del año 55 alquilé al señor Nadal, Secretario de la Legación del Uruguay, la casa de mi propiedad, situada en la carrera 7ª número 54-11. En el mes de septiembre dicho señor desocupó la casa, diciendo que su gobierno lo había retirado de su puesto. Comprobé la falsedad de la afirmación del señor Nadal y ordené al doctor Tovar, como mi abogado actuara contra este señor, quien había quebrantado un contrato por un año. El doctor

Tovar Concha, afirmando inmunidad diplomática, rehusó hacerlo. Pero en cambio me pidió la administración de esta casa y de otra en la carrera 4ª número 54-34. Duró meses sin alquilar la casa de la carrera 7ª número 54-11. En enero hizo contrato de arrendamiento por un año con el señor Hodson. Contrato que se ha negado a darme. En cambio la casa de la carrera 4ª que yo le entregué en perfecto estado, ya que la acababa de hacer arreglar, la deterioró intencionalmente y se ha negado a devolverla.

"A fines del mes de enero me manifestó que ya pronto se empezaría a hacer la partición de la sucesión de mi marido y que él había hecho nombrar como partidor al doctor Ospina Fernández. Fui inmediatamente a hablar con el doctor Ospina, pero, cuál no sería mi asombro, cuando el doctor Ospina me manifestó que la partición se había terminado en noviembre del 55 y en el momento estaba en la notaría 7ª para ser protocolizada. Fui a ver el expediente, el cual no han registrado en el libro de registro en la notaría. En el expediente vi con horror que no figuraba el poder que dí al doctor Tovar para que me representara, ni que su nombre figura para nada. Así es que me quedé sin representación de ninguna clase en el juicio de sucesión, por lo cual los intereses de mi hijo y míos han sido gravemente perjudicados. Asimismo no figuran en dicho expediente las cuentas que debiera rendir el albacea. Por lo tanto, pido muy atentamente al señor Procurador, se sirva considerar mi caso y dictar las medidas necesarias para que el doctor Tovar rinda cuentas y me pague los graves perjuicios que por su culpa he sufrido".

El señor Procurador General de la Nación, con oficio número 1323 del 10 de abril de 1956, envió a los Fiscales del Tribunal Superior de Bogotá, copias auténticas del memorial de la señora Bonilla vda. de Wiesner y de los documentos a él acompañados, para que con fundamento en dichas copias se solicitara al Tribunal la aplicación de las medidas disciplinarias de que tratan las Leyes 62 de 1928, 21 de 1931 y 69 de 1945 y los correspondientes Decretos reglamentarios, contra el abogado doctor Diego Tovar Concha.

El Fiscal Segundo del Tribunal solicitó se le diera curso al procedimiento sumario señalado en los artículos 8º y 9º de la Ley 69, por tratarse de faltas contra la ética profesional.

Las imputaciones contenidas en su queja fueron ratificadas por la denunciante, con excepción de la relativa a la retención de la casa de la carrera 4ª, de la cual manifestó que se encontraba en posesión de ella.

El doctor Tovar Concha, en extenso memorial de fecha 7 de mayo (fls. 59 a 77 del cuaderno principal) dio respuesta a los cargos contra él formulados, memorial que el mismo resume, de la manera siguiente:

".....1)—Inicié mi relación profesional con la señora Raquel Bonilla vda. de Wiesner en el mes de julio de 1955 mediante presentación de mi cliente por parte de un Padre Jesuita cuya recomendación era para mí, como lo será siempre, muy obligante.

"2) Por carta acepté el encargo y en ella se fijaron los muy modestos honorarios por mi gestión y las condiciones de mi servicio profesional para representar a la señora en el juicio sucesoral de don Eugenio Wiesner. Ella quizo (sic) pagar la cuota parte de los gastos, particularmente en lo relacionado con el albacezgo (sic), desempeñado por su hijastro.

"3)—La señora de Wiesner desposito (sic) en mis manos la suma de un mil pesos para atender su cuota, más cien pesos ($ 100.00) para pagar la adquisición de algunas copias, sumas que no se invirtieron y aún permanecen en mi poder a órdenes de mi cliente, tal como expresamente se ha hecho constar ante ella y en el extracto de mis cuentas.

"4) — A pesar del interés demostrado inicialmente por la señora de Wiesner en el cambio de su personero judicial y a pesar de estar concluido por carta el acuerdo sobre las condiciones de mi servicio profesional, transcurrieron los días y los meses sin que mi presunta cliente presentara el memorial poder ante el Juez de la sucesión.

"5)—Entre tanto, la señora de Wiesner prefirió consultarme sobre la venta de algunos valores bursátiles pertenecientes a su menor hijo, y encomendarme, además, la venta de tales acciones. Deseaba aumentar sus rentas ordinarias, prevalida de mis conocimientos en cuestiones económicas y financieras y de mi conocimiento diario del mercado de valores. En aquella operación nos sirvió de intermediario el doctor Martínez Angel, miembro de la Bolsa de Bogotá. Los productos de esta operación, por disposición de mi cliente, quedaron a su orden en mi poder.

"6)—Por las mismas fechas la señora viuda de Wiesner me pidió la acompañara a la entrega de la casa número 54-31 de la carrera 4ª de esta ciudad, con ocasión de la expiración del contrato. Me pidió luego buscarle un obrero para las repara-

ciones del inmueble, cuyo trabajo finalmente pagué, en la cuota final, por orden de la interesada, de los dineros que mantenía en mi poder.

"7)—A fines del mes de septiembre la señora de Wiesner me exigió recibir una casa ubicada en la carrera 7ª de esta ciudad y que estaba ocupada por un funcionario diplomático del Uruguay, quien alegaba un traslado de su gobierno, o un retiro del país, para abandonar el inmueble.

"Mediante autorización verbal de mi cliente, compensé con el funcionario el depósito otrogado (sic) por él en el momento del contrato de arrendamiento, por la suma de cuatrocientos seis pesos ($ 406.00) tomados del dinero que obraba en mi poder.

"Posteriormente la señora de Wiesner me informó que el funcionario diplomático había mentido con el ánimo de rescindir su contrato de arrendamiento y ella me ordenó hacérselo cumplir por la vía judicial; de mi parte le hice caer en la cuenta de las dificultades de la acción por las especiales calidades del presunto demandado y mi cliente desistió de su empeño, puesto que no me suministró las pruebas que me ofreciera sobre el fraude del diplomático uruguayo.

"8)—Posteriormente la señora de Wiesner me encargó la elaboración de un estudio financiero sobre la construcción de un edificio para renta que debía estar ubicado en un lote de su propiedad situado en la calle 29, carreras 36 y 37, de esta ciudad. Con destino a la verificación del proyecto, yo debería vender un lote de mi cliente ubicado en Popayán y allegar igualmente los fondos que hasta ese momento obraban en mi poder.

"9)—A esta altura de mis trabajos, conversaciones y consultas en servicio de mi cliente, la señora de Wiesner se dio cuenta de que yo necesitaba un poder general suyo o sucesivos poderes especiales para cumplir sus disposiciones. Después de discutirlo ampliamente a lo largo del mes de octubre, mi cliente se resolvió por el poder general que me otorgó con fecha 23 de noviembre de 1955, mediante el cual quedé encargado de su amplia representación para la administración de sus bienes, para la debida atención de sus negocios y para la representación suya en los juicios sucesorales a que hubiere lugar, por supuesto el de su difunto esposo.

"10)—Para arbitrar fondos a la realización de la proyectada construcción, redacté un balance de los bienes de mi cliente con destino al Banco Hipotecario Popular. Allí quedaron consignados los derechos que correspondía a mi cliente dentro de la sucesión del señor Wiesner, los dineros por entonces en mi poder y la disponibilidad de la suma otrora entregada para gastos sucesoriales.

"11)—Durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1955, lo mismo que en enero del corriente año, la señora de Wiesner me solicitó el suministro de diversas sumas de dinero para sus gastos ordinarios, que le fueron entregadas sin dilación según lo relacionado en repetidas ocasiones en las cuentas que he querido rendirle a dicha señora y que ella se ha resistido a recibir.

"12)—Solamente a partir del cinco (5) de diciembre de 1955 entré a administrar los inmuebles que la señora Bonilla de Wiesner relaciona en su queja y ello en virtud de contrato de administración que en original adjunto.

"13)—Desde el 31 de enero de 1956 la señora de Wiesner resolvió cobrar directamente los arrendamientos de uno de los inmuebles arrendados. Al reclamarle por este proceder inmotivado, claramente violatorio de un contrato, mi cliente exigió violentamente la cancelación del mismo y la resolución del poder general. En lo que me correspondía me negué hasta tanto no me finiquitara las cuentas y arreglara conmigo el natural monto de mis honorarios por la gestión cumplida en su servicio y que, lógicamente, debía tener valor. En esa oportunidad entregué a mi cliente el primer extracto de cuentas de la cortísima y muy clara gestión, cuentas sobre las que no me dio ninguna opinión, rehuyendo desde entonces cualquier contacto directo conmigo.

"14)—La señora de Wiesner fue informada detalladamente de su situación dentro del juicio de sucesión de su esposo y de los resultados que, a su favor, había arrojado. Siendo entonces advertida de que ya era inútil mi intervención en él por la fecha en que había sido otorgado el poder (23 de noviembre de 1955), fecha para la cual estaba ya en situación de partición, siendo apenas del caso, y eventualmente, una intervención sobre las cuentas del albaceazgo.

"15)—Los dineros de propiedad de la señora de Wiesner que, con ocasión de mis gestiones se encuentran en mi poder, siguen intactos, sin que yo haya invertido en ningún momento sumas a cuenta de honorarios y apenas con las deducciones de: a) Sumas entregadas a la señora de Wiesner; b) suma pagada por reparación de la casa de la carrera 4ª, en septiembre de 1955; c) suma pagada a buena cuenta de la reparación del mismo inmueble en enero de 1956; d) suma reintegrada al diplomático uruguayo. Los inmuebles, igual-

mente, han vuelto a la administración de la señora.

"18)—Finalmente la señora de Wiesner revocó unilateralmente y sin causa el poder general que me otorgara.

"En atención a los hechos anteriormente resumidos presenté formal demanda contra la señora de Wiesner el día once (11) de febrero del año en curso, cuya copia adjunto a este escrito, y en la cual he solicitado que se declare a dicha señora en mora de recibir las cuentas que quiero presentarle y de cancelar mis honorarios".

En el curso de la investigación se allegaron al juicio las pruebas siguientes:

"a)—Copia de la carta de fecha junio 30 de 1955, dirigida por el doctor Diego Tovar Concha a la señora Raquel Bonilla viuda de Wiesner, en la cual le manifiesta que asume la representación en el juicio sucesorio de su cónyuge Eugenio Wiesner, tanto de ella como de su hijo Cristóbal Wiesner Bonilla, fijándole el monto de sus honorarios del tres y medio por ciento sobre la base de la suma que le corresponda en la partición, y, por lo mismo, le pide devolver la copia firmada en señal de aceptación;

"b)—Copia del recibo por la suma de mil cien pesos, de fecha julio de mil novecientos cincuenta y cinco, expedido por el doctor Diego Tovar Concha a favor de Raquel Bonilla viuda de Wiesner, para pagos de partición e hijuelas, con la advertencia de que oportunamente le daría traslado de los comprobantes oficiales correspondientes;

"c)—Copia del recibo de títulos de acciones de la Compañía Colombiana de Tabaco y de Eterni Colombiana S. A., entregadas por Raquel Bonill viuda de Wiesner al doctor Diego Tovar Concha firmado por éste en agosto de mil novecientos cincuenta y cinco;

"d)—Copia de la demanda presentada al Juzgado Décimo Civil del Circuito, con fecha 11 de febrero de 1956, para que Raquel Bonilla viuda de Wiesner reciba las cuentas correspondientes a varios negocios en los cuales aquél fue mandatario;

"e)—Copia del extracto de cuentas entregado por el doctor Diego Tovar Concha a Raquel Bonilla viuda de Wiesner, con fecha 3 de febrero de 1956, sobre el valor de acciones que recibió de esta última, valor de los bonos que adquirió, cuantía de los dineros en efectivo que le entregó, relación de gastos por reparaciones locativas de los inmuebles a su administración y cánones de arrendamientos de los mismos, junto con la suma relativa a los depósitos consignados;

"f)—Original del contrato de prestación de servicios profesionales, celebrado entre el doctor Diego Tovar Concha y Raquel Bonilla viuda de Wiesner, para la administración de los bienes muebles e inmuebles de propiedad de ésta, suscrito con fecha diciembre 5 de 1955;

"g)—Copias de extracto de cuentas y anexos de las mismas presentados por el doctor Diego Tovar Concha a su poderdante con fechas febrero 2, 26 y 27 de 1956;

"h)—Copia del trabajo de partición de los bienes de la sucesión de Eugenio Wiesner presentado al Juzgado Primero Civil del Circuito por el partidor doctor Guillermo Ospina Fernández;

"i)—Diligencia de inspección ocular practicada en la Notaría Séptima de este Circuito por el señor Juez Primero Superior, con la intervención de peritos, sobre el expediente relativo al juicio de sucesión testamentaria de Eugenio Wiesner, abierto y radicado en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, en la cual aparece lo siguiente:

"'...Del detenido examen del expediente pudo constatarse que la señora Raquel Bonilla viuda de Wiesner mudó de apoderado en forma sucesiva, durante cinco veces consecutivas. Su primer mandatario lo fue el doctor Jorge Grueso Arboleda, quien ejerció el mandato desde el dieciseis (16) de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953) hasta el veintinueve (29) de los mismos mes y año, fecha en que lo sustituyó en el doctor Eustorgio Sarria, a quien se le revocó por la señora el veintiseis de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), para serle conferido al doctor Carlos Borda Mendoza, el cual lo ejerció hasta el veintidós (22) de enero de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), fecha en que se le revocó para serle otorgado al doctor Melquisedec Amézquita y Avila, a quien también se le revocó para conferírselo al doctor Daniel Durán Blanco, el cual lo renunció por último, en virtud de memorial visible al folio 752 del Protocolo (fl. 107 del juicio), de fecha treinta (30) de junio del año últimamente citado, en el que el renunciante dice, entre otras cosas, lo que se copia literalmente: '.....Sólo por una recomendación especial que se me hiciera para aceptar dicho poder, por parte de quien había sido uno de mis profesores, al tiempo que es un ilustre jesuíta, me decidí a ejercerlo y representar a una persona que TAN MAL SE EXPRESABA de di-

versos colegas que como apoderados, o como auxiliares de la justicia, han intervenido en el presente negocio. Creí sobrellevar, en gracia a una magnífica y honrosa amistad que me une con el muy respetable recomendante, la enojosa labor que me imponía el frecuente trato con una persona INCOMPRENSIBLE en exceso. Pero no pudiendo hacerlo, sólo me resta renunciar al mandato, haciendo constancia de que igualmente renuncio a todo emolumento por tal concepto, y hasta a las expensas que a mi costa he sufragado...'.

"Más adelante en la mencionada diligencia se dice:

"'...Del examen cuidadoso del juicio mortuorio en referencia pudo establecerse plenamente que, a partir de la renuncia presentada por el doctor Durán Blanco para representar el interés sucesoral de la señora viuda de Wiesner, ésta no le confirió poder a ningún abogado. El doctor Diego Tovar Concha, por tanto, en momento alguno del trámite asumió la personería de la señora, no obstante las repetidas revocatorias de los poderes por ella otorgados a diferentes profesionales, como ya se vio atrás; y precisamente por eso, vino a comprobarse, en consecuencia, que el nombrado doctor Tovar Concha no cumplió actuación alguna dentro del juicio, ni antes ni después de que el mandato fuese renunciado por el doctor Durán Blanco'".

El doctor Tovar Concha, antes de que el Tribunal profiriera la providencia que ahora se revisa, en memorial presentado el 29 de agosto de 1960, expresamente manifestó que renunciaba la prescripción de la acción que entonces se había cumplido en su favor.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, en su concepto solicita la confirmación de la providencia objeto de la consulta, pidiendo además que se haga efectivo lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 69 de 1945, en relación con la quejosa señora Bonilla vda. de Wiesner, por estimar que los cargos formulados contra el abogado doctor Tovar Concha fueron radicalmente deshechos por éste, resultando por lo tanto, completamente infundados.

SE CONSIDERA:

Los cargos formulados por la denunciante señora Bonilla vda. de Wiesner, pueden resumirse en la forma siguiente:

a)—Haber dejado a la denunciante y a su hijo menor de edad, Cristóbal Wiesner, sin representación en el juicio de sucesión del señor Eugenio Wiesner, pues el abogado doctor Tovar no ejercitó los poderes que para este fin aquélla le otorgó, causando con ello grave perjuicio a sus poderdantes;

b)—Haberse negado el abogado acusado a rendirle cuenta a la denunciante de los negocios a aquél confiados por ésta, así como haberse negado a entregarle el contrato de arrendamiento de un inmueble ubicado en esta ciudad, en la carrera 7ª número 54-11;

c)—Haberse negado el denunciado a proponer el juicio correspondiente al diplomático uruguayo señor Naal, por incumplimiento de un contrato de arrendamiento.

Estos cargos fueron estudiados en forma muy detenida y acertada por el señor Fiscal del Tribunal, en su vista del 28 de enero de 1959, en la forma siguiente:

"El primero de estos cargos es el que reviste una mayor gravedad, pues al tiempo que significa una falta de entidad contra la lealtad profesional y deberes del apoderado, también envuelve los elementos característicos del delito de colusión, de que trata el artículo 198 del Código Penal.

"Sin embargo, dicho cargo no ha sido demostrado y, por los elementos de prueba actuantes al respecto, más bien resulta evidenciada la inocencia del imputado. En efecto, no hay duda que las primeras conversaciones entre la señora viuda de Wiesner y el doctor Tovar Concha se refirieron a la representación que éste debía llevar, como apoderado judicial y en defensa de los intereses de aquélla, en el juicio de sucesión del señor Eugenio Wiesner. Así lo acepta el doctor Tovar Concha en la contestación y descargos antes transcritos; así lo expresan también la carta del 30 de junio de 1955 dirigida a la señora Raquel Bonilla vda. de Wiesner, en la que el abogado le señala las condiciones en que prestará sus servicios profesionales, y el recibo de julio del mismo año por la suma de $ 1.100.00, para atender a los gastos que en dicho juicio "le puedan corresponder" a la señora. Pero el punto cardinal de si la interesada aceptó en definitiva las condiciones del convenio sobre prestación de ese servicio profesional y de sí, en virtud de ello, efectivamente otorgó el poder especial ante el respectivo Juez de Circuito

Civil con la aceptación del abogado, no ha tenido demostración alguna. La prestación del servicio profesional de abogado implica un contrato de mandato el cual, en nuestra legislación, no es gratuito en esencia. Si en la aludida carta se señaló la forma y cuantía del honorario profesional y se pidió la confirmación expresa de la interesada en prueba de aceptación de su parte, no se podía, ni hoy se puede, considerar perfecto dicho contrato de mandato para ninguna de las partes sin aquella aceptación expresa de la mandante. En lo pertinente, la carta dice:

"'...El monto de los honorarios por mi intervención, ascenderá a la suma del tres y medio por ciento sobre la base de inventarios, en el monto resultante con respecto a la participación que a usted corresponda y a su hijo.

"'Si usted se halla conforme con la cifra mencionada, le suplico devolver la copia firmada, como muestra de aceptación por su parte...'. (fls. 8) (subrayamos).

"Y en ninguna parte de su querella, ni en las manifestaciones posteriores de la señora Raquel Bonilla vda. de Wiesner en este informativo, hace siquiera alusión al hecho de haber aceptado previamente, en la forma como se le había solicitado, el convenio, o mejor, las condiciones para su representación judicial. Ella ha afirmado que no presentó personalmente el poder especial ante el Juez del conocimiento '.....porque el doctor Tovar Concha, me afirmó que no era necesario, puesto que él lo haría y para lo cual me pidió le diera mi tarjeta de identidad.....'; cuestión que de ser verdadera o de aparecer demostrada equivaldría a la aceptación, por lo menos tácita, de la poderdante a la condición expuesta en la carta mencionada. No obstante, este hecho no obtuvo comprobación adecuada en las diligencias, pues los dos medios destinados a ese propósito fallaron; el Secretario del Juzgado, Manuel Antonio Pachón, dijo no saber nada en lo referente al aludido poder (fls. 92), y el sacerdote jesuita, R. P. Alejandro Núñez, a quien se suponía confidente de ambas partes, no fue presentado a declarar por la interesada querellante ni pudo ser localizado oficialmente por el Tribunal. (V. informe agente citador).

"Debe, pues, aceptarse sobre el particular la confesión calificada del imputado en sus descargos: Si hizo con la querellante inicialmente el arreglo para representarla judicialmente en la sucesión del señor Eugenio Wiesner; pero ella no presentó el poder especial en el respectivo Juzgado, cuestión bien significativa que, además de hacer imposible la intervención en el juicio del apoderado, lo daba a entender una desaprobación del convenio. No desvirtúan la unidad de esta confesión algunas circunstancias, como las de haber el apoderado recibido la suma de $ 1.100.00 como consecuencia de aquel arreglo inicial y la de haber continuado con otras gestiones de su cliente; porque dicha suma no fue a cuenta de honorarios sino para pagar el albacea y atender a algunas copias, lo que bien podía coexistir sin la presentación del poder especial; y porque las otras gestiones que el abogado continuó desempeñando, eran independientes a la representación en el sucesorio y no implicaban una vinculación especial en éste.

"De otro lado, los 'graves perjuicios' sufridos por la querellante y por su hijo, según afirmación, no tuvieron en el expediente demostración alguna siendo obligación de la querellante ese extremo, ya que a su moción se desarrolló la acción. Y aunque dicho aspecto en nada excusaría "la falta engañosa de representación", si se hubiese probado, sin embargo serviría de fundada explicación para encontrar el móvil de la queja. Si a lo anterior se agrega que aparece desmentida la afirmación de la querellante de que hasta 'fines del mes de enero (1956)' la hubiese mantenido el doctor Tovar Concha en el engaño en cuanto al verdadero curso de la sucesión mencionada, como se ve claramente de la solicitud de préstamo al Banco Hipotecario Popular, fechada el 5 de diciembre de 1955, firmada por ella (fls. 31 - 33), por cuanto en dicha solicitud aparece un 'anexo' en el cual se da cuenta exacta de que ya se había verificado la partición en el sucesorio de su esposo, con las cuotas de adjudicación correspondientes, entonces se verá que resultan bien deleznables sus afirmaciones, relacionadas con este punto esencial de la querella.

"Concuerdan ambas partes en que al doctor Tovar Concha le fue otorgado un poder general el día 23 de noviembre de 1955, el cual le fue revocado el 9 de febrero siguiente. No fue traída por la interesada la copia respectiva, a pesar de haber sido extendido el poder por escritura pública. Pero el querellado confiesa que cuando se redactaban las cláusulas de dicho instrumento y a propósito de la suma de $ 1.100.00 que reposaba en su poder con destino a gastos de la sucesión Wiesner, la señora interesada hizo incluir

'...una cláusula especial que me autorizaba para intervenir en los juicios sucesoriales en que ella fuese parte, adquiriendo yo de nuevo el compromiso de representarla en ellos"... (fls. 65,, etc.). Es decir, que el apoderado general adquiría así el compromiso para con la Sra. Wiesner de representarla, incluso en el juicio de sucesión de su esposo Cabe aquí preguntar: Si la señora querellante estaba convencida de que ya obraba un poder especial en dicho juicio en virtud del cual el doctor Diego Tovar Concha estaba allí actuando, entonces para qué la inclusión de aquella cláusula en el poder general que llevaba explícito el propósito de una representación también en el mentado juicio. Todo parece indicar, más bien, que la señora interesada buscaba con aquella inclusión suplir una falta conocida por ella: en la sucesión no figuraba poder especial alguno en favor del doctor Tovar Concha.

"El apoderado, doctor Tovar Concha, no hizo uso de esta cláusula del poder general para intervenir en el juicio de sucesión del señor Eugenio Wiesner. La explicación que da en sus descargos es la de que cuando se le confirió u otorgó el poder, ya no había necesidad de intervención alguna pues el sucesorio había concluído. Y tal explicación resulta justificada con la comprobación que se hizo en la diligencia de inspección ocular sobre el juicio protocolizado en la Notaría Séptima de Bogotá, en cuya acta se lee:

"'.....Al folio 767 v. del Protocolo (fl. 122 v. del juicio), figura la providencia en cuya virtud se aprobó la partición de bienes, sin que se hubiese formulado contra ella ninguna objeción, y finalmente, al folio 779 vuelto (fl. 134 del juicio), obra el auto de fecha siete (7) de noviembre del mismo año de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), por el cual se declaró ejecutoriado el proveído aprobatorio de dicha partición.....' (fls. 98, ss.).

"Si, de conformidad con el artículo 893 del C. J., sólo hay juicio de sucesión hasta cuando 'se declara ejecutoriada la sentencia aprobatoria de la partición de bienes relictos', y esta declaratoria tuvo lugar en el caso cuestionado el 7 de noviembre de 1955, es decir, un tiempo suficientemente anterior al del poder general de que se ha dado cuenta (23 de noviembre de 1955), síguese que, evidentemente, ya nada tenía que hacer el apoderado doctor Tovar Concha en aquel juicio, ya fenecido.

"En suma, si aparece constatado que desde el mes de julio de 1955, en el juicio de sucesión del señor Eugenio Wiesner Gómez adelantado en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, la señora Raquel Bonilla viuda de Wiesner no tuvo apoderado judicial hasta la finalización de dicho juicio en noviembre (anteriormente había mudado sucesivamente de apoderado cinco veces, fls. 97 ss., inspección ocular), en cambio no ha sido probado que esa falta de representación se debiera a acción u omisión del abogado doctor Diego Tovar Concha, y todo indica que la propia interesada y querellante con su actitud determinó aquella situación.

"El segundo de los cargos atrás enunciados, que hace relación a la negativa o al retardo en la rendición de cuentas por parte del mandatario, en los varios negocios confiados a él por la querellante, así como a la negativa por parte del mismo mandatario a entregar a la mandante un contrato de arrendamiento efectuado en enero de 1956, bastaría observar que la propia querellante, entre los documentos exhibidos con su queja, presentó el que figura en copia al folio 9 del informativo que es el 'SEGUNDO EXTRACTO DE CUENTA ENTRE RAQUEL BONILLA VDA. DE WIESNER y EL DOCTOR DIEGO TOVAR CONCHA', de fecha 9 de febrero de 1956, dirigido y firmado por el abogado acusado con anterioridad a la queja presentada por la señora de Wiesner. Extracto del cual se desprende todo lo contrario de lo que asegura la querellante, pues de él se establece el ánimo de querer dar una cuenta pormenorizada, y no lo contrario, aun antes de que el mandatario supiese que le había sido revocado el poder general (y este le fue comunicado por carta el 16 de febrero, a la cual contestó el doctor Tovar Concha con carta del 17; fls. 6, etc.).

"Fuera de las explicaciones dadas a este propósito en los descargos del doctor Tovar Concha que resultan perfectamente compatibles con la documentación allegada al informativo, aparece también que aquél efectivamente presentó ante el Juez Civil del Circuito de Bogotá, el 11 de febrero de 1956, también con fecha anterior a la querella actual, una demanda sobre rendición de las cuentas con la señora Raquel Bonilla vda. de Wiesner, a fin de que ésta SE LAS RECIBIERA JUDICIALMENTE, por haberse negado a hacerlo en privado. (V. copia de fls. 15 a 17).

"De manera que, demostrado lo contrario de lo que afirmó la interesada en su queja, el cargo carece de seriedad en lo que pudiera ser materia de la delicadeza o ética profesional: haberse ne-

gado el abogado a rendir cuentas oportunamente, o eludido sus deberes al respecto. En cuanto al contenido mismo de las partidas que el doctor Tovar Concha ha presentado repetidas veces a la consideración de la señora de Wiesner, debemos anotar que es cuestión de la naturaleza de la RENDICION DE CUENTAS, en donde debe ventilarse la exactitud, proporcionalidad o correspondencia de cada partida: cuestión que se sustrae del rol propio de las presentes diligencias, ya que la simple circunstancia de no existir acuerdo en una o algunas partidas no autoriza para deducir indelicadeza o inmoralidad en la conducta del abogado que las presenta. Sería un contrasentido inferir responsabilidad de faltas contra la ética, por el solo hecho de que un cliente le discuta las cuentas a su abogado mandatario. Y mayor es la sin razón si se advierte que en el presente caso, el abogado-administrador no ha presentado a la señora interesada partida alguna por los honorarios de su gestión

"El tercero de los cargos anteriormente enunciados, tampoco encuentra fundamento alguno capaz de comprometer al abogado acusado en estas diligencias. El ha explicado que devolvió el depósito consignado por el señor Nadal, Secretario de la Embajada del Uruguay, antes de que hubiese completado el año del arrendamiento pactado, por considerar atendible la excusa dada por el diplomático de haber recibido órdenes de su gobierno para un traslado. Y que luego, cuando fue informado por la señora de Wiesner de que dicho traslado no se había verificado y la excusa del arrendatario era mentirosa, no procedió judicialmente contra éste porque la interesada no le suministró la prueba de su aserto y, además, porque no consideró de utilidad alguna entablar una acción judicial en tales circunstancias.

"Este parecer del abogado, de no considerar aconsejable una determinada gestión por estimarla contraproducente y, en consecuencia, no comprometer a su cliente en ella, es perfectamente respetable mientras cosa distinta no se demuestre, como no se ha demostrado en el presente caso. De ello, y en las condiciones apuntadas, no es posible deducirle cargo de seriedad alguna contra la ética profesional al denunciado".

El concepto fiscal transcrito, que la Sala prohija por encontrarlo ajustado a la realidad procesal, la excusa de repetir o hacer un nuevo análisis de la situación del acusado doctor Tovar Concha frente a una queja que carece de toda validez y seriedad, ya que la querellante no estableció la prueba de los cargos por ella formulados contra dicho profesional y que éste, de modo satisfactorio, desvirtuó con la explicación minuciosa de su conducta, que lo deja completamente exento de toda responsabilidad por faltas contra la ética en el ejercicio de su profesión, pues demostró, debidamente, que por su parte cumplió o estuvo dispuesto a cumplir, en todo momento, con los deberes originados en compromisos por él adquiridos con la denunciante, y que si no pudo realizarlos completamente, se debió a la actitud de la propia querellante, quien no presentó personal y oportunamente los poderes que había convenido en otorgarle, negándose o rehusando a aceptar u objetar las cuentas que de la gestión de sus negocios le ofrecía su apoderado, y por último revocándole, intempestivamente, y en forma no justificada, los poderes que le había otorgado, como anteriormente lo había hecho con otros abogados que habían llevado su personería en el juicio de sucesión de su cónyuge.

En relación con la solicitud final que hace el señor Procurador Delegado en lo Penal, para que se hagan efectivas las disposiciones de la Ley 49 de 1945, en cuanto establece en su artículo 12 que "Cuando la sentencia definitiva fuere absolutoria, se seguirá de oficio el procedimiento por calumnia contra el autor o autores de la denuncia", la Sala estima que, dado el tiempo hasta la fecha trasncurrido desde el día en que se presentó la denuncia que dio origen a este juicio, resulta improcedente disponer que se inicie un procedimiento por calumnia contra la denunciante, pues la acción penal correspondiente se encuentra ya prescrita.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, y de acuerdo en parte con él, CONFIRMA la providencia consultada proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y comuníquese a los Tribunales del país.

Primitivo Vergara Crespo. — Humberto Barrera Domínguez. — Simón Montero Torres. — Gustavo Rendón Gaviria. — Julio Roncallo Acosta.— Angel Martín Vásquez A. — Pioquinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

RECLAMACION DE PRESTACIONES SOCIALES. REFORMATIO IN PEJUS

Impugnación del fallo que condenó al pago de ciertas prestaciones e indemnizaciones. No prosperan los cargos relacionados con errores en la apreciación de pruebas. Casa la sentencia por cuanto reforma la de primer grado en perjuicio del apelante.

ENUNCIACION DE LAS DOCTRINAS QUE SE SUSTENTAN EN EL PRESENTE FALLO:

1.—La regla contenida en el artículo 702 del C. J., referente al criterio para apreciar los testimonios contradictorios, no le obliga al Juez Laboral como norma de derecho positivo.

2.—Según el artículo 702 del C. J. queda al arbitrio del fallador que se encuentre en presencia de declaraciones contradictorias optar por cualquiera de las soluciones que la disposición señala; así que no es camino obligado el de rechazarlas todas.

3.—Pertenece a la clase de los errores de derecho el que se comete cuando, en presencia de una prueba, la sentencia le desconoce el mérito que la ley le da o le reconoce una de que ella la priva.

4.—Error de derecho, atacable en casación laboral, sólo existe respecto de hechos que requieran prueba solemne para la validez del acto.

5.—La existencia de la relación laboral no queda subordinada al hecho de que el patrono, en su declaración de renta, haya incluído o no al empleado en la nómina de sus servidores.

6.—En razón del objeto específico de la casación laboral, son extrañas a este medio de impugnación disposiciones del Código Civil y de otras ramas de la legislación, a menos que estén en conexidad con normas laborales sustantivas.

7.—El superior no puede enmendar la providencia apelada en la parte que no es objeto del recurso, como lo prescribe el artículo 494 del C. Judicial, aplicable al proceso laboral.

8.—No le es permitido al Tribunal, so pretexto de corregir un error aritmético, variar la condena de primer grado por cesantía, de manera ulterior, aumentado su importe, pues esta facultad es del Juez que pronuncia la sentencia, no del superior que la revisa (artículo 483 C. J.).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., cuatro de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

MATERIA DEL PLEITO

Ante el Juez Promiscuo del Circuito de Lorica y por medio de apoderado, Felipe Llorente Martínez promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra Francisco López Llorente, para que por sentencia se le condene a pagarle: los salarios por el tiempo faltante del plazo presuntivo, el auxilio de cesantía, las vacaciones y primas de servicio, la remuneración por trabajo en domingos y demás días festivos, calzado y overoles, la indemnización moratoria y las costas del juicio. Para determinar la cuantía de las obligaciones reclamadas pide que el salario, estipulado en especie, se fije en dinero por medio de peritos.

ANTECEDENTES:

Felipe Llorente Martínez prestó servicios personales, mediante contrato verbal de trabajo, primero a Francisco López Llorente, padre, desde 1930 y después, a Francisco López Llorente, hijo, desde 1949 hasta el 24 de junio de 1957, fecha en que éste lo retiró del servicio. La función desempeñada por el actor fue la de cuidandero de la finca denominada "Sitio Nuevo", bajo la dependencia de los dos patronos. Como retribución por sus servicios se convino un salario en especie, consistente en la leche de diez vacas paridas, entregadas al actor para su ordeño, y en una casa de habitación. El demandado se ha negado a pagarle las prestaciones sociales causadas, alegando que Llorente Martínez estuvo en su finca como refugiado y en atención a los lazos de familia que los unen. Advierte el actor que las prestaciones sociales a cargo del primer patrono las reclamará en juicio separado.

En derecho la demanda se funda en las normas pertinentes del Código del Trabajo.

El apoderado de don Francisco López Llorente, en la respuesta a la demanda, niega el contrato de trabajo, expresando que Llorente Martínez vivió largo tiempo en la finca "Sitio Nuevo" como pariente y protegido, no en calidad de trabajador; y que fue retirado del inmueble por el hurto de un ternero cebú, perteneciente a una cría especial importada, delito que la autoridad penal investiga.

Surtida la tramitación propia de la primera instancia, terminó ésta por sentencia de fecha 19 de mayo de 1958. Su parte resolutiva condena al demandado a pagar a Felipe Llorente Martínez la suma de $ 9.814.00, valor de las deudas por cesantía, vacaciones y primas de servicio (numeral primero), y a la suma de $ 150.00 por costas y gastos del juicio (numeral segundo).

De la anterior sentencia apeló únicamente la parte demandada. Conoció de la relación de segundo grado el Tribunal Superior de Montería, Sala Laboral, quien la decidió por sentencia de fecha 12 de agosto de 1958. El numeral primero de su parte dispositiva dice que modifica la de primer grado; por el numeral segundo condena al demandado a pagar al actor la cantidad de $ 10.266.06, valor total de las deudas por cesantía, primas de servicios y vacaciones. El numeral tercero autoriza al demandado para retener el valor del auxilio de cesantía hasta que la autoridad competente decida sobre el delito de hurto de ganado mayor imputado al demandante, "lo que acarrearía la pérdida del derecho si se le deduce responsabilidad, de conformidad con el artículo 250 del C. S. del T.".

La sentencia absuelve al demandado de los demás cargos y lo condena en costas.

Recurrió en casación la parte vencida. Concedido el recurso y remitidos los autos a esta Superioridad, ha sido preparado aquí debidamente, y como ha llegado la oportunidad de resolverlo, a ello procede la Sala a continuación.

LA DEMANDA DE CASACION

Suplica el petitum que la Corte case el fallo del Tribunal y, en su lugar, en decisión de instancia, absuelva a la parte demandada de todos los cargos. La impugnación tiene este alcance con base en las acusaciones por la causal primera. Con fundamento en la segunda, la pretensión del recurso, según se deduce de su contenido, es la reducción de la cuantía de las condenas a las cifras que señala el fallo de primera instancia, que el de segundo grado aumenta.

Como se anotó, el recurrente invoca los dos motivos de casación de que trata el artículo 87 del C.P.L.

Por la causal primera formula dos cargos, que la Sala examina en su orden.

Primer cargo

Violación del artículo 702 del C. J. y 26 de la Constitución, en armonía con los artículos 22, 23,

24, 38, 186, 190, numeral 2º, 182, 249, 253 y 306 del C.S.T., de modo indirecto, a causa de error de hecho por falta de estimación de unas pruebas.

Señala el recurrente las pruebas no apreciadas por el fallador, y luego agrega en sustentación del cargo:

Para probar los extremos de la acción la parte actora ha producido cuatro testimonios y la parte demandada ha aducido en su defensa un número igual. Así las cosas, la conducta del Tribunal estaba señalada por el artículo 702 del C. J. Sin embargo, aquél no estudió sino las declaraciones de la parte actora, absteniéndose de analizar las producidas por la parte demandada, lo cual trae por consecuencia el quebranto de la citada disposición, como el de la consignada en el artículo 26 de la Carta, pues el demandado fue juzgado sin haber sido oído en el juicio, ya que a ello equivale no haber tenido en cuenta las pruebas que adujo en su defensa. Si la sentencia opone al grupo de testimonios del demandante el grupo de los aportados al juicio por el demandado, el de éste habría neutralizado el de aquél, y como no existe ningún otro medio probatorio que demuestre las pretensiones del actor, correspondiéndole a éste la carga de la prueba, la sentencia habría tenido que optar por el rechazo de la demanda, absolviendo a López Llorente de todos los cargos que ella le formula. El haber prescindido el Tribunal de las declaraciones llevadas al proceso por el demandado, lo llevó a cometer error de hecho con violación del artículo 702 del C. J. A causa de tal error, violó el canon del artículo 26 de la Constitución y, en consecuencia, las normas del Código del Trabajo ya citadas. La sentencia halló configurado un contrato de trabajo con algunas de sus consecuencias, "cuando según la realidad fáctica y la realidad jurídica tal contrato no existió, o, por lo menos, no se demostró, que a aquello equivale, ya que en derecho lo que no se prueba es como si no existiera".

SE CONSIDERA:

La sentencia, en el capítulo que lleva por título "Calidad de trabajador del actor", relaciona los hechos y razones que el demandado aduce en su defensa, de los cuales deduce que el actor no le prestó servicios dependientes, los analiza con detenimiento, y refuta los reparos que el apoderado de López Llorente opone a las declaraciones de los testigos llevados al juicio por el demandante. Estudia cada uno de estos testimonios y llega a la conclusión de que ellos acreditan el servicio personal subordinado que afirma la demanda de instancia, y el tiempo de su duración.

Según la respuesta a la demanda, Felipe Llorente Martínez fue llamado a la finca de "Sitio Nuevo" por el padre del demandado, desde 1930, y en ella le asignó una porción de terreno para que la cultivara, construyéndole unos ranchos para vivienda y destinándole unas vacas para su ordeño, todo lo cual hizo en atención a las relaciones de parentesco que los vinculaba y a la precaria situación económica del actor, sin que éste en ningún momento hubiera formado parte de la nómina de trabajadores del inmueble. En sus ratos libres ayudaba a los obreros en el arreglo de cercas y otras actividades, de manera espontánea, y únicamente como expresión de agradecimiento para quien lo favorecía en alto grado. A la muerte del padre del demandado, su hijo, del mismo nombre y apellido, a quien pasó el dominio de la finca, dispensó a Llorente Martínez la misma protección generosa que había recibido de su antecesor, habiéndose visto forzado a retirarlo de la hacienda por el hurto de un ternero cebú, de valor apreciable, de raza selecta importada.

Los testigos Antonio Espitia, Antonio López, Prisciliano Ortega y Pedro López, quienes declararon en el juicio a petición del demandado (fls. 21 a 27), dan cuenta de que las relaciones entre las partes fueron las que describe la respuesta al libelo promotor del juicio.

LA SALA OBSERVA:

El Tribunal no contempla la posición del demandado a través de las declaraciones que éste aportó al juicio sino con vista en las razones y hechos de la defensa. No tuvo, pues, en cuenta las reglas que para la elaboración de la sentencia establece el artículo 471 del C. J., al tenor de las cuales, determinado el objeto del pleito, procede el examen de las pruebas de los hechos importantes conexionados con las cuestiones litigiosas materia de la decisión, y, por último, el estudio de las normas legales o de equidad que sean pertinentes. Sin embargo, si fue irregular el procedimiento adoptado, de allí no puede deducirse que la sentencia hiciera caso omiso de la prueba testimonial en referencia, pues debe estimarse que a ella alude al refutar cuanto expone el apoderado de López Llorente al evacuar el traslado del auto admisorio de la demanda. Por lo demás, aun aceptando que la sentencia guardó silencio

acerca del medio probatorio mencionado, tal conducta, si bien desatiende el precepto del artículo 60 del C.P.L., daría lugar a un simple vicio de actividad, sin incidencia en casación. La informalidad, por otra parte, no basta para sostener, como lo hace el recurrente, que el demandado fue vencido sin haber sido oído en el juicio, con violación del artículo 26 de la Carta. Exigo esta norma que el juzgamiento se haga por Juez competente, observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, y ninguna de estas dos garantías fue vulnerada en el proceso.

El artículo 702 del Código Judicial, no rige en el proceso del trabajo. En éste la actividad del Juez está sujeta al principio sobre libre formación del convencimiento (artículo 61 del C. P. L.) no sólo en cuanto a la prueba testimonial, a la cual se refiere el artículo 702, sino en relación con la estimación de todos los medios probatorios. La regla de sana crítica establecido en el citado artículo de la ley procesal civil en lo concerniente al criterio que traza para la apreciación de testimonios contradictorios sobre unos mismos hechos, es utilizable por el Juez Laboral por vía de doctrina, pero no le obliga como norma de derecho positivo.

Aun en el proceso civil, el cargo no sería de recibo, por estas razones:

El artículo 702 en cita contempla el caso de exposiciones de varios testigos sobre un mismo punto, contradictorias entre sí. El precepto indica cómo deben ser apreciadas por el Juez, por una parte, y por la otra, cuál es su valor probatorio, así: o los testimonios no hacen prueba y debe prescindirse de ellos, o constituyen plena prueba, o apenas valen como presunción ó indicio. Queda al arbitrio del fallador optar por cualquiera de las soluciones que la disposición señala, lo cual demuestra que el camino a seguir no es siempre el del rechazo de todas las declaraciones, como lo sostiene el impugnador. El mandato es discrecional, en cuanto le permite al Juez cierta libertad de acción para fijar el valor de la prueba, y vinculado en cuanto debe otorgarle a los testimonios valor pleno, o el de prueba incompleta, o negarle todo mérito.

Si en el caso de autos, las declaraciones de una y otra parte han debido desecharse, y, sin embargo, el Tribunal resolvió atribuirle el valor de plena prueba a las aducidas por el actor, su actividad al respecto no conduciría a un error de hecho sino de derecho. De esta clase es el que se comete cuando en presencia de una prueba la sentencia le desconoce el mérito que la ley le da o le reconoce uno de que ella la priva. Es ésta la doctrina acogida por la Corte, Sala de Casación Civil, según la cual, "a la infracción del artículo 702 del C. J. no puede llegarse sino como resultado de un error de derecho, ya que la contravención a la ley que establece y valora la prueba respectiva es lo que cabalmente constituye el error de derecho" (G. J. XLIII. 1911 y 1912. 802). Huelga decir que, suponiendo aplicable al proceso laboral la norma citada, el cargo tampoco sería viable, porque tal error en dicho proceso sólo existe respecto de hechos que requieran prueba solemne para la validez del acto (C.P.L. artículo 87, inciso de su numeral 1º).

Cita también el cargo, como pruebas no apreciadas por el Tribunal, las que a continuación se relacionan, las cuales le habrían servido, si desecha la testimonial, para fundar en ellas la absolución del demandado. Así lo afirma el impugnador. Tales pruebas son las siguientes:

a) La inspección ocular practicada en las oficinas de la administración de hacienda nacional de Montería.

Dice el recurrente que en las declaraciones de renta del demandado, correspondientes a los años de 1950 a 1956, examinadas en la inspección, no figura Llorente Martínez como trabajador de aquél. Anota que el contribuyente tiene derecho a que se le deduzca de la renta líquida el salario pagado a sus empleados, y no es de suponerse que López Llorente renunciara a ese derecho en su perjuicio, omitiendo el nombre del demandante, de manera que si así no lo hizo, debe presumirse la inexistencia del contrato laboral entre las partes.

La Sala observa que, según el sentenciador, los testimonios de la parte actora demuestran el contrato de trabajo entre los litigantes, prueba que ha quedado en pie como fundamento de la decisión, pues no ha sido materia de ataque por el recurrente. Además, una simple presunción no tiene el mérito de destruir la prueba directa en que se apoya la sentencia. Debe anotarse también que la relación laboral dependiente no queda subordinada al hecho de que el patrono incluya al empleado en la nómina de sus servidores, pues el acto depende de su exclusiva voluntad, el cual, por ser extraño al trabajador, no puede perjudicarle.

b) El interrogatorio rendido por el demandante ante el Juez de primera instancia.

Expresa el recurrente que en la declaración Llorente Martínez acepta que el demandado le facilitó en préstamo el dinero necesario para la construcción de una vivienda en finca contigua a la de "Sitio Nuevo". El hecho demuestra —a juicio del impugnador— que no eran de trabajo las relaciones entre los litigantes, pues la causa del préstamo radica en las especiales consideraciones que al actor dispensaba el demandado.

Para la Sala el argumento carece de consistencia. El contrato de mutuo es corriente entre trabajadores y patronos y la ley lo permite para diversos fines, entre los cuales figura como principal el de que el préstamo lo dedique el empleado a la adquisición de su vivienda.

Según lo expuesto, si el Tribunal toma en cuenta las dos pruebas mencionadas, no habría podido llegar a las conclusiones que la acusación señala.

La violación de las normas del Código del Trabajo la deduce el autor del recurso del quebranto del artículo 702 del C. J., el cual, como se anotó, no es de aplicación en el proceso laboral. Por consiguiente, no se recibe el cargo.

Segundo cargo

Violación de los artículos 2200 a 2220 del C. C., de modo indirecto, por falta de aplicación, "siendo así que los supuestos de hecho exigían la actuación de tales normas".

Dice el recurrente, en apoyo del cargo, que, de acuerdo con las pruebas que menciona en el cargo anterior, no estimadas por la sentencia, lo probado en el juicio no fue un contrato de trabajo, pues de ellas resulta que Llorente Martínez desarrolló actividades en su propio beneficio, en una parcela de la finca "Sitio Nuevo", que tuvo en su poder en calidad de tenedor; que si el Tribunal hubiera atendido el norte jurídico que le señalaba el artículo 702 del C. J. y las reglas de los artículos 662 a 665 y 730 ibidem, habría llegado a la conclusión de que no hubo entre las partes contrato de trabajo sino de comodato o préstamo de uso. Se extiende el recurrente en diversas consideraciones para demostrar la tesis que enuncia.

SE CONSIDERA:

Objeto de la casación laboral es la unificación de la jurisprudencia nacional del trabajo, como lo expresa el artículo 86 del Código Procesal del ramo. Por tanto, en el recurso extraordinario incide únicamente la ley sustantiva del trabajo, que es la que el Juez aplica en la sentencia, por lo cual son extrañas a ese medio de impugnación disposiciones del Código Civil, como las que pertenezcan a otras ramas de la legislación. Pueden tomarse en cuenta preceptos de otras leyes, pero no aisladamente sino en conexión con textos de estatutos laborales de carácter sustancial. Tal es la jurisprudencia sobre el punto, acogida en numerosos fallos del extinguido Tribunal Supremo y de esta Sala.

En vista de que el cargo sólo acusa como violadas por la sentencia normas del Código Civil, es inestimable y, por tal motivo, no prospera.

Por la segunda causal la demanda de casación formula un solo cargo, en estos términos: la sentencia hizo más gravosa la situación de la parte demandada, única que apeló del fallo de primer grado. El del Tribunal aumenta la cuantía de las condenas que el del Juzgado a-quo impuso al demandado por cesantía y vacaciones, violando en consecuencia los artículos 483 del C. J. y 50 del C.P.L.

SE CONSIDERA:

Con relación a la cesantía, dice el Tribunal que el fallo de primera instancia, al practicar las operaciones aritméticas, incurrió en un error, pues siendo de $ 268.00 el salario mensual del empleado y habiendo éste trabajado durante 16 años, 5 meses, 24 días, la prestación vale $ 5 065.53 y no $ 5.173.00, que es la cifra señalada por el inferior. Concluye, en consecuencia, que es del caso corregir la equivocación, sin que ello signifique violación del artículo 494 del C. J.

Con respecto a las vacaciones, dice la sentencia recurrida que la de primer grado ha debido condenar al pago de las causadas por servicios en 16 años y no por las correspondientes a dos, pues el demandado no alegó la excepción de prescripción, sin que pueda alegarse desconocimiento de la norma legal antes citada. Agrega que la decisión en tal sentido encuentra respaldo en las doctrinas que cita de la casación laboral. De acuerdo con ese criterio, la cuantía de la deuda por vacaciones, que la sentencia de primera instancia fija en $ 369.00, la aumenta a $ 2.944.00.

LA SALA OBSERVA:

De autos resulta que de la sentencia de primer grado apeló únicamente la parte demandada.

El recurso de apelación se entiende interpuesto sólo en lo desfavorable al apelante y, por tanto, el superior no puede enmendar la providencia impugnada en la parte que no es objeto del recurso, como lo prescribe el artículo 494 del C. J., aplicable al proceso laboral. En éste, dicha norma sirve de fundamento al segundo motivo de casación (artículo 87, numeral 2º del C.P.L.).

Objeto del recurso era la revocatoria del fallo de primer grado, o su reforma, para disminuír la cuantía de las condenas a cargo del demandado. El aumento de la cuantía de ellas no era materia del recurso, pues el demandante, al no apelar, consideró satisfechas sus pretensiones hasta el límite de la decisión de primera instancia.

No le era permitido al Tribunal, so pretexto de corregir un error aritmético, variar la condena por cesantía, de manera oficiosa, aumentando su importe, porque es el Juez que pronuncia la sentencia quien tiene facultad para corregirla cuando incurre en errores de la clase expresada, no el superior que la revisa. Así lo dice claramente el artículo 493 del C. J., aplicable al proceso de trabajo.

También modifica el Tribunal, aumentándola, la condena al pago de la compensación en dinero por vacaciones causadas y no disfrutadas. La del Juzgado limita el derecho a dos años de servicios y el Tribunal estima que el reconocimiento debe extenderse a un período de 16 años. Se trata aquí, no ya de error numérico, sino de error de juicio en la aplicación de las normas reguladoras del derecho en referencia.

En ambos casos, la decisión impugnada desconoce la situación procesal favorable adquirida por el demandado en primera instancia, amparada por el artículo 494 del C. J.

La apelación abre las puertas del segundo grado, de manera que si sólo uno de los litigantes la utiliza, la jurisdicción del superior está limitada al examen de la providencia impugnada en relación con quien se muestra inconforme con ella, quedando cerrada la vía en cuanto a la parte que no hizo uso del recurso. En relación con ésta, el superior carece de jurisdicción para revisar el proveído de primer grado en lo que a ella se refiere. Si pudiera prescindirse de la impugnación de las decisiones de primera instancia para dar cabida, en todo caso, al segundo grado éste sería siempre oficioso, lo cual llevaría a la conclusión de que son desacertadas todas las providencias del primer grado. Bien se comprende que, en tal supuesto, la primera instancia carecería de objeto, por lo cual todo proceso debería ser resuelto en una sola.

Basta lo expuesto para poner de presente los yerros del Tribunal. Las sentencias que éste cita del Tribunal Supremo no ameritan su tesis, pues el supuesto de hecho que ellas comprenden es distinto del que contempla el caso de autos.

Prospera, pues, el cargo. Por tanto, la Corte casará la sentencia en las ordenaciones que aumentan la condena por auxilio de cesantía y compensación en dinero por vacaciones causadas y no disfrutadas, para acoger en su lugar las condenas del fallo de primer grado.

Las razones expuestas en el examen del cargo sirven de fundamento a la decisión que la Corte debe proferir como Tribunal de instancia.

A mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoidad de la Ley, CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Montería, en el numeral segundo de su parte resolutiva, literales a) y c) y, en su lugar, CONFIRMA la de primera instancia en el numeral primero de su parte resolutiva, pero únicamente en cuanto a las condenas de $ 5.173.00 por cesantía y $ 368.00 por vacaciones, e igualmente su numeral segundo. Queda, por tanto, vigente el numeral segundo de la parte dispositiva de la sentencia del Tribunal en cuanto a la condena de $ 2.256.53 por primas de servicio, y sustituída así la cifra que por dicho concepto señala el fallo del Juzgado a-quo. NO CASA el de segunda instancia en sus demás disposiciones.

Sin costas en el presente recurso.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto De Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Escruerra. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES

Se acusa una sentencia absolutoria recaida en juicio ordinario laboral. El fallo acusado no halló establecida la existencia del contrato de trabajo. Equivocado planteamiento del recurso de casación y falta de técnica en la demanda. No se casa la sentencia.

ENUNCIACION DOCTRINAL

No está conforme con la técnica de la casación el acusar simultáneamente de interpretación errónea, aplicación indebida e infracción directa una misma disposición legal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., mayo seis de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.)

Rosa Antonia Molina Cifuentes, por medio de apoderado, demandó a Ana Tamayo a fin de que, mediante los trámites del juicio ordinario laboral, fuese condenada a pagarle los salarios correspondientes a 24 años de servicios, la indemnización por enfermedad profesional o, en subsidio, la que quepa por enfermedad no profesional, la cesantía, el valor de los domingos, festivos, horas extras, vacaciones, primas de servicio y preaviso.

En su libelo la demandante manifestó que prestó sus servicios a la demandada durante 24 años (desde octubre de 1934 hasta el 4 de marzo de 1958) en forma continua, en los oficios de lavado de ropa, arreglo de guisos y atención de la limpieza y aseo de los restaurantes que la demandada ha tenido en diferentes lugares de la ciudad de Medellín; que la demandante estaba casada con un hermano de la demandada, por lo cual era su cuñada; que el salario ofrecido pero nunca cancelado fue el de $ 80.00 al mes y que además durante unos trece años la demandada le suministró una pieza en su casa; que como consecuencia de las labores que la actora cumplió lavando y planchando la ropa ha adquirido un reumatismo crónico en los brazos; que trabajó todos los domingos y festivos ejecutando una jornada de trabajo que iba desde las cinco de la mañana hasta las diez de la noche; que no se le han reconocido vacaciones, ni primas de servicios, ni se le ha pagado "el preaviso por el despido injusto".

Como fundamentos de derecho la demandante cita los artículos 1º, 22, 23, 24, 27, 49, 55, 127 y ss., 153 y ss., 172 y ss., 177 y ss., 186 y ss., 201, 249, 277 y ss., y 306 del C. S. del T.; y 74 y ss. del C. de P. L.

La demandada, al descorrer el traslado, negó todos los hechos fundamentales afirmados por la promotora del juicio y dijo desconocer que ésta hubiese sido su trabajadora.

Conoció de la litis el Juzgado Primero del Trabajo de Medellín. La sentencia de primera instancia fue proferida el día 27 de octubre de 1958 en sentido totalmente absolutorio para Ana Tamayo.

De la decisión anterior apelaron ambas partes. Al resolver la alzada, por fallo de noviembre 22 de 1958, el Tribunal Superior de Medellín —Sala Laboral—, confirmó en todas sus partes la providencia del a-quo.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la parte actora. El recurso ha sido concedido, admitido y tramitado en legal forma. Corresponde, pues, decidirlo previo el estudio de la demanda que lo sustenta. No se presentó escrito de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Al final de la demanda de casación el recurrente lo precisa en esta forma: ".....Como consecuencia de todo lo cual solicito con todo respeto

a esa H. Corporación la casación total de la sentencia demandada a fin de que, convertida en esa forma en tribunal de instancia, revoque en todas sus partes el fallo del a-quo, declare que existió un contrato de trabajo entre las litigantes y entre a estudiar los pedimentos de la demanda y acceda a ellos en cuanto sean conducentes y legales".

CARGO UNICO

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. del T. el recurrente formula un solo cargo que está enunciado así:

"Se acusa la sentencia recurrida de ser violatoria, por interpretación errónea o aplicación indebida, del artículo 23 del C. S. del T., y por infracción directa de los artículos 23, 27 (en concordancia éste con la regla 4ª del artículo 57 y con los artículos 127, 129, 144 y 145), 186, 189 y 249 ibidem".

Aunque no está citado en la enumeración anterior, también el impugnador alude al artículo 24 del C. S. T., y sobre él estructura lo sustancial de la acusación. Como es sabido, dicho precepto es el que consagra la presunción de contrato de trabajo y de él dice el recurrente que fue violado por "aplicación indebida o interpretación errónea".

SE CONSIDERA:

No es necesario dar a conocer mayores detalles del cargo que se examina para llegar a la conclusión de que carece de eficacia para quebrantar la sentencia acusada, ya que su solo planteamiento así lo indica. En efecto, es indispensable hacer estas observaciones:

a) La demandada ha negado que con la actora la vinculase un contrato de tipo laboral. Luego el problema jurídico central de la litis se convierte necesariamente en una cuestión de hecho, ya sea para definir si en realidad concurren o no los elementos esenciales del contrato de trabajo (artículo 23 del C. S. T.); o ya para establecer si está configurada la presunción del artículo 24, lo que también es un aspecto de hecho puesto que ella constituye uno de los medios probatorios consagrados en la ley.

De manera, pues, que si como lo dice el recurrente el Tribunal acepta que Rosa Antonia Molina prestó servicios personales a Ana Tamayo, existe el extremo indicador de la presunción, es decir, de la prueba que favorece al trabajador. De forma que, como se trata de una cuestión que se refiere al punto capital debatido en la controversia, lo que ha podido ocurrir es que el ad-quem la haya apreciado equivocadamente o no la haya apreciado. En otros términos, se está frente a una situación de hecho de carácter esencialmente probatorio, extraña a los conceptos de infracción legal que señala el recurrente (interpretación errónea, aplicación inbebida e infracción directa).

b) Como es fácil comprobarlo, el recurrente habla en su cargo simultáneamente de interpretación errónea, aplicación indebida e infracción directa del artículo 23 del C. S. T., que representa un precepto de primordial importancia para casos como el sub-lite en que se discute la existencia del contrato de trabajo. Pues bien, no está conforme con la técnica de la casación un ataque como el referido porque esas formas de violación constituyen esencialmente conceptos diferentes de quebrantamiento de la ley. Lo ha dicho ya en repetidas ocasiones la jurisprudencia laboral. Por ejemplo, en la Gaceta del Trabajo, Tomo VII, página 117, se lee:

"El cargo no se ajusta en su planteamiento a la técnica de este recurso extraordinario, por cuanto, como lo ha dicho reiteradamente el Tribunal Supremo, son distintos los conceptos de la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea por lo cual no pueden predicarse conjuntamente de una misma norma sustantiva, ni plantearse en forma imprecisa. Es, pues, forzoso repetir que el concepto de la infracción debe expresarse en forma clara y que cada una de sus modalidades ha de proponerse separadamente, a fin de permitir la labor de confrontación de la sentencia acusada con el precepto legal que se pretenda infringido...".

Por las razones anotadas, el cargo no puede prosperar.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto De Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.



MUERTE OCASIONADA EN ACCIDENTE DE TRABAJO

Impugnación de la sentencia que condenó al pago de cierta suma, como indemnización, a la madre de un trabajador accidentado. Defectos de fondo y de forma en la demanda de casación presentada. No prosperan los cargos

ENUNCIACION DE DOCTRINAS:

1.— No indica el recurrente si la norma sustancial fue violada de modo directo, por aplicación indebida o por interpretación errónea, o si el quebranto se produjo a causa de error de hecho o de derecho en la estimación probatoria, y estas omisiones le impiden a la Corte entrar al estudio del cargo.

2.—Aunque la contestación del libelo fue firmada directamente por el demandado, éste en el mismo escrito otorgó poder a un abogado titulado quien firmó al pie y declaró aceptar el mandato, lo cual significa que hizo suya la actuación de su representado.

3.—De otro lado, el patrocinio judicial por quien no es abogado inscrito, ninguna incidencia tiene en la relación jurídica sustancial materia de la decisión, y sólo da lugar a sanciones disciplinarias contra el Juez que la acepta en el proceso.

4.—La indebida aplicación de un texto legal no se produce porque el Tribunal deje de apreciar una prueba, sino en el caso de que su inactividad lo conduzca a un error de hecho manifiesto o a un error de derecho.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., seis de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

La señora Sara Isabel Dita, invocando la calidad de madre natural de Camilo de Avila, promovió juicio ordinario, por la vía laboral, ante el Juez Civil del Circuito de Ciénaga, contra Pedro Cuello Acosta, para que por sentencia se le condene al pago de la suma de $ 8.280.00 a título de indemnización por accidente de trabajo sufrido por el nombrado Avila e intereses legales sobre la suma expresada, desde el 3 de noviembre de 1955 hasta el día del pago, más las costas del juicio.

Refiere la demanda que Camilo de Avila prestó servicios personales dependientes a Pedro Cuello Acosta, mediante contrato verbal de trabajo, desde principios de 1955 hasta el 3 de noviembre del mismo año, en fincas de propiedad del demandado. El salario convenido fue la suma de $ 345.00 mensuales. El 3 de noviembre de 1955 de Avila sufrió un accidente de trabajo, hallándose en ejercicio de sus funciones de empleado, a causa del cual falleció; que la actora es madre natural del trabajador, con derecho a que se le pague por el patrono la indemnización que reclama.

En derecho la demanda cita el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y los artículos 22, 23, 24 y concordantes del C.S.T.

La respuesta a la demanda niega el accidente de trabajo pero lo acepta al responder el hecho 7º, manifestando al 8º que el accidente fue de tránsito. No son ciertos los demás hechos o no le constan al demandado.

Tramitado el juicio en primera instancia, ter-

minó por sentencia de fecha 9 de junio de 1958. La providencia absuelve al demandado de todos los cargos y le impone las costas a la actora.

Apeló la parte vencida. Decidió la relación de segundo grado el Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Laboral, por sentencia de fecha 28 de octubre de 1958. Su parte resolutiva (numeral 1º) revoca la de primer grado y, en su lugar (numeral 2º) condena a Pedro Cuello Acosta a pagar a Sara Isabel Dita la suma de $ 1.440.00 como indemnización por muerte de Camilo de Avila, ocurrida en accidente de trabajo, y condena al demandado en las costas de ambas instancias.

Recurrió en casación Pedro Cuello Acosta. El Tribunal le concedió el recurso y preparado en debida forma por la Sala, se decide a continuación.

EL RECURSO

Aspira el recurrente a que la Corte infirme la sentencia del Tribunal y, en su lugar, confirme la absolutoria de primer grado.

Invoca el recurso la causal primera de casación. El alegato que lo sustenta dice que impugna la sentencia de segunda instancia en la siguiente forma:

a) Camilo de Avila, muerto en accidente de tránsito, lo provocó deliberadamente o por su culpa al dormirse a la vera de la carretera Santa Marta-Río Magdalena, lo cual demuestra que el accidente no se produjo por causa del trabajo. Fue, talvez, obra de la fatalidad. En esta forma viola la sentencia el artículo 199 del C. S. T.

b) Echó de menos el sentenciador la nulidad consistente en que contestó la demanda Pedro Cuello Acosta sin ser abogado inscrito, por lo cual incurrió en error de derecho por omisión de lo mandado por el artículo 33 del C.P.L.

c) Pedro Cuello Acosta es empresario agrícola, "lo que implica que el fallo fue dictado dándole indebida aplicación al artículo 195 del Código del Trabajo". Consta en el expediente que el demandado presentó oportunamente la prueba de su patrimonio, que la sentencia no tuvo en cuenta. "Igual alegación podría hacerse en lo relativo al hecho de haberse dejado de apreciar la prueba que arrojan las planillas presentadas por el demandado donde se demuestra que mi representado no paga en su finca, por concepto de sueldos y jornales, suma que alcance a $ 1.000.00".

SE CONSIDERA:

No indica el recurrente si el artículo 199 del C.S.T. fue violado de modo directo, por aplicación indebido o por interpretación errónea, como lo exige la ley, o si el quebranto de la norma se produjo a causa de error de hecho o de derecho en la estimación probatoria.

Sobre el punto no satisface el cargo los requisitos de que se ha hecho mérito, cuya omisión no le permite a la Corte su estudio. Tal es la doctrina sentada por ella en jurisprudencia reiterada y constante.

En cuanto al error de derecho de que trata el literal b), observa la Sala que en el escrito de respuesta a la demanda Pedro Cuello Acosta confirió poder al doctor Pedro Angulo Maz para que lo represente en el juicio, obrando al pie de él (fl. 11) la firma del apoderado y la declaración de éste de que acepta el mandato, lo cual significa que hizo suya la actuación de su representado. No se trata, pues, de ejercicio de la profesión de abogado por quien no tiene postulación para pedir, ni cabe hablar por tanto de nulidad de la actuación por hechos que no han tenido ocurrencia.

De otro lado, el patrocinio judicial por quien no es abogado inscrito, ninguna incidencia tiene en la relación jurídico-sustancial materia de la decisión y sólo da lugar a sanciones disciplinarias contra el Juez que la acepta en el proceso, según normas de la Ley 69 de 1945.

No es estimable la acusación que bajo el literal c) formula el recurrente.

La indebida aplicación de un texto legal no se produce porque el Tribunal deje de apreciar una prueba, sino en el caso de que su inactividad lo conduzca a un error de hecho manifiesto o a un error de derecho, y el recurrente nada dice sobre el particular. Además, si de un error se trata, debe éste demostrarse, como lo previene la ley orgánica del recurso extraordinario y, en tal sentido, la acusación no expone razón alguna.

Por lo expuesto no se reciben los cargos.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Laboral.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto De Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE PRESTACIONES LABORALES. — EL SECUESTRE COMO PATRONO

Recurso de casación contra una sentencia que negó las pretensiones de quien había administrado unas minas de carbón. La falta de legitimación pasiva en causa determinó la absolución acusada. Esfuerzos del recurrente por demostrar errores de hecho y violación de normas sustantivas. Naturaleza jurídica del secuestro. El secuestro y el mandato. Contratos de trabajo celebrados con el secuestre como patrono.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS:

1.—Es sólo ahora, en casación, cuando el representante de la parte actora invoca formalmente la representación patronal, la solidaridad y la intermediación, para acusar a la sentencia de no haberla dado aplicación a las normas que las establecen, es decir, que se trata de un clásico medio nuevo, inadmisible en casación.

2.—Los servicios o funciones del secuestre no requieren ni conllevan la facultad de representar y obligar a los depositantes, respecto de terceros. Y ello vale aunque la cosa secuestrada sea un inmueble que deba administrarse, o una fábrica o establecimiento industrial o agrícola, etc., pues, para tales eventos, la ley se limita a conceder al secuestre algunas facultades administrativas y a imponerle ciertos deberes especiales, pero sin atribuirle la representación por otro.

3.—Para que haya mandato no basta que una persona se obligue a hacer una cosa para otra, sino que es necesario que haga o realice el negocio por cuenta y riesgo de quien le confía la gestión, ya que éste es elemento esencial del mandato representativo.

4.—El secuestre no es un empleado al servicio de los individuos que se disputan la cosa depositada en sus manos, luego legalmente no puede asumir la representación de los depositantes.

5.—No establece la ley que el secuestre sea representante legal de los individuos que se disputan la cosa depositada judicialmente, y es obvio que tampoco es representante convencional de ellos, cuando quiera que el secuestre se haya constituido por virtud de decisión judicial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., ocho de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

José Rodulfo Poveda Forero, por conducto de apoderado, demandó a las señoritas María de Jesús Cruz y Lucrecia Cruz, para que, previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo, fueran condenadas a pagarle las sumas de: $ 1.620.00 por auxilio de cesantía, $ 720.00 por vacaciones causadas y no disfrutadas, $ 840.00 por concepto de prima de servicio, "los salarios caídos" comprendidos entre la fecha de la terminación del contrato y aquella en que se efectúe el pago de lo debido y las costas del juicio.

Para sustentar sus pretensiones relató los si-

guientes hechos: que desde el día 7 de diciembre de 1946, hasta el 10 de septiembre de 1953, prestó sus servicios como Administrador de las minas denominadas "El Tablazo", de propiedad de las señoritas María de Jesús y Lucrecia Cruz; que durante los últimos meses de servicio devengó un jornal diario de $ 8.00; que las demandadas no le dieron las vacaciones a que tenía derecho, ni le han pagado la prima de servicios correspondiente a los años de 1950, 1951, 1952 y primer semestre de 1953, ni el auxilio de cesantía que le corresponde; que sólo le dieron, en el año de 1951, una prima equivalente a una semana de salarios y otra de dos semanas de salarios, en el año de 1952; que habiendo fracasado en sus gestiones de cobro hizo comparecer a la demandada María de Jesús Cruz ante el Departamento Nacional de Asuntos Campesinos, en donde aquélla aceptó pagar las prestaciones de los trabajadores que prestaron sus servicios en las minas de El Tablazo, y finalmente, que las demandadas no le han cancelado el valor de las prestaciones que reclama.

En derecho se funcó en los artículos 65, 186, 249, 253, 306 del C. S. del T. y el Decreto 2158 de 1948.

Las demandadas no dieron respuesta a la demanda, en su oportunidad legal, pero en la primera audiencia de trámite, por médio de apoderado, propusieron las excepciones de "inepta demanda" y prescripción.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el sexto del Trabajo de Bogotá, en su fallo de 24 de enero de 1957, declaró no probadas las excepciones propuestas, condenó a las demandadas a pagar al actor la suma de $ 1.640.00 por concepto de cesantía, más la cantidad de $ 8.00 diarios a partir del 11 de septiembre de 1953 y hasta cuando se verifique el pago, por concepto de "salarios caídos"; las absolvió de los demás cargos de la demanda y las condenó en costas.

Dicho fallo fue apelado por la parte demandada. Correspondió decidir del recurso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia de fecha 24 de octubre de 1957, mediante la cual revocó en todas sus partes la de primer grado, absolvió a las demandadas de todos los cargos consignados en el escrito de demanda y condenó en costas al actor.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el apoderado del actor. Admitido y tramitado legalmente, la Corte pasa a decidirlo previo estudio de la demanda que lo sustenta.

EL RECURSO

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Lo declara así: "Con el recurso interpuesto aspiro a que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, case la sentencia recurrida y convirtiéndose en Tribunal de instancia condene a las demandadas a pagar a favor de José Rodulfo Poveda, las sumas de dinero, que el Juzgado de primera instancia ordenó pagar a mi poderdante por concepto de cesantía y salarios caídos, y además, las sumas correspondientes por concepto de vacaciones y primas de servicios".

CARGO UNICO

Con base en la causal 1ª del artículo 87 del C. de P. L. presenta un cargo contra la sentencia recurrida. La acusa de ser violatoria, indirectamente, de los artículos 2273, 2279 y 2281 del C. C. en relación con los artículos 32, 34, 35, 65, 249, 306 y 188 del C. S. T., por falta de aplicación, como consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el Tribunal por haber apreciado equivocadamente unas pruebas y haber dejado de apreciar otras.

Como pruebas apreciadas equivocadamente señala: Acta de folio 5; declaración de Luis Joaquín Camacho (fls. 25 a 27); diligencia de secuestro (fls. 66 a 67); diligencia de entrega que hace el secuestre (fls. 68 a 71) y la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito (fls. 103 a 118).

Como pruebas dejadas de apreciar indica: Declaración de Hernando Rodríguez (fls. 27 a 29); posiciones absueltas por María de Jesús Cruz (fls. 34 a 35); declaración de Plinio Prieto (fls. 39 a 40) y el memorial de folios 72 a 74.

Como errores de hecho, anota: "a) Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor no estuvo ligado por un contrato de trabajo con las demandadas; b) Dar por demostrado, sin estarlo, que el secuestre contrató a mi poderdante, y a los demás trabajadores de la mina, en su propio nombre; c) No dar por demostrado, estándolo, que mi poderdante prestó sus servicios inicialmente a los señores Rafael y Vicente Jiménez y luego siguió trabajando bajo las órdenes del secuestre señor Luis Joaquín Camacho; d) No dar por demostrado, estándolo, que fueron las demandadas las que recibieron las minas materia del litigio, de manos del secuestre y que le exigieron rendición de

cuentas; e) No dar por demostrado, estándolo, que las demandadas son las dueñas de las minas en donde prestó sus servicios mi poderdante, y por ende, son responsables del pago de las prestaciones de los trabajadores; f) No dar por demostrado, estándolo, que si las demandadas ofrecieron pagar el valor de las prestaciones de todos los trabajadores que prestaron sus servicios en las minas 'El Tablazo', es porque eran propietarias de las minas, y por ende, tenían la obligación de pagar dichas prestaciones".

En el desarrollo del cargo y luego de citar los arts. 32, 34 y 35 del C.S.T., manifiesta que con base en las anteriores disposiciones se desprende que existe contrato de trabajo entre el trabajador que presta sus servicios y el dueño de la obra aunque éste no lo haya contratado personalmente y que, además, el beneficiario del trabajo, es solidariamente responsable, aun con el contratista independiente.

Dice que en el caso sub-judice, se tiene que el actor, prestó sus servicios inicialmente a los señores Rafael y Vicente Jiménez en las minas de "El Tablazo" y, luego, bajo la dependencia del secuestre señor Luis Joaquín Camacho, pero que el Tribunal al dejar de apreciar la declaración de Hernando Rodríguez, llega a la conclusión errónea de afirmar que se ignora quién lo contrató, y que no existe en el informativo prueba alguna que indique quiénes eran los propietarios de los terrenos en los cuales estaban las minas, lo que está en contradicción flagrante con las probanzas que obran en los autos.

Para sustentar esto, cita apartes de la declaración de Hernando Rodríguez, de la sentencia del Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, y de las diligencias de secuestro, y con apoyo en esas pruebas, manifiesta que ellas acreditan que el actor trabajó primero para los señores Jiménez y luego para el secuestre, señor Camacho.

Luego de transcribir el artículo 2273 del C. C., agrega que siendo el secuestro un depósito y estando el depositario en la obligación de restituir la cosa depositada a la persona que obtenga decisión en su favor, no puede afirmarse, como lo hace el Tribunal, que el señor Luis Joaquín Camacho haya contratado los trabajadores en su propio nombre, puesto que él lo hacía en calidad de secuestre nombrado por el Juzgado, quien además debía rendir cuentas al que ganara el litigio al tenor del artículo 2279 del C. C., en armonía con el artículo 2281 ibidem, que en el caso de autos fueron las demandadas Cruz.

SE CONSIDERA:

El fundamento principal de la decisión absolutoria del Tribunal se apoya en la estimación de que el contrato de trabajo no fue celebrado entre las demandadas y el actor, por lo que aquéllas no están obligadas a responder de lo que se demanda. El ad-quem después de efectuar el análisis probatorio de algunas piezas procesales, y especialmente la declaración de Luis Camacho García, expresa lo siguiente: "De lo anterior se tiene: que no está demostrado que el demandante en 1946 cuando comenzó a prestar servicios en las minas que motivaron el litigio, de que antes se dio cuenta, hubiera sido contratado con las demandadas (sic). Al contrario, lo que está probado es que éstas se convirtieron en propietarias de las minas seis meses después de que aquél dejó de laborar puesto que ya se vio que el secuestre prescindió de los servicios de los trabajadores de las minas en septiembre de 1953 y la entrega judicial de las mismas, a las señoritas Cruz solamente se efectuó en marzo de 1954. Por otra parte se demostró, con la propia afirmación del secuestre, que éste obraba independientemente de las demandadas, no recibía órdenes de ellas y contrataba a los trabajadores por su cuenta y riesgo. Por último, es pertinente hacer ver que el secuestre de un inmueble tiene relativamente a su administración, las facultades y deberes de mandatario, y como tal puede en ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre, caso éste en el cual no obliga respecto de terceros al mandante. De manera que en el caso sub-judice se llega a la conclusión de que se demandó a personas distintas de las obligadas a responder por la cosa o hecho que se demanda, configurándose, en consecuencia, lo que la doctrina ha denominado la falta de legitimación en causa pasiva".

De la forma como el recurrente plantea la acusación se aprecia que ella está dirigida a demostrar que en el caso sub-lis sí hubo contrato de trabajo entre el actor y las demandadas, en virtud de lo que establecen los artículos 32 y 34 del C. S. T. Aunque en el desarrollo del cargo, no emplea la debida claridad y precisión para demostrar la tesis que plantea con relación a cada una de las normas legales que, en su concepto, la sustentan, su argumentación puede sintetizarse, así: Que en el expediente está demostrado, a través de las pruebas que señala como dejadas de apreciar y como erróneamente apreciadas, que el demandante Poveda prestó sus servicios como Ad-

ministrador de las minas denominadas "El Tablazo", que pertenecen actualmente a las demandadas: que fue contratado inicialmente por Rafael y Vicente Jiménez quienes venían explotando dichas minas de carbón; que habiéndose decretado el secuestro de esas minas dentro de un juicio ordinario promovido por las demandadas en este juicio contra los nombrados Jiménez, el Juzgado del conocimiento designó como secuestre al señor Luis Joaquín Camacho, quien lo nombró Administrador de las minas y a cuyas órdenes siguió trabajando hasta el día 10 de septiembre de 1953, en que el secuestre suspendió los trabajos. Que terminado el juicio ordinario a que se ha hecho referencia, las demandadas Cruz recibieron del secuestre las minas materia del litigio y le exigieron rendición de cuentas. Que Luis Joaquín Camacho no pudo contratar en su propio nombre al trabajador José Rodulfo Poveda, puesto que lo hacía en su calidad de secuestre nombrado por el Juzgado. De todo lo anterior deduce que siendo las demandadas Cruz las favorecidas con la sentencia en el juicio civil y a quienes el secuestre les entregó las minas, son ellas las llamadas a responder de las prestaciones que el demandante reclama, aunque ellas personalmente no lo hubieran contratado, pues que ésta es la consecuencia directa de lo preceptuado por el artículo 32 del C.S.T. y por el 34 ibidem, en cuanto esta norma dispone que el beneficiario o dueño de la obra responde solidariamente del valor de las prestaciones. Que, a consecuencia de los errores de hecho que indica, el Tribunal violó los artículos 2273, 2279 y 2281 del C. C. y las demás disposiciones del C.S.T. que el cargo menciona.

Antes de examinar la juridicidad de los planteamientos que hace el recurrente y de deducir su posible aplicación a los hechos probados en el juicio, la Sala debe anotar, que en la demanda inicial el actor, al formular sus pretensiones no adujo como fundamento el fenómeno jurídico de la representación patronal de que trata el artículo 32 del C.S.T., ni invocó en su favor la solidaridad legal que se establece por el artículo 34 ibidem entre el contratista independiente y el beneficiario del trabajo, dueño de la obra o base industrial, por lo que hace al valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores; ni expresó que la persona que lo contrató obraba como intermediario de las demandadas, según lo previsto por el artículo 35 de la misma obra. Ni en los hechos, ni como fundamentos de derecho fueron invocadas por el demandante las hipótesis legales y los fenómenos jurídicos previstos por las mencionadas disposiciones del C. S. T. Es sólo ahora, en casación, cuando el representante de la parte actora invoca formalmente la representación patronal, la solidaridad y la intermediación, para acusar la sentencia de violar las normas legales que las establecen, por no haber recibido aplicación en la sentencia. Como se aprecia, se trata de un clásico "medio nuevo" inadmisible en casación. Sin embargo, la Sala por amplitud estudia el cargo.

LA REPRESENTACION PATRONAL

Sugiere el recurrente que habiendo trabajado el demandante Poveda como administrador de las minas de carbón de "El Tablazo" a virtud de nombramiento que le hizo el secuestre de las mismas Luis Camacho García, éste representó a las demandadas de apellido Cruz, al tenor de lo preceptuado por el artículo 32 del C. S. T., que por consiguiente era aplicable al caso de autos.

LA SALA OBSERVA:

El artículo 32 invocado, preceptúa:

"Son representantes del patrono y como tales lo obligan frente a sus trabajadores, además de quienes tienen ese carácter según la ley o los reglamentos de trabajo, las siguientes personas: a) Los empleados al servicio del patrono que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejerciten actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del patrono; b) Los simples intermediarios".

En materia laboral, al igual de lo que ocurre en otras ramas del Derecho, operan como institución los principios de la representación en sus aspectos procesal y sustancial. Por lo que hace a esta última, la norma transcrita antes la establece, en cuanto estima eficaz y admisible la representación patronal no sólo por las personas que de ordinario y conforme al derecho común o los reglamentos de trabajo tienen ese carácter, sino también por determinados empleados al servicio del patrono que ejerzan las funciones y actos a que se refiere la disposición en cita. Considera, además, la representación a través de los simples intermediarios.

El artículo 2273 del C. C. dice que "el secues-

tro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor. El depositario se llama secuestre".

Resulta de esta norma que el secuestro es una providencia conservatoria: depósito de una cosa en manos de un tercero, hecho amigablemente o por orden judicial (artículo 2270 C. C.). En este evento el secuestro se origina en la decisión del Juez en que se constituye y se extingue con la que pone fin a tal estado. El principal deber del secuestre es el de guardar y restituir la cosa depositada al adjudicatario que haya obtenido una decisión a su favor. Su actividad está regulada, de manera general, por las normas que rigen el depósito propiamente dicho (artículos 2240 a 2259 del C. C.), salvas las disposiciones de los artículos 2275 a 2281 ibidem, y por lo que establecen las reglas de procedimiento (artículos 273 a 296 del C. J.). Ahora bien, teniendo el secuestro por objeto y fin principal la custodia y restitución de una cosa, es lógico concluír que los servicios o funciones del secuestre no requieren ni conllevan la facultad de representar y obligar a los depositantes respecto de terceros.

No se destruye la anterior afirmación por la circunstancia de que la cosa secuestrada sea un inmueble, o porque se trate de una fábrica, o de un establecimiento industrial o agrícola, de una nave, o de efectos destinados para la venta en almacén, o de créditos, derechos, bienes comunes o frutos pendientes, o de cosa fungible, o que pueda dañarse o sufrir deprecio, merma o deterioro, pues, para tales eventos, la ley se limita a concederle al secuestre algunas facultades administrativas y a imponerle además de ciertos deberes especiales, el cumplimiento de los que corresponden a los mandatarios remunerados, según las previsiones contenidas en los artículos 2279 del C. C. y 287 del C. J., pero sin atribuírle la representación por otro. En efecto, esos deberes se traducen en obligaciones de hacer, por parte del secuestre, que pueden redundar en beneficio de quienes se disputan el depósito que se le ha confiado, pero sin que la concurrencia de tales actividades lo convierta en un verdadero mandatario, puesto que el elemento preponderante de su relación, que domina todas las demás, continúa siendo la obligación de custodia y conservación de la cosa que se le ha confiado.

Cuando el bien secuestrado es un inmueble, el artículo 2279 del C. C. que le impone deberes al secuestre, le confiere también algunas facultades, pero ellas están referidas exclusivamente a los actos de administración y son las que corresponden naturalmente a los mandatarios según el artículo 2158 de la misma obra. Se comprende que para realizar tales actos de administración puede el secuestre comprar los materiales y elementos requeridos y contratar el personal necesario para la conservación de las cosas que administra, o para no interrumpir las labores o el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas o de otros objetos de industria que se le hayan depositado. Y como consecuencia de lo anterior, se entiende que debe efectuar el pago de los materiales, lo mismo que el de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que corresponden a los trabajadores, y presentar, al tiempo de rendir cuentas, la comprobación de tales gastos. De esta suerte, los derechos de terceras personas, que tengan su origen en los actos realizados por el secuestre durante el desempeño de su cargo, deben hacerse valer ante él, ya sea judicial o extrajudicialmente, pues por el hecho de que la ley, para el mejor desempeño de sus funciones, le atribuya algunas de las facultades que corresponden a los mandatarios, no por ello cambia la naturaleza de su relación jurídica de secuestre, para convertirla en mandato. Para que haya mandato no basta que una persona se obligue a hacer una cosa para otra, porque esta obligación se encuentra en toda relación jurídica que tenga por objeto un hecho. Es necesario que el que se hace cargo de un negocio lo haga o realice "por cuenta y riesgo" de quien le confía la gestión, para que exista la representación, pues tal exigencia constituye la esencia del mandato representativo.

El secuestre tampoco es un "empleado" al servicio de los individuos que se disputan la "cosa" depositada en manos suyas, por lo que se concluye que legalmente no puede asumir la representación de los depositantes, en el caso del secuestro judicial, para obligarlos conforme a lo previsto en el literal a) del artículo 32 del C. S. T.

Por lo demás, es de advertir que ni el artículo 62 del C. C., ni el 32 del C. S. T. establecen que el secuestre sea "representante legal" de los individuos que se disputan la cosa depositada judicialmente. Tampoco es su representante convencional, porque el secuestro, en este caso, se origina no en la voluntad de las partes sino en la decisión judicial que lo constituye. No siendo su representante legal ni convencional, no puede aceptarse, como pretende el recurrente, que los

actos que ejecuta el secuestre se consideren como realizados por los depositantes judiciales.

Se concluye de lo anterior que para el caso de autos, ninguna aplicación podían tener los artículos 2273, 2279 y 2281 del C. C., ni el 32 del C. S. T., por lo que no pudieron ser infringidos por el sentenciador, al dejar de aplicarlos.

Arguye el recurrente que el Tribunal violó el artículo 34 del C. S. T. porque no lo aplicó al caso de autos, al abstenerse de condenar a las demandadas con base en la "solidaridad" allí prevista.

Para resolver este aspecto de la acusación la Sala estima aplicable al caso de autos, lo que tuvo oportunidad de expresar en la sentencia de casación de fecha 23 de septiembre de 1950 proferida en el juicio promovido por Luis A. Flórez contra la sociedad "Leonidas Lara e Hijos, Limitada", Sucursal de Cúcuta, al dar a conocer el contenido y alcance del precepto citado. Allí, luego de transcribir el artículo 34, se dijo:

"Dos relaciones jurídicas contempla la norma transcrita, a saber: a) Una entre la persona que encarga la ejecución de una obra o labor y la persona que la realiza; y b) Otra entre quien cumple el trabajo y los colaboradores que para tal fin utiliza.

"La primera origina un contrato de obra entre el artífice y su beneficiario, y exige la concurrencia de estos requisitos: que el contratista se obligue a ejecutar la obra o labor con libertad, autonomía técnica y directiva, empleando en ella sus propios medios y asumiendo los riesgos del negocio, y de parte del beneficiario, que se obligue a pagar por el trabajo un precio determinado.

"La segunda relación requiere el lleno de las condiciones de todo contrato de trabajo, que detalla el artículo 23 del estatuto laboral sustantivo.

"El primer contrato ofrece dos modalidades, así: 1º La obra o labor es extraña, a las actividades normales de quien encargó su ejecución; y 2º Pertenece ella al giro ordinario de los negocios del beneficiario del trabajo. En el primer caso el contrato de obra sólo produce efectos entre los contratantes: en el segundo, entre estos y los trabajadores del contratista independiente.

"Según lo expuesto, para los fines del artículo 34 del C. del T., no basta que el ejecutor sea un contratista independiente, sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ellas, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal.

"Quien se presente, pues, a reclamar en juicio obligaciones a cargo del beneficiario, emanadas de un contrato laboral celebrado con el contratista independiente, debe probar: el contrato de trabajo con éste; el de obra entre el beneficiario del trabajo y el contratista independiente; y la relación de causalidad entre los dos contratos en la forma ya explicada. Son esos los presupuestos del derecho que en favor del trabajador establece la disposición legal en examen".

Más adelante, se dijo: "La acción que en favor del trabajador establece la disposición legal no requiere, para su prosperidad, que en la celebración del contrato laboral intervenga el beneficiario de la obra o labor, como lo entiende el recurrente, pues al tenor del precepto, patrono del trabajador no es el beneficiario sino el contratista independiente. La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley; ésta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos: los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación de causalidad entre las dos figuras jurídicas, explicada antes, son los presupuestos de la solidaridad instituída en la previsión legal mencionada".

La demanda de casación al invocar la violación del artículo 34 del C. S. T. coloca al señor Luis Camacho García, secuestre de las minas de "El Tablazo" en donde prestó sus servicios el demandante José Rodulfo Poveda, como un contratista independiente de las demandadas María de Jesús y Lucrecia Cruz, pues de otra manera no se ve cómo pueda invocarse por el actor la solidaridad que el precepto establece. Así las cosas, ocurre que las pruebas señaladas por el recurrente como erróneamente apreciadas y las que indica como dejadas de apreciar por el Tribunal, no prueban los supuestos de hecho que estructuran la solidaridad legal al tenor del artículo 34 en cita.

En efecto, no existe prueba alguna que acredite la existencia de una relación jurídica celebrada entre las demandadas y el señor Luis Camacho García por medio de la cual éste se hubiese encargado de ejecutar en beneficio de aquéllas una obra o labor determinada. Faltando el contrato de obra, no puede resultar la figura del contratista independiente, ni deducirse una solidaridad

que carece de los presupuestos legales para que pueda operar.

Tampoco resulta de las pruebas aportadas al juicio y que el cargo señala, la figura jurídica del simple intermediario, a que se refiere el artículo 35 del C .S. T. para deducir de allí la representación patronal que consagra el literal b) del artículo 32 ibidem. Lo que aparece demostrado es que el señor Luis Camacho García cuando entró a desempeñar sus funciones de secuestre de las minas de carbón denominadas "El Tablazo" en el año de 1948, encontró allí como trabajador al demandante Poveda a quien, posteriormente, encomendó las funciones de administrador, cargo que éste desempeñó hasta el mes de septiembre de 1953, fecha muy anterior a la en que el secuestre restituyó el depósito a las demandadas en este juicio.

Lo anterior es suficiente para rechazar el cargo, pues la Sala no halla demostrados los errores de hecho que se atribuyen a la sentencia del Tribunal, ni resultan violadas las normas legales sustantivas que el recurrente considera infringidas. El cargo 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, materia de esta impugnación.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, 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. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACCIDENTE DE TRABAJO

No se casa la sentencia que despachó desfavorablemente una reclamación sobre indemnización por accidente de trabajo. Trátase de un empleado oficial que alega haber sufrido, en un accidente, una lesión irreparable de la vista. Graves omisiones en la demanda de casación formulada por el actor.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS:

1.—La Corte no puede suplir la actividad que corresponde exclusivamente al recurrente, a saber, precisar cuáles son los errores de hecho que le imputa a la sentencia y proceder a demostrarlos.

2.—Tratándose de un trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo, sus relaciones jurídicas de derecho individual no se rigen por las normas del Código Sustantivo Laboral, sino por normas especiales, vigentes conforme a lo mandado por el artículo 492 del mismo código.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., nueve de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

Elías José Menassaz promovió, por medio de apoderado, juicio ordinario laboral contra el Departamento de Bolívar y la Industria Licorera de Bolívar para que, por sentencia definitiva, se les condenase a pagarle lo que corresponda como indemnización por accidente de trabajo sufrido mientras se encontraba al servicio de la citada Industria con el cargo de Contador-jefe.

Fundamentó la anterior petición con los hechos que a continuación se sintetizan:

Que desde hacía varios años venía desempeñando las funciones de Contador-jefe de la Industria Licorera de Bolívar, con una remuneración mensual de $ 1.000.00, proveniente de un sueldo básico de $ 900.00 y una sobre-remuneración de $ 100.00; que se trataba de una labor delicada que él atendía como especialista en esa rama del comercio; que en los primeros días de noviembre de 1955, fue encargado interinamente del depósito oficial, otra de las dependencias de la Industria demandada, hasta fines de diciembre del mismo año; que debido al tiempo que tuvo que emplear para cumplir con las funciones del anterior cargo, la contabilidad de la Industria se atrasó, por lo cual se vio obligado a trabajar horas extras para "poner los libros al día"; que los empleados de contabilidad eran llevados a almorzar en un vehículo de la Industria, generalmente en el bus destinado al reparto de obreras; que a mediados del mes de enero de 1956, tomó el bus que debía llevarlo a almorzar, con los demás empleados, pero que en el trayecto el conductor para evitar un accidente de tránsito se vio obligado a frenar repentinamente el vehículo, sufriendo el actor un fuerte golpe en la cabeza "que inmediatamente le obnubiló la visibilidad"; que en un principio no le dio importancia a la lesión, pero tan pronto empezó a notar la disminución de la capacidad visual en el ojo derecho, se presentó donde el médico de la Industria Licorera, quien luego de atenderlo por algún tiempo, le ordenó consultara a un especialista oftalmólogo, el que después de tratarlo, le prohibió seguir desempeñando su profesión de contador u otra similar; que posteriormente ha sido tratado por médicos de la Indus-

tria Licorera y que de conformidad con las certificaciones de los especialistas, padece, a consecuencia del golpe recibido, una lesión de carácter permanente e irreparable en el órgano de la vista, que lo imposibilita para seguir ejerciendo su profesión; que no obstante haber solicitado a la Gerencia de la Industria Licorera la cancelación de la indemnización correspondiente, ésta no lo ha hecho; que como inmediatamente después del accidente no se levantó el acta correspondiente por cuanto no se midió la gravedad de la lesión, se llenó este requisito con una prueba supletoria consistente en los testimonios de las personas que presenciaron el hecho.

En derecho se basó en: Decreto-ley 881 de 1946, Ley 6ª de 1945 y Decretos reglamentarios, artículos 199, 209, 210 y concordantes del C. S. del T. y en el artículo 25 y concordantes del C. de P. L.

En la primera audiencia de trámite, la parte actora adicionó la demanda para solicitar, en subsidio de la petición principal, un "auxilio de enfermedad profesional o auxilio por enfermedad simplemente". En cuanto a los hechos, agregó: que laboró en horas extras porque la Gerencia le exigía "que estuviese al día la contabilidad", para lo cual era necesario trabajar tiempo adicional; y que, fueron muchas las veces, que tanto él como los demás trabajadores que laboraban horas extras, fueron llevados de la Industria a sus casas o viceversa, en vehículos de aquélla, por orden del Jefe de la Sección de Transportes, comisionado por la Gerencia.

El Departamento de Bolívar y la Industria Licorera de Bolívar, constituyeron un mismo apoderado, quien en el escrito de respuesta a la demanda y en la audiencia de trámite, niega los hechos fundamentales del libelo inicial y de la corrección de la misma; acepta algunos de ellos y solicita que la parte actora sea condenada a pagar las costas del juicio, pues considera temeraria la acción.

El Juzgado del conocimiento, Segundo del Trabajo de Cartagena, decidió la litis por sentencia de fecha 31 de julio de 1957, absolviendo a la parte demandada y condenando en costas a la actora.

El apoderado del demandante interpuso el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, que en segunda instancia y por sentencia de 3 de diciembre de 1957, decidió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena —Sala Laboral— confirmando en todas sus partes el fallo apelado.

La parte vencida interpuso el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, que le fue concedido. Admitido y tramitado en forma legal, la Sala pasa a decidirlo, previo estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de réplica correspondiente.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Persigue el recurrente que se case totalmente el fallo impugnado, "para que en su lugar la Corte dicte la sentencia consiguiente y se acceda en un todo a los pedimentos del actor".

Se acoge a la causal de casación consignada en el numeral 1º del artículo 87 del C. de P. L.

CARGO UNICO

Bajo el título de "Motivos de casación" lo expone así:

"Alego el primero de los establecidos en el artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, por violación de la ley sustantiva a través de errores de hecho por mala apreciación y falta de apreciación de algunas pruebas, dejando de aplicarla, siendo el caso, y por infracción directa de esa misma ley, debiendo haberla aplicado y absteniéndose de hacerlo, siendo el caso".

Al finalizar la demanda, expresa: "De todo lo anterior resulta demostrado: que el Tribunal Superior de Cartagena violó el artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con la definición que de accidente de trabajo traen el artículo 199 de la misma obra y el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, a consecuencia del error de hecho que emana de haber estimado equivocadamente las declaraciones testimoniales, lo que condujo a dejar de aplicar, siendo el caso, la norma sustantiva que define el accidente de trabajo, y como consecuencia los demás artículos que imponen el pago de las prestaciones que de tal acontecimiento se derivan".

Para sustentar la acusación, el recurrente luego de transcribir los artículos 12 de la Ley 6ª de 1945 y 199 del C. S. del T., manifiesta que la interpretación que se ha dado a esta última norma sirve para fijar el contenido y alcance de la primera, puesto que las definiciones de ambas sobre lo que deba entenderse por accidente de trabajo, son sustancialmente las mismas. Cita una jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en que se dice que "para que pueda darse por ocurrido un accidente por causa y con ocasión del trabajo", debe producirse en el lugar y

en las horas ordinarias de labores del trabajador de que se trate o existir un vínculo o conexión directa entre el suceso y la labor que se está cumpliendo". Agrega "que está plenamente establecido que el demandante desempeñaba labores oficiales y horas extras"; que iba a su casa en un vehículo de la empresa y manejado por un empleado de la misma y que "el suceso ocurrió sin culpa o imprevisión de la víctima"; que "evidentemente el accidente no ocurrió en los locales u oficinas oficiales, pero no se puede desconocer que el hecho de ser acarreado el empleado por dependientes de su empresario y en un bus del mismo, indica que en esos momentos se hallaba en un sitio que es una prolongación del local de sus labores". Arguye que el Tribunal "creyó que era el caso del accidente in itinere, en que no hay relación, como dicen los doctrinantes, entre el trabajo y la ocurrencia fatal, ni con la autoridad del patrono, ni está en las posibilidades de éste el evitarlo. Esto es obvio. Pero no hay que olvidar que esta regla sigue teniendo excepciones entre las cuales vale la pena anotar: a) de que el jefe de la empresa haya tomado a su cargo el transporte de los trabajadores; a) de que el trabajador hubiera estado encargado de hacer, durante el camino, una comisión en interés de la empresa".

Concluye manifestando que "el Tribunal dejó de aplicar, siendo del caso hacerlo, y desechó sin fundamento las declaraciones de los testigos presenciales del accidente, señores Luis C. González y Leopoldo Castellar Pacheco". Que lo mismo ocurrió con el testimonio del conductor Francisco Antonio del Risco y con la declaración de Alfredo Amín, antiguo Gerente de la Industria Licorera de Bolívar "quien reconoce explícitamente que el señor Menassaz era transportado por orden de la Gerencia hasta su casa, como a muchos otros empleados".

SE CONSIDERA:

Estima la Sala que el cargo en la forma como lo presenta y desarrolla el impugnador, adolece de graves deficiencias de orden técnico y legal, que lo hacen inestimable. En efecto, el recurrente no indica ni precisa cuáles fueron los errores de hecho en que incurrió el sentenciador como consecuencia de equivocada apreciación de la prueba testimonial a que se alude en el cargo. Porque siendo el error de hecho la noción o creencia equivocada de que una cosa ha sucedido o de que no ha acontecido un hecho realmente sucedido y manifiestamente demostrado no puede aceptarse que esa noción se estructure y tome forma con sólo afirmar que en él se ha incurrido por la mala apreciación o la falta de apreciación de determinadas pruebas. Ello equivaldría a confundir lamentablemente la causa con el efecto. La falta de apreciación o la equivocada estimación de las pruebas pueden sí originar un error de hecho o de derecho en el juicio del fallador, que si es manifiesto y tiene incidencia en la decisión, puede corregirse por la Corte, mediante la impugnación correspondiente, que requiere, además, su adecuada demostración, o sea, que se establezca mediante un proceso de razonamiento, la ostensible contradicción entre el defecto valorativo de la prueba y la realidad procesal. En el caso sub-lite el recurrente se limita a decir que el Tribunal estimó equivocadamente los testimonios de Luis C. González, Leopoldo Castellar Pacheco, Francisco Antonio del Risco y Alfredo Amín, pero se abstiene de precisar en qué consistió tal deficiencia valorativa por parte del adquem, que lo llevó a incurrir en una ostensible equivocación, porque lo aceptado o no aceptado por él resulta contrario a la realidad de los hechos procesalmente demostrados. La Corte no puede suplir esta actividad que corresponde exclusivamente al recurrente, pues su función se limita a confrontar la ley y la sentencia impugnada para verificar la conformidad de ésta con la primera, según los planteamientos de hecho y de derecho que se le presenten.

Estima la Corte que aun pasando por alto las deficiencias que se dejan puntualizadas, del estudio de la acusación no puede resultar nada distinto a la decisión de sostener en su integridad la sentencia recurrida. En efecto, ésta se sustenta en la afirmación de que en el sub-lite no se demostró que el accidente se produjera "por causa o con ocasión del trabajo" que correspondía desarrollar al trabajador en la Empresa Licorera a la cual prestaba sus servicios, "ya que el hecho ocurrió después de terminadas las labores ordinarias y también se produjo por hechos distintos de sus propias actividades, o sea, que no sucedió dicho accidente en horas de trabajo, ni existe conexión o vínculo directo entre el hecho y la labor desempeñada ordinariamente por el trabajador" y que tampoco se acreditó que la lesión o perturbación "fuera consecuencia del accidente que dice haber sufrido el demandante". Tal estimación del Tribunal no resulta contraria a la realidad de los

hechos, máxime si para llegar a esta conclusión se tienen en cuenta, como es del caso, no sólo las declaraciones que el recurrente considera erróneamente apreciadas, sino también los demás testimonios aducidos y los hechos que fueron constatados por el Juez en la diligencia de inspección ocular que se practicó en las oficinas de la Empresa sobre los archivos de la misma, relacionados con el asunto materia del pleito, pruebas que por otra parte apreció en su conjunto el ad-quem y que no son materia de ataque por parte del acusador.

Por lo demás, debe advertirse que las disposiciones del C. S. del T. que el recurrente señala como violadas, no pudieron serlo, puesto que tratándose de un trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo, sus relaciones jurídicas de derecho individual no se rigen por las normas del Código Sustantivo Laboral, sino que ellas están reguladas por las normas especiales existentes, que tienen vigencia conforme a lo mandado por el artículo 492 del C. S. del T. La sola cita del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, no es suficiente para quebrantar la sentencia, pues ella sólo define el accidente de trabajo, pero no consagra los derechos que corresponden, en tal evento, al trabajador víctima de tal infortunio. Por lo que la acusación quedó incompleta en cuanto hace a la proposición jurídica que en ella se contiene.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que el cargo no prospere.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto De Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE SALARIOS, PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES SOCIALES. TECNICA DE LA CASACION LABORAL

La sentencia absolutoria acusada halló probada la excepción de compensación. Defectuosa presentación de cargos en casación. No prospera el recurso.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS:

1.—Por la vía del error de hecho, derivado de la equivocada estimación de pruebas o de su falta de apreciación, bien puede llegarse a la violación de la ley sustancial, pero, en tal caso, su quebranto no se produce directamente sino a consecuencia del error.

2.—Según la ley orgánica del recurso, cada uno de los motivos de casación que ella instituye, debe ser alegado separadamente, por lo cual el de infracción directa no puede mezclarse con el de violación indirecta, ni puede tomarse como perteneciente a esta modalidad el que se aduce con base en la primera.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., nueve de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

MATERIA DEL PLEITO

Manuel Varela, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra la sociedad de responsabilidad limitada denominada "Arecia", domiciliada en Bogotá, representada por su Gerente, para que por sentencia se la condene al pago de salarios, perjuicios compensatorios, cesantía, prima de servicios, indemnización por mora y costas del juicio.

Según los términos del libelo Manuel Varela prestó servicios personales, en ejecución de un contrato de trabajo, a la sociedad "Arecia Ltda.", desde el 15 de diciembre de 1956 hasta el 2 de octubre de 1957, fecha en que fue despedido por su Gerente, sin justa causa. El salario convenido por las partes fue el 30% de las sumas de dinero que la sociedad recibiera de los exportadores extranjeros por la venta de artículos que éstos le remitían; que sobre las ventas de la sociedad se causaron comisiones en favor del trabajador por la cantidad de $ 11.772.17. De esta suma aquélla sólo pagó al empleado la de $ 6.183.00, quedándole a deber el resto ($ 5.589.17). Tomando en cuenta el importe de sus comisiones, el sueldo promedio mensual fue de $ 1.239.15. La sociedad, al terminar el contrato, se negó a pagarle al demandante las prestaciones sociales causadas.

En derecho la demanda se funda en los artículos 22, 23, 24 y demás normas concordantes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda niega todos los hechos que ella afirma y se opone a las pretensiones del actor.

El Juzgado 1º del Trabajo de Bogotá conoció del juicio en primera instancia y lo decidió por sentencia de fecha 16 de agosto de 1958. En ella declara probada, de oficio, la excepción de compensación y, en consecuencia, absuelve a la parte demandada de todos los cargos, con costas a cargo del actor.

Apeló el demandante. De la relación de segundo grado conoció el Tribunal Superior de Bogotá,

Sala Laboral. La sentencia decisoria del recurso, de fecha 13 de octubre de 1958, confirma la de primer grado y le impone las costas al apelante.

Contra la providencia del Tribunal interpuso la parte actora el recurso de casación, que le fue concedido, lo que dio lugar al envío de los autos a esta Superioridad. Tramitado aquí el recurso en debida forma, la Sala pasa a decidirlo.

LA DEMANDA DE CASACION

Suplica el petitum que la Corte infirme la sentencia del Tribunal, revoque la del Juzgado a-quo y, en su lugar, condene a la sociedad demandada a pagarle al actor los salarios faltantes del plazo presuntivo, las primas de servicio, la cesantía y la indemnización por mora y, en subsidio, los salarios caídos, desde la fecha de la inspección ocular hasta que se paguen al empleado las obligaciones insolutas a su favor, sobre la base de un salario promedio diario de $ 14.83.

El alegato que sustenta el recurso formula dos cargos e invoca en su apoyo la causal primera de casación.

Primer cargo.—Violación directa del artículo 64 del C. S. T., por errónea apreciación de unas pruebas y falta de estimación de otras, lo que llevó al Tribunal a incurrir "en un error de hecho evidente y manifiesto en los autos".

Puntualiza el cargo los hechos que la sentencia halla demostrados en el juicio y a continuación divide la exposición en dos capítulos, así: "A.—Errónea apreciación de una prueba", y "B.—Falta de apreciación de unas pruebas". Cita la prueba erróneamente apreciada y relaciona las que no lo fueron, dando a conocer su contenido y alcance y el desacierto del Tribunal al sostener conclusiones distintas de las que el recurrente ve en los medios probatorios que analiza, todo lo cual le sirve para afirmar que, a consecuencia del grave error de hecho demostrado, la sentencia infringe directamente la norma legal antes citada, pues sin tal error y la consiguiente violación, por aplicación indebida, del artículo 64, habría tenido que condenar a la sociedad al pago de los salarios por el tiempo faltante del plazo presuntivo.

Segundo cargo—Violación directa de los artículos 59, numeral 1º, 65, 63 y 149 del C. S. T.

Como en el cargo anterior, relaciona el impugnador los hechos que el Tribunal da por demostrados, individualiza las pruebas que el fallador aprecia erróneamente y las que dejó de apreciar, y luego, en el aparte que lleva por título "Violación de la ley sustantiva", dice: "A causa de los graves, evidentes y manifiestos errores de hecho, el sentenciador infringió, directamente, las siguientes normas". Como tales cita las que se han dejado señaladas. Por último, en el capítulo que denomina "Incidencia de los cargos en la parte resolutiva del fallo", expone: "Si no ha sido (sic) por los errores de hecho evidentes, manifiestos y graves que aparecen de autos y que se dejan consignados, y por la consiguiente infracción directa de las normas transcritas en este libelo de demanda, el sentenciador no habría absuelto a la entidad demandada de la petición de la demanda inicial", relacionada con el pago de cesantía, prima de servicio, salarios faltantes del plazo presuntivo e indemnización por mora.

El apoderado de la parte opositora refuta el primer cargo diciendo que no incurrió el Tribunal en el error evidente de hecho que le atribuye el recurrente. Con referencia al segundo expresa que las pruebas aducidas al proceso demuestran el hecho de que el actor le debía a la sociedad sumas de dinero superiores a las que él reclama, por lo cual está probada la excepción de compensación reconocida por los falladores de instancias.

SE CONSIDERA:

El error de hecho derivado de la equivocada estimación de pruebas o de su falta de apreciación, no conduce a la violación directa de la ley. Este tipo de infracción es independiente de toda actividad probatoria. Se presenta cuando frente a hechos no discutidos, se aplica por el fallador la norma legal a un caso que ella no contempla, o deja de aplicarse al supuesto de hecho regido por el precepto sustantivo. En la infracción directa se parte de la base de hechos indiscutidos, debidamente establecidos en el proceso. Por la vía del error puede ser violada la ley sustancial, pero, en tal caso, su quebranto no se produce directamente sino a consecuencia del error. Se trata de motivos de casación distintos e inconfundibles, cuyos fundamentos no hace falta dar a conocer. Al respecto la Sala se remite a la copiosa jurisprudencia sobre el punto, establecida desde que fue instituído el recurso extraordinario como medio de control de la actividad del Juez la indicando, construída sobre las mismas bases elaboradas por la casación civil. Huelga decir que, según la ley orgánica del recurso, cada uno de los motivos de casación que ella instituye, debe ser alegado separadamente, por lo cual el de infrac-

ción directa no puede mezclarse con el de violación indirecta, ni puede tomarse como perteneciente a esta modalidad el que se aduce con base en la primera. El medio de impugnación de que se trata requiere, para su consideración, el lleno de los requisitos formales exigidos por el estatuto orgánico. Su omisión hace inestimable el recurso. Por los motivos expuestos, carece de objeto el examen del extenso alegato del recurrente, pues la defectuosa presentación de los cargos no le permite a la Sala su estudio de fondo.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto De Zubiria C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.



PRESTACIONES SOCIALES. INDEMNIZACION MORATORIA

No existe el supuesto error de hecho que la sociedad recurrente creyó ver en la sentencia que la condenó a pagarle a un empleado suyo, aparte de ciertas prestaciones, el valor correspondiente a la indemnización moratoria. No se casa la sentencia acusada.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS:

1.—No es en la fecha en que el patrono consigne el dinero en el banco, sino en el momento en que se hace entrega del respectivo título de depósito al Juez del Trabajo, o, en su defecto, a la primera autoridad política del lugar, cuando se cumple la obligación de que trata el artículo 65, numeral 2º, del C. S. del Trabajo.

2.—A menos que el patrono, con razones valederas, discuta la existencia de la relación laboral dependiente y presente al juicio pruebas atendibles que abonen esa creencia, es impropio apelar a la buena fe para librarse de la indemnización moratoria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., diez de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

MATERIA DEL PLEITO

Víctor E. Bonilla promovió juicio ordinario laboral, por medio de apoderado, contra la sociedad "Warner Lambert S. A.", domiciliada en Bogotá, representada por su Gerente, para que por sentencia se la condene a pagarle las sumas de dinero, cuyo importe señala, por estos conceptos: cesantía, primas de servicio, comisiones sobre cuotas básicas y pedidos colocados, perjuicios por lucro cesante, indemnización moratoria y costas del juicio.

Los hechos de la demanda, en síntesis, son estos:

Víctor E. Bonilla se obligó a prestar servicios personales a la Compañía "Warner Lambert S. A." en el desempeño de la función de Visitador-médico, bajo la subordinación y dependencia de aquélla, habiéndose convenido como remuneración por sus servicios una asignación de $ 700.00 mensuales. Así consta en el contrato de trabajo, de duración indeterminada, con cláusula de reserva firmado por las partes el 1º de enero de 1956 en Barranquilla, según documento del folio 25. Con anterioridad a la fecha en que el contrato se firmó, la sociedad había ofrecido al demandante, además del sueldo que allí figura, el pago de los viáticos y una comisión del dos y medidos colocados por él o solicitados a la compañía por clientes de la zona territorial del país que le fue asignada. El actor prestó servicios a la sociedad del 1º de enero de 1956 al 31 de marzo de 1957, fecha en que se retiró, entre otras razones, porque la sociedad no le liquidó las comisiones sobre el valor de los pedidos colocados sino con deducción de una cantidad variable de ese valor, fijada por la empresa. Esta le presentó, con fecha 23 de marzo de 1957, una liquidación de sus prestaciones, que el demandante no aceptó por no incluir el monto total del salario devengado. dio por ciento mensual sobre el valor de los pe- Tomando en cuenta el monto real de éste el sueldo promedio mensual alcanza a la cifra de $ 1.487.76 y no a la $ 968.34 que fija la liquidación de la empresa. El contrato terminó debido

al sistema empleado por la sociedad para liquidar las comisiones, el cual dio por resultado la disminución de su valor. Por tanto, aquélla debe pagarle el salario de los meses de abril, mayo y junio de 1957, tiempo faltante del plazo presuntivo. Al terminar el contrato la compañía no le pagó al demandante las prestaciones sociales causadas.

En la respuesta a la demanda la sociedad acepta la relación de trabajo dependiente que ella afirma, la terminación del contrato el 31 de marzo de 1957 y niega los hechos que deducen responsabilidad a su cargo, pues cumplió a cabalidad los compromisos adquiridos con el actor y, por consiguiente, se opone a que se acojan sus pretensiones.

Desató la litis, en primera instancia, el Juzgado 4º del Trabajo de Bogotá por sentencia de fecha 10 de julio de 1958. Por el numeral primero de la parte resolutiva condena a la sociedad demandada a pagar al actor: a) $ 1.334.26 por auxilio de cesantía; b) $ 266.65 por primas de servicio; $ 400.00 por salarios insolutos. Del valor de la condena dispone que se deduzca la suma de $ 1.512.10 que el demandante recibió de la compañía. El numeral segundo absuelve a ésta de las demás peticiones de la demanda, y por el tercero la condena al pago de un 50% de las costas.

De la anterior providencia apeló la parte demandante. Decidió el recurso de alzada el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia de fecha 5 de diciembre de 1958. Dispone su parte resolutiva:

"1º—Confírmase el numeral primero de la sentencia apelada.

"2º—Revócase el numeral segundo de la misma sentencia y, en su lugar, se dispone:

"a) Condénase a 'Warner Lambert S. A.' a pagar a Víctor Bonilla la suma de $ 3.735.93 por concepto de indemnización moratoria.

"b) Absuélvese a la misma sociedad demandada de las restantes súplicas de la demanda.

"3º Confírmase el numeral tercero de la misma providencia.

"4º Sin costas en esta instancia".

Recurrió en casación la parte demandada. El Tribunal le concedió el recurso y remitió los autos a esta Superioridad. Preparado aquí debidamente, la Sala lo decide a continuación.

LA DEMANDA DE CASACION

Solicita que se infirme parcialmente la sentencia del Tribunal, en cuanto al revocar el numeral segundo de la de primer grado, condena a la sociedad al pago de $ 3.735.93 por concepto de indemnización moratoria, a efecto de que la Corte, en instancia, la libre de ella.

El recurso invoca la causal primera de casación y, con base en ésta el recurrente formula dos cargos, así:

Primer cargo.—Violación indirecta del artículo 65 del C. S. T., a causa de error de hecho por falta de apreciación de una prueba.

La prueba no estimada es la consignación hecha por la empresa el 22 de abril de 1957, de la suma de $ 4.50, ante el Juzgado 5º del Trabajo de Bogotá, de la cual da cuenta la actuación de folios 78 a 80.

En apoyo del cargo, dice el recurrente: el demandante, en las posiciones que absolvió en el juicio, expresa que autorizó a la sociedad para que le dedujera de sus prestaciones sociales el valor de un préstamo por $ 1.445.55 y además la suma de $ 93.60 hecho que el Tribunal admite, el cual demuestra que Warner Lambert no podía hacer consignación ninguna sin hacer tales deducciones. Debe tenerse en cuenta que las comisiones eran salarios y no se podían liquidar al formularse los pedidos por los clientes, sino "una vez que la venta se hiciera efectiva. Fue ésta la razón para que la empresa hiciera una posterior consignación el 12 de julio de 1957 por $ 62.25. Esto resalta la buena fe de la empresa" y la exime de la sanción por mora, según la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 15 de junio de 1951. Si la tentencia toma en cuenta la consignación del 22 de abril de 1957, se habría abstenido de condenar a la sociedad a la indemnización por mora.

Segundo cargo.—Violación del artículo 65 del C. S. T., de modo indirecto, a causa de error de hecho por mala apreciación de la prueba que señala el cargo anterior y la confesión provocada del demandante.

Sustenta el cargo el recurrente diciendo que al apreciar la sentencia las dos pruebas indicadas, no tuvo en cuenta la buena fe de la sociedad, que no se mostró renuente al pago de las prestaciones a su cargo.

SE CONSIDERA:

Como en los dos cargos se acusa violación de una misma disposición legal por igual concepto, la Sala los estudia conjuntamente.

Acerca de la aplicación al caso de autos del ar-

tículo 65 del C. S. T., dice la sentencia que la parte demandada ha debido consignar lo que estimó deber al empleado al rechazar éste la liquidación que de sus prestaciones sociales le hizo, obrante al folio 32 del expediente, de fecha 23 de marzo de 1957, y que como la consignación sólo vino a efectuarla el 15 de julio del mismo año, retardó el cumplimiento de su obligación durante tres meses y medio, a partir de la fecha de terminación del contrato, por lo cual se le debe condenar por ese tiempo al pago de la indemnización moratoria. Agrega la sentencia: "En este punto debe modificarse la sentencia del a-quo para dar aplicación a la norma del artículo 65 del C. S. del T., ya que la demandada no justificó su tardanza en hacer la aludida consignación". Da a entender el recurrente que la sociedad hizo dos consignaciones con destino al pago de deudas en favor del empleado por prestaciones sociales, así: una el 22 de abril de 1957 por $ 4.50 y otra el 12 de julio del mismo año por $ 62.50, y que el Tribunal no estimó la prueba que acredita la primera, incurriendo por tal motivo en el error de hecho que le imputa.

No es exacta la aseveración del impugnador: el memorial del folio 78, suscrito por el apoderado de la sociedad, repartido al Juzgado 7º del Trabajo de Bogotá, fue recibido allí el 15 de julio de 1957, y su tenor es como sigue: "Anexo me permito presentar a usted los comprobantes de consignación números 155859 y 162892 de 22 de abril y 12 de julio de 1957, respectivamente, expedidos por el Banco de la República y que corresponden a las prestaciones sociales de nuestro ex-empleado Víctor E. Bonilla A."

No hubo, pues, dos consignaciones sino una sola, la del 15 de julio de 1957, a la cual se refiere la sentencia.

Una cosa es el depósito ante el Banco de la República y otra su entrega al Juzgado del Trabajo. Mientras la entrega no se verifique, bien ante el Juzgado o, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, no se cumple lo dispuesto en el artículo 35, numeral 2º del C. S. T. El depósito de la suma de dinero ante la entidad bancaria es acto que ignora el Juez o la autoridad política; para su perfección se requiere que ésta o aquél reciban el título representativo del depósito. De ahí que el realizado el 22 de abril de 1957 ante el Banco mencionado no podía producir efectos sino desde el 15 de julio de ese año, fecha de su presentación al Juzgado.

Como fecha de la consignación no podía tomar el Tribunal la del primer depósito ante el Banco, por la razón que se ha dejado expuesta. La inexistencia del hecho conlleva la de la ausencia de toda prueba tendiente a demostrarlo, lo cual permite concluir que por imposibilidad lógica no pudo incurrir el fallador en el error de hecho que le imputa el recurrente.

El argumento de que la demora en la consignación fue justificada porque el salario por comisión no se producía con la colocación de los pedidos sino con el recibo del precio de venta, lo contradice el documento del folio 32, emanado de la sociedad. En él consta la liquidación de las prestaciones sociales del actor, hecha el 23 de marzo de 1957, y en ella figura, entre las partidas que integran el salario, la correspondiente a comisiones. La liquidación arroja un saldo a cargo de la compañía de $ 4.50, que no consignó al expirar el contrato (31 de marzo de 1957) sino el 15 de julio del mismo año, como lo anota el Tribunal ad-quem. Estimó, pues, el patrono que para la fecha de la liquidación ya se habían causado los salarios por comisiones.

Si para liquidar la comisión era preciso que la sociedad recibiera el producto de las ventas realizadas por el empleado, ha debido el recurrente demostrar que fue ese el sistema acordado por las partes para tal fin, señalar las pruebas demostrativas del hecho y acusar el fallo por haberlas estimado equivocadamente o por no haberlas apreciado. La simple afirmación sobre el punto le impide a la Sala toda consideración al respecto.

No sobra además observar lo siguiente:

Es impropio apelar a la buena fe y sostener, como lo hace el recurrente, que por haberle asistido a la sociedad, ha debido librársela de la sanción por mora prevista en el citado texto legal. Ha tomado en cuenta la jurisprudencia la buena fe cuando el patrono, con razones valederas, discute la existencia de la relación laboral dependiente y en el juicio presenta pruebas atendibles que abonen esa creencia. En tal supuesto, admite eximirlo de la sanción del artículo 65 si se abstiene de pagar al empleado deudas insolutas al expirar el vínculo laboral. No es esa la hipótesis que se registra en el presente caso, según la realidad procesal.

En el segundo cargo el recurrente se limita a expresar que el Tribunal apreció erróneamente las dos pruebas que menciona, sin indicar en qué consistió el error ni intentar siquiera su demostración, como lo exige la ley. Las deficiencias

que se anotan no le permiten a la Sala el estudio de la acusación.

Por lo expuesto, ninguno de los dos cargos prospera.

A mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto De Zubiría C. — Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.



SALARIOS DE PLAZO PRESUNTIVO. PREAVISO

No prosperan los diversos cargos que las partes litigantes (ambas recurrentes en casación) formulan contra la sentencia que acogió ciertas pretensiones del trabajador y desechó otras.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS:

1.—El recurrente en casación debe precisar el contenido de la sentencia sustitutiva de la de segunda instancia, expresando si ésta debe casar en su totalidad o en parte.

2.—Cuando debiendo darse el preaviso o pagarse el tiempo correspondiente, no se procede de una de estas dos maneras, lo que cabe es la petición por salarios faltantes para el vencimiento del contrato.

3.—Incurre en defecto de orden técnico la demanda de casación que predica violación directa de la ley sustantiva y fundamenta el cargo en error de hecho por falta de estimación de una prueba.

4.—El recurrente ha debido acusar violación de los textos de la ley y no del decreto reglamentario de la misma, pues las normas de éste no tienen incidencia directa en casación y no operan con independencia del estatuto legal sustantivo en que hallan su fundamento.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., trece de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo)

El señor Carlos Emilio Beltrán, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra el Distrito Especial de Bogotá, para que previos los trámites de rigor se condene a dicha entidad a pagarle las sumas de dinero que el libelo indica, por estos conceptos: pre-aviso, salarios faltantes del plazo presuntivo, salarios caídos desde la fecha en que el actor fue despedido (20 de agosto de 1953), aumento de la asignación de acuerdo con lo dispuesto en decretos ejecutivos nacionales, e intereses legales sobre las sumas debidas.

En la relación de los hechos afirma la demanda que Carlos Emilio Beltrán le prestó servicios personales al Distrito Especial de Bogotá desde el año de 1949 hasta el 20 de agosto de 1953, fecha en que fue despedido; que desempeñó las funciones de mecánico; que el último salario devengado fue la cantidad de $ 4.18; y que el Municipio no le pagó el auxilio de retiro ni los salarios del pre-aviso dentro de los noventa días siguientes al despido.

En derecho la demanda cita los decretos 2127 de 1945, 38, 71 y 797 de 1949, 70 y 71 de 1950, la Ley 6ª de 1945 y el artículo 1617 del Código Civil.

La respuesta a la demanda, presentada por el Delegado del Personero Municipal de Bogotá, niega la existencia del contrato del trabajo entre las partes y propone estas excepciones: incompetencia de jurisdicción, compensación, pago, prescripción, inconstitucionalidad del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 y las demás que se prueben en el curso del juicio.

La relación de primer grado terminó por sen-

tencia de fecha 2 de septiembre de 1957, por la cual condena al Distrito Especial de Bogotá a pagar a Carlos Emilio Beltrán la suma de $ 217.88, a título de lucro cesante, y lo absuelve de las demás peticiones de la demanda, sin costas.

Apelaron ambas partes. La sentencia decisoria del recurso, dictado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 25 de abril de 1958, revoca, en su numeral primero, la de primer grado y, en su lugar, condena al Municipio de Bogotá al pago al demandante de la suma de $ 301.68 "por concepto de salarios faltantes para el vencimiento del contrato presuntivo del trabajo". En lo demás confirma la que fue materia de apelación, sin costas. Se anota que la sentencia fue adoptada con un voto disidente.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación que el Tribunal les concedió. Admitido por la Sala y tramitado en legal forma, se pasa a decidir.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

A la impugnación le fija este alcance: la casación de la sentencia del Tribunal, a fin de que la Corte la subrogue en la parte en que condena al Municipio por otra "que acoja los razonamientos expuestos al través del juicio por el Delegado de la Personería Municipal".

El alegato que sustenta el recurso no señala motivo de casación alguna, pero de su desarrollo se infiere que se acoge al primero (artículo 87, numeral 1º del C. P. L.).

Formula un solo cargo, en el cual acusa, "violación directa por interpretación errónea", del artículo 63 de la C. N. y además de las siguientes normas legales: artículo 10 del C. C., numeral 1º, 5º, numeral 3º, de la Ley 4ª de 1913, 21 de la Ley 6ª de 1945, decreto número 43 de 1950, en su artículo único, y 4º del Decreto 2127 de 1945.

En desarrollo del cargo dice el personero de la parte opositora demandada que la sentencia viola los artículos 21 y 22 de la Ley 6ª de 1945 al condenar a la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros del Distrito Especial de Bogotá a pagar determinada suma de dinero al demandante Beltrán a título de lucro cesante, "prestación" que no se halla contemplada dentro de los estatutos de dicha entidad, y agrega: "esta errónea interpretación no puede ser otra que la consecuencia de la violación directa de la ley".

El recurrente demandado, en extensa exposición, hace diversas consideraciones para demostrar que la sentencia recurrida quebranta las normas legales y la de la Constitución que el cargo relaciona, por los conceptos ya expresados de errónea interpretación a causa de su violación directa.

La parte demandante, en el alegato de réplica, pide el rechazo del cargo, aduciendo, entre otros argumentos, el de que a las entidades de derecho público es aplicable el decreto 797 de 1949 el cual, a su juicio, consagra el derecho al pago del lucro cesante que la sentencia le reconoce a la parte actora.

SE CONSIDERA:

La demanda de casación adolece de defectos de orden técnico que su sola presentación patentiza. En efecto, el alcance que le fija a la impugnación es el de la infirmación de la sentencia de segundo grado para que la Corte la sustituya por otra que acoja las razones aducidas en el juicio por el representante del Municipio en las instancias. Y en lo tocante a la infracción de normas de la ley sustantiva, el cargo involucra dos motivos distintos: la violación directa y la interpretación errónea.

En cuanto al petitum, lo que la ley previene, según el significado que la jurisprudencia laboral le ha señalado en numerosas decisiones, es que el recurso debe precisar el contenido de la sentencia sustitutiva de la de la segunda instancia, expresando si ésta debe caer en su totalidad o en parte. Por lo demás es ese el fin que persigue todo medio de impugnación. Y no satisface la exigencia de que se trata, la súplica de que el fallo acusado se reemplace con los razonamientos aducidos por el apoderado del recurrente en el proceso.

Con referencia a los conceptos de infracción de la ley, los motivos de casación que ella instituye, deben aducirse separadamente, pues cada uno tiene fundamentos distintos. Sobre el punto basta hacer mérito de la doctrina recibida por el extinguido Tribunal Supremo en sentencia de 3 de julio de 1952 (G. T. Tº VIII), acogida por esta Sala de la Corte. Dice ella en lo pertinente: "Por la infracción directa sufre impacto abierto el texto claro que al decidir no se le tiene en cuenta; a la errada interpretación se llega por el equivocado concepto que se tenga de la ley al ser susceptible

de diversas interpretaciones, independientemente de toda cuestión de hecho".

Es suficiente lo dicho para el rechazo del cargo.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

Solicita que la Corte subrogue la sentencia recurrida y en su lugar la sustituya por otra que acoja las peticiones de la demanda inicial. Fija así el alcance de la impugnación.

Con fundamento en la causal primera de casación formula tres cargos, que la Sala entra a examinar.

PRIMER CARGO

Violación directa de los artículos 48 y 50 del Decreto 2127 de 1945.

En apoyo del cargo dice el recurrente que el Tribunal le da una interpretación arbitraria a las dos normas del Decreto, pues no es exacto, como él lo sostiene, que el pre-aviso "y el presuntivo se contrapongan", pues el pre-aviso nace de la falta de desahucio", y "el presuntivo nace de la ruptura injusta unilateral del contrato".

SEGUNDO CARGO

Violación de los Decretos 70 y 71 de 1950, de modo directo, por falta de aplicación.

En sustentación del cargo dice el impugnador que el Tribunal cometió error de hecho al no condenar al pago del aumento del jornal; que al folio 36 del cuaderno principal la Contraloría informa que Carlos E. Beltrán devengó un salario de $ 4.19 en los años de 1950 a 1953, y que como la sentencia no condenó al pago del aumento incurrió en "infracción directa de los Decretos 70 y 71 de 1950 y en error de hecho por no haber apreciado la prueba visible al folio 36".

TERCER CARGO

Violación directa del Decreto 797 de 1949, en el parágrafo 2º de su artículo 1º. Agrega que acusa también la sentencia "de haber cometido error de hecho".

Dice el recurrente: consiste la infracción directa en que el Tribunal dejó de aplicar la citada norma del Decreto de 1949, que es clara, terminante y diáfana. Agrega que como está probado en el juicio que el Distrito Especial de Bogotá dejó de pagar al actor el aumento del salario, es procedente la condena por indemnización moratoria; que como la sentencia "condena al pago de contrato presuntivo, ha reconocido que el Municipio se abstuvo de pagar esa prestación e indemnización para Carlos Emilio Beltrán".

Concluye el cargo con la afirmación de que la sentencia incurre en error de hecho, porque de autos consta que el jornal del demandante no fue aumentado en los años posteriores a la fecha de la expedición de los Decretos 70 y 71 de 1950. "Sin embargo el H. Tribunal no apreció el documento del folio 36, luego cometió error de hecho".

El Procurador Delegado en lo Civil, en su alegato de réplica, expone lo siguiente:

En relación con el primer cargo, que se trata de una prestación no consagrada en favor de los trabajadores oficiales. Con referencia al segundo, que se acoge al estudio que sobre el aumento del salario hace el fallo de primera instancia: y por lo que hace al tercer cargo, transcribe apartes de una providencia, sin indicar su origen, dictada en el juicio de Luis Herrera contra Rafael Duque, de la cual se vale para demostrar la improcedencia de la acusación.

La Corte considera:

I. — Sobre la condena al pago del pre-aviso, de que trata el primer cargo, dice la sentencia: "Esta petición no tiene fundamento toda vez que, cuando debiendo darse el aviso o pagarse el tiempo correspondiente, según la ley, no se procede de una de esas dos maneras, lo que cabe es la petición por salarios faltantes para el vencimiento del contrato".

La Sala considera ajustado a derecho el concepto del Tribunal, pues si lo que ocurre fue que el Municipio dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, sin justa causa, tal conducta daría lugar a la indemnización de perjuicios previsto en el artículo 11 de la Ley 8ª de 1945, pero no al derecho a exigir el pago del preaviso de que trata el artículo 50 del Decreto 2127 del mismo año. El pago de los salarios correspondientes al período que regule su cancelación, conforme al citado texto del decreto, es obligación del patrono cuando éste da por terminado unilateralmente el contrato sin previo aviso al trabajador, que debe dar dentro de la oportunidad prevista en el ordenamiento, pero el supuesto de hecho a que la norma se refiere exige que las partes hayan estipulado la cláusula de reserva, la cual debe constar por escrito en la conven-

ción individual del trabajo, en la colectiva o en el reglamento interno aprobado por la respectiva autoridad.

Sobre el punto dijo esta Sala de la Corte, en sentencia de 30 de septiembre de 1960 publicada en la Gaceta, Tomo XCIII, páginas 938 y siguientes (juicio de Campo E. Valderrama contra el Municipio de Bogotá) lo siguiente:

"En el proceso no se ha controvertido el hecho de que el Municipio le hubiera puesto término al contrato en uso de la cláusula de reserva, ni se ha traído a los autos el acto escrito en que conste la estipulación de dicha cláusula, utilizando cualquiera de los medios que para tal fin franquea la disposición legal en examen. No existiendo, pues, cláusula de reserva, el artículo 50 del Decreto 2127 de 1945 resulta ajeno al caso que se debate y, en tal virtud, es impropio e inconducente hablar de violación directa del nombrado precepto".

Por lo expuesto no se recibe el cargo.

II. — No es estimable en casación el segundo cargo, pues la violación directa que predica de los Decretos 70 y 71 de 1950, tiene por fundamento error de hecho por falta de estimación de una prueba, y es sabido que el quebranto de la ley por el indicado concepto se produce con independencia de toda actividad probatoria.

Por tanto, se desecha el cargo.

III. — Adolece el tercer cargo del mismo defecto de orden técnico que acusa el anterior, pues la violación directa se hace depender de error de hecho en la falta de estimación de una prueba. A lo que se deja expuesto conviene agregar que el Decreto 797 de 1949 es reglamentario de disposiciones de la Ley 6ª de 1945, por lo cual el recurrente ha debido acusar infracción de los textos de esa ley que el indicado decreto desarrolla, pues las normas de éste no tienen incidencia directa en casación y no operan con independencia del estatuto legal sustantivo en que hallan su fundamento.

Por tanto, no prospera el cargo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, 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. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESTACIONES SOCIALES. COMPENSACION. VALOR PROBATORIO DE LOS LIBROS DE COMERCIO

Queda en pie la sentencia que condenó a una sociedad constructora a pagar ciertas prestaciones a un trabajador. En la demanda de casación se alegó que no hubo verdadero contrato de trabajo. Defectuosa, por varios aspectos, la impugnación de la sentencia.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS:

1.—No basta en casación acreditar la infracción de una norma legal sustantiva: para quebrantar el fallo se requiere, además, que el precepto violado tenga por objeto constituir, modificar o extinguir un derecho y que con esa significación lo aplique el fallador.

2.—En casación no juegan las normas de derecho probatorio de manera exclusiva: es necesario asociarlas a preceptos de derecho sustancial, únicos que tienen incidencia directa en la parte resolutiva de la sentencia.

3.—El recurrente se limita a combatir la valoración de la prueba de inspección ocular, guardando silencio sobre los verdaderos fundamentos de la sentencia, y según la jurisprudencia laboral, mientras no se destruyan todos los soportes que le sirven de sustento, no es el caso de infirmarla.

4.—Para que opere la compensación por medio del mandamiento judicial es preciso, entre otros requisitos, que el patrono acredite la obligación a su favor, de acuerdo con el principio que distribuye la carga de la prueba. (1757 C. C.) y que la deuda tenga su origen en la relación de trabajo.

5.—La cuestión que se debate en este juicio no es de naturaleza mercantil ni la parte actora es comerciante, por lo cual la obligación que a cargo del empleado registran los libros de la sociedad demandada no es prueba suficiente de su existencia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., trece de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

MATERIA DEL PLEITO

Otoniel Coly promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra la sociedad "Salazar Samper Hermanos", representada por su Gerente, para que por sentencia se la condene a pagarle las sumas de dinero que resulten probadas en el juicio, por estos conceptos: auxilio de cesantía, vacaciones, primas de servicio, remuneración por trabajo en domingos y festivos, subsidio familiar, salarios por el tiempo faltante del plazo presuntivo e indemnización moratoria.

Afirma el actor en el libelo que prestó servicios personales dependientes a la sociedad "Salazar Samper Hermanos" desde mediados de octubre de 1953 hasta mediados de agosto de 1958, en labores de construcción, especialmente en el revestimiento con piedra y mármol de edificios; que el salario fue a destajo, alcanzando un promedio de $ 120.00 (no indica si por semana o por mes) en 1957, hasta mediados de 1958 en que fue despedido; que el capital de la empresa es superior a $ 100.000.00", y que al terminar el contrato la

sociedad no le cubrió las prestaciones sociales causadas ni el subsidio familiar, desde que éste fue establecido en 1957.

La respuesta a la demanda acepta que Cely fue su trabajador durante tres meses, a partir de enero de 1955; que al expirar ese término le prestó servicios como contratista independiente. Niega, pues, la relación laboral subordinada por todo el tiempo que afirma la demanda, se opone a que se hagan las condenas que ella pide y propone la excepción de prescripción.

Terminó el juicio en primera instancia por sentencia de fecha 30 de octubre de 1958, proferida por el Juzgado 3º del Trabajo de Medellín. En ella condena a la sociedad demandada a pagar a Otoniel Cely lo siguiente: $ 1.517.55 "como salario por el descanso en domingos y festivos"; $ 415.69 "por vacaciones"; $ 880.36 "por primas de servicio"; y $ 1.222.60 "por cesantía". Absuelve a la sociedad de los demás cargos y la autoriza para deducir del monto de las condenas la cantidad de $ 767.56 que Cely le debe "por anticipos hechos a cuenta del trabajo". Se abstuvo de condenar en costas.

Apeló únicamente la parte demandada. El Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, conoció del juicio en segunda instancia, y allí terminó por sentencia de 28 de noviembre de 1958, la cual, con un voto disidente, confirmó en todas sus partes la de primer grado, sin costas.

Recurrió en casación la sociedad demandada. El Tribunal le concedió el recurso y dispuso el envío de los autos a esta Superioridad. Rituado aquí el recurso en legal forma, la Sala procede a decidirlo.

LA DEMANDA DE CASACION

Solicita que la Corte infirme la sentencia del Tribunal y, en su lugar, absuelva a la sociedad de todos los cargos. Pide en subsidio la casación parcial de la sentencia para que la de instancia que la reemplace reconozca a la sociedad, a título de compensación, la suma de $ 3.070.27 y no la de $ 767.56, que señala el fallo del Juzgado a-quo.

Invoca el recurso la causal primera de casación. Con base en ella formula cuatro cargos.

Primer cargo.—Infracción directa de los artículos 22 y 23 del C. S. T.

En sustentación del cargo dice el recurrente: "El Tribunal afirma que en el juicio se hallan reunidos todos los elementos del contrato de trabajo, lo cual no es exacto, porque no fue personal el servicio prestado por el actor sino en colaboración con otras personas, y, además, "porque de acuerdo con la realidad procesal falta el elemento subordinación". En el juicio está establecido que el demandante tenía libertad para contratar y dirigir a sus trabajadores y la circunstancia de que no estaba sometido a jornada de trabajo lo dejó libre de la subordinación, sin que a ello se oponga la vigilancia y control ejercidos por la sociedad sobre el proceso y ejecución de las obras contratadas, pues se trata de un derecho natural de inspección sobre las labores para recibirlas en las condiciones pactadas, que no debe confundirse con la subordinación, según jurisprudencia de la casación laboral. Faltan por tanto, en el caso de autos, dos de los tres elementos que para la existencia del contrato laboral exige el artículo 23 del C. S. T., por lo cual el Tribunal lo violó al aplicarlo en la sentencia".

Segundo cargo.—Violación del artículo 24 del C. S. T., por aplicación indebida.

Arguye el recurrente para demostrar el cargo: el hecho establecido en el juicio y aceptado por el Tribunal es el de que el actor ejecutó la labor con la ayuda de otras personas, hasta el punto de que en algunas ocasiones sus colaboradores realizaban todo el trabajo. La presunción del artículo 24 conviene a la relación de trabajo personal y no a la que se cumple con ayuda de otras personas. Por consiguiente, si el fallador aplicó al hecho no establecido en el proceso la presunción del artículo 24, lo quebrantó por aplicación indebida.

Tercer cargo.—Infracción indirecta de los artículos 186, 249 y 306 del C. S. T., por error de hecho.

En el desarrollo del cargo dice el recurrente que en el supuesto de estar probado el contrato de trabajo, le correspondía al actor acreditar la cuantía del salario, hecho ausente de prueba en el juicio. Sin embargo, la sentencia, contra la evidencia procesal, da por probado el importe del salario mensual del actor, que determinó por analogía, igualándolo con el de sus ayudantes, con base en el total de las sumas recibidas como precio de las obras que aquél recibió de la sociedad. No es ese un medio legal de prueba para acreditar la cuantía del salario, de donde se desprende que el Tribunal incurrió en evidente error

de hecho al dar por probado el monto del salario mediante un procedimiento extraño y contrario a la técnica procesal. El error de hecho en la apreciación de la prueba —concluye el cargo— llevó al sentenciador a infringir las normas legales citadas, pues sin haberse fijado el importe de la asignación, no cabía la condena al pago de vacaciones, cesantía y primas de servicio.

Cuarto cargo.—Violación indirecta del artículo 59 del C. S. T. "por errónea apreciación de la prueba".

Dice el impugnador que la sentencia apreció erróneamente el acta de inspección ocular a los libros de la sociedad, la cual demuestra que el actor tenía a su cargo y a favor de aquélla $ 3.070.27 por avances que le hizo a buena cuenta de futuros contratos. Fundado el Tribunal en el testimonio de Emma Ch. Salazar, quien no afirmó ningún hecho que desmintiera la inspección, entendió equivocadamente que había una duda sobre el reajuste del salario del actor, y, en consecuencia, dio por acreditado como saldo a cargo del demandante y a favor de la compañía una suma no demostrada inferior a la que acredita la inspección que fue la que ordenó compensar. La errónea apreciación de esa prueba viola el citado mandato legal que permite la compensación por decreto judicial.

SE CONSIDERA:

I.—En relación con la acusación del primer cargo, la Sala observa que el artículo 22 del C. S. T. define el contrato de trabajo, y el 23 ibidem señala sus elementos integrantes, pero en concreto, ninguno de los dos consagra derechos que la sentencia reconozca al trabajador, sin ser el caso. Aun en el supuesto de que no exista el contrato de trabajo, como lo sostiene el impugnador y que, por tanto, resulte demostrada la violación de las dos normas legales citadas, ese error de juicio no tendría ninguna incidencia en la parte resolutiva de la sentencia. No basta en casación acreditar la infracción de una norma legal sustantiva: para quebrantar el fallo, se requiere además que el precepto violado tenga por objeto constituír, modificar o extinguir un derecho y que con esa significación lo aplique el fallador. La proposición jurídica resulta incompleta, pues si los dos preceptos mencionados sirven de causa jurídica a las obligaciones que a cargo de la sociedad reconoce la sentencia, no cita el cargo como violados por ella los textos legales que tutelan los derechos correlativos a tales obligaciones, o sea, los que establecen la cesantía, primas de servicio, vacaciones y remuneración por trabajo en domingos y feriados, a los cuales se concretan las condenas contenidas en la parte resolutiva de la decisión del ad-quem.

No sobra anotar lo siguiente: es cuestión de hecho la de saber si existe relación de trabajo personal y si ésta fue subordinada o dependiente, y el motivo de casación por quebranto directo de la ley excluye toda consideración sobre la prueba, la cual habría que hacer para indagar si en el juicio están o no acreditados los dos elementos del contrato laboral en referencia.

Por lo expuesto, no se recibe el primer cargo.

II.—En cuanto a la violación del artículo 24 del C. S. T. por aplicación indebida, materia del segundo cargo, para su rechazo son valederas las razones expuestas al considerar el primero. El precepto establece una presunción, esto es, un medio de prueba. En casación no juegan las normas de derecho probatorio de manera exclusiva: es necesario asociarlas a preceptos de derecho sustancial, únicas que tienen incidencia directa en la parte resolutiva de la sentencia. La proposición jurídica resulta incompleta como en el cargo anterior, pues aceptando, por vía de hipótesis, que no se estableció en el juicio el hecho indicador que sirve de antecedente a la presunción, tal circunstancia no sería suficiente para quebrantar la sentencia, pues no señala el recurrente las normas de derecho material en que se fundan las condenas del ad-quem. A lo anterior conviene agregar que el cargo adolece de defectos de orden técnico, pues la indebida aplicación de la ley como modalidad de infracción directa es extraña a toda actividad probatoria, y el impugnador sostiene que en el proceso obra la prueba, no de que la labor la cumplió personalmente el demandante, como lo afirma la sentencia, sino la de que la realizó con el auxilio de otras personas, todo lo cual conduciría a revisar la estimación de las pruebas que sobre la existencia de la relación de trabajo personal hace el sentenciador.

Tampoco se recibe, pues, el segundo cargo.

III.—El actor no probó en el juicio la cuantía del salario, arguye el recurrente, por lo cual la sentencia ha debido absolver al demandado de todas las peticiones de la demanda. De ahí deduce el quebranto de los artículos 186, 249 y 306 del

C. S. T., a causa de error de hecho, como lo sostiene el tercer cargo.

La acusación, por el motivo indicado, debe individualizar la prueba mal apreciada o dejada de apreciar por la sentencia, y demostrarlo, como lo exige la ley al establecer los requisitos de forma de la demanda de casación. Sobre el punto ésta es imprecisa, pues no determina cuál fue la prueba mal apreciada. Apenas, por inducción, puede colegirse que quiso referirse a la de inspección ocular. No obstante el defecto que se anota, estudia la Sala la acusación.

De los datos que arroja la inspección judicial sobre los libros de la sociedad demandada se vale el Juzgado a-quo para determinar la cuantía del salario y lo fija por aproximación, fundado en que las cantidades que recibía el actor de la sociedad estaban destinadas a retribuír sus servicios y el de los colaboradores que le ayudaban en el trabajo, por lo cual debían distribuírse entre él y aquellos, cuyo número no fue fijo sino variable. Ese criterio emplea para asignar al actor la suma que resulta a su cargo en el examen de los libros de la sociedad, y decretar en favor de ella la compensación que reconoce en la sentencia. A propósito de tal operación apela a la analogía de que habla el recurrente en el cargo.

En la determinación del salario no sigue el fallador de segundo grado el sistema empleado por el de primera, pues lo extrae de prueba distinta, como resultado del siguiente aparte de su decisión: "En cuanto al salario, en el mismo informe del Seguro Social está indicado: cotizó en una categoría que va de $ 56.00 a $ 83.00 semanal. Tomando la primera cifra, da un promedio mensual de $ 242.66, superior al que tuvo en cuenta la sentencia de primera instancia ($ 226.79). Ha dicho siempre esta Sala que el informe del Seguro Social constituye prueba eficaz sobre tiempo servido y salario devengado, en especial cuando no existe en el proceso prueba de otra índole más clara y precisa, por cuanto ese informe obedece a una inscripción que realiza el propio patrono; es dato que tiene en él su origen. Pero no podrá tomarse ese salario, puesto que el demandante no apeló".

En vista de que la prueba a que el recurrente se refiere no fue la estimada por el sentenciador, el cargo de que erró de hecho en su apreciación, resulta infundado y, por lo tanto, se desecha.

IV. — En lo tocante a la compensación dice la sentencia que el Juzgado a-quo deduce a cargo de Cely y a favor de la sociedad un crédito por $ 767.56, para lo cual se funda en datos de la inspección ocular (fl. 32) y en el principio de que la fe que se debe dar a los libros y documentos de la parte demandada debe ser completa. "En principio —anota el Tribunal— y sin analizar de fondo la cuestión, parece infundado ese cargo contra el actor. Basta pensar en el hecho simplísimo y probado de que la liquidación semanal y consiguiente entrega de dinero sólo cubría parte de la obra realizada, luego no es probable que se presentase un excedente de dinero a cargo del trabajador y en favor de la empresa. Se ha repetido insistentemente tanto aquí como en la sentencia apelada, que Cely sólo recibía el valor de la obra realizada. ¿Cómo entonces podía tener excedente de dinero en su contra? Pero el asunto no merece mayor análisis, pues el demandante no apeló y la deducción ordenada, por consiguiente, debe ser aquí mantenida".

Para el Juzgado a-quo la inspección ocular acredita una obligación del demandante por $ 767.56, suma que ordena deducir del importe de las condenas a cargo de la sociedad demandada, a título de compensación. Según el Tribunal, otras pruebas del juicio demuestran que tal obligación no existe. Por tanto, suponiendo que aquél apreciе equivocadamente la inspección judicial, ha debido el recurrente atacar la actividad probatoria del fallador en su integridad, demostrando que no sólo erró de hecho en la estimación de la prueba mencionada sino en las demás de que se vale para su rechazo. Sin duda quiso referirse la sentencia a algunos de los testimonios que obran en autos y, de manera especial, a la confesión contenida en las posiciones absueltas por el representante de la sociedad (fl. 20 a 21) de la cual resulta que ella le pagaba al actor, por cada obra realizada, parte y no la totalidad de la remuneración convenida, de lo cual deduce el Tribunal la incongruencia entre los datos de la inspección y lo que dicha confesión acredita.

El recurrente se limita a combatir la valoración de la prueba de inspección, guardando silencio sobre los verdaderos fundamentos de la sentencia, y según la jurisprudencia laboral, mientras no se destruyan todos los soportes que le sirven de sustento, no es el caso de infirmarla. Por lo demás, se abstiene el Tribunal de analizar la prueba en referencia, por lo cual no puede hablarse de error en su estimación. Con todo, dejando de lado las deficiencias que el cargo ofrece, la Sala lo examina en el fondo.

No fue acertado el concepto del Juzgado a-quo al darle pleno valor probatorio a la inspección ocular por lo que, al rechazar el Tribunal esa prueba no incurrió en el error de hecho que el cargo le atribuye. Por vía de doctrina la Corte estima conveniente dar a conocer las razones que le restan todo mérito a la prueba en referencia.

La ley permite la compensación de deudas a cargo del empleado y en favor del patrono, por los dos medios de que trata el artículo 59, numeral 1º del C. S. T. Uno de ellos es el mandamiento judicial, al cual se refiere el recurrente. Para su operancia se requiere, entre otros requisitos, que el patrono acredite la obligación a su favor, de acuerdo con el principio que distribuye la carga de la prueba, consagrado en el artículo 1757 del C. C. y que la deuda tenga su origen en la relación de trabajo, según doctrina de la casación laboral.

Aplica el Juzgado el artículo 48 del C. de Co. al tenor del cual la fe debida a los libros de comercio es indivisible, probando en favor y en contra del litigante que los invoque. El citado precepto debe entenderse en relación con el artículo 43 de la misma obra; conforme a su texto, los libros hacen fe en las causas mercantiles que los comerciantes agiten entre sí. En el caso de autos la norma aplicable era la del artículo 49 del código en cita, según el cual en las cuestiones mercantiles con persona no comerciante, los libros sólo establecen un principio de prueba, que debe ser completado con los medios probatorios que sanciona el derecho. La cuestión que se debate en el juicio no es de naturaleza mercantil ni la parte actora es comerciante, por lo cual la obligación que a su cargo registran los libros de la sociedad demandada no es prueba suficiente de su existencia. No se opone lo dicho a la libre formación del convencimiento, principio consagrado en la ley procesal del trabajo. Las disposiciones del Código de Comercio, para el caso concreto en examen, no pueden ser aplicadas con prescindencia del régimen probatorio en ellas instituído. Ese régimen, por lo demás, se amolda a la persuasión racional, pues si en causa mercantil y entre comerciantes los libros llevados conforme a sus preceptos hacen plena prueba, no es lógico ni se conforma a la sana crítica atribuirles mérito igual en negocio civil en favor del comerciante que los aduce y en contra de quien no es comerciante, que, por lo mismo, no dispone de arma igual para desvirtuar las obligaciones que a su cargo registren los libros de su adversario. La ley civil, según se anotó, impone la carga de probar la obligación a quien la alega. El estatuto mercantil al fijar el valor que ofrecen los libros de comercio, se atempera a la doctrina enunciada en el derecho común, pues coloca a las partes en un plano de igualdad. Rompe esa doctrina y el principio del equilibrio procesal darle valor pleno a la prueba que una parte se crea a sí misma cuando la contraria carece de un medio de la misma fuerza para contradecirla. El sistema de libre estimación de la prueba no puede actuar frente a una situación probatoria desigual, por las razones ya expuestas. La Sala se limita a rectificar la tesis de que se ha hecho mérito, sin deducir sus consecuencias, ya que no recurrió en casación la parte demandante.

Se observa, por último, que el Tribunal ni siquiera menciona la declaración de la testigo Emma Ch. Salazar, de manera que el reparo de haber incurrido en error de hecho por su mala estimación, carece de fundamento.

No prospera, pues, el cargo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto De Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Enrique Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TRABAJO DE HORAS EXTRAS Y DIAS FESTIVOS

No se configuran los errores atribuídos a la sentencia absolutoria. El celador de la empresa no tenía más derechos de los que le fueron oportunamente reconocidos. Serios defectos de la demanda de casación.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS:

1.—No cumple el recurrente los requisitos de orden legal y técnico, pues no indica concretamente por cuál de los conceptos que prevé la ley reguladora del recurso, violó el Tribunal las normas de derecho sustancial que señala el cargo.

2.—Es planteamiento ilógico el que se hace en la demanda cuando se intenta demostrar que los errores atribuídos a la sentencia tienen como causa el que "se interpretaron defectuosamente las pruebas o se dejaron de apreciar", puesto que se trata de supuestos tan diferentes que no admiten un procedimiento común de demostración.

3.—El concepto de error de derecho no comprende todo aquel en que haya podido incurrir el tribunal sentenciador en la estimación de los elementos probatorios que determinaron su convicción, sino que es necesario que el error implique la violación de un precepto legal sobre prueba.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., diez y ocho de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

Julio Ramírez Cuberos, por medio de apoderado, demandó a la sociedad General Automotriz del Norte S. A., representada por su Gerente Gabriel Moreno Vega, para que previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo, de mayor cuantía, se condenase a la demandada a pagarle la cantidad de $ 11.557.24, por concepto de trabajo en dominicales y festivos, en horas extras diurnas y nocturnas, reajuste de cesantía, más los salarios caídos y las costas del juicio.

Como hechos relató: que empezó a trabajar como celador y revisor de vehículos automotores al servicio de la Compañía General Automotriz S. A. desde el 1º de enero de 1949 hasta el 31 de julio de 1954, devengando un sueldo mensual de $ 200.00; que la anterior entidad se retiró del territorio del Norte de Santander en julio de 1954 quedando una nueva sociedad en su lugar, que lo fue la General Automotriz del Norte S. A., en la cual siguió trabajando en el mismo cargo desde el 1º de agosto de 1954, hasta el 1º de febrero de 1955, cuando fue liquidado definitivamente; que tanto la primera como la segunda compañía le reconocieron por concepto de cesantía y vacaciones $ 1.316.62 y $ 247.75, respectivamente, pero que de las anteriores cantidades solamente le pagaron $ 1.365.46; que se le dio el "preaviso" legal; que después de las liquidaciones citadas reclamó a la nueva compañía el pago de las horas extras que había laborado como celador y revisor de vehículos, cobrando por tal concepto cuatro horas diarias, pero que la empresa no atendió el reclamo; que durante los seis años que trabajó al servicio de ambas empresas y en los cargos citados, cumplió una jornada continua desde las 5 a. m. hasta las 9 p. m., durante todos los días, incluyendo domingos y festivos, sin que le fueran pagadas las horas extras y el trabajo en los días de descanso

obligatorio; que al personal de la empresa se le daba vacaciones colectivas desde el 20 de diciembre hasta el 10 de enero, todos los años, menos a él, quien tenía que cuidar tanto los talleres como las oficinas de la Empresa; que la Compañía General Automotriz S. A. le dio $ 360.00 como "bonificación voluntaria" y que en el recibo correspondiente, le hizo declarar que no le adeudaba ninguna suma por concepto de horas extras; y, finalmente, que los dominicales y festivos trabajados deben liquidarse a $ 6.66, que es el valor del salario en un día.

En derecho invocó los artículos 74 y concordantes del C. de P. L. y los artículos 23, 65, 161, 168, 179 y concordantes del C. S. T.

La demandada, por medio de apoderado, se opuso a las pretensiones del actor; negó la mayoría de los hechos; aceptó parcialmente otros y propuso las siguientes excepciones perentorias: "la contenida en el ordinal c) del artículo 162 del C. S. T.", las de compensación y pago y la de "inexistencia de responsabilidad entre mi mandante y Ramírez por trabajo efectuado o prestado a la Compañía General Automotriz S. A., por cuanto el antiguo Gerente de esa Empresa Antonio Borrero Falla, con base en la facultad contenida en el numeral 4 del artículo 69 del C. S. T. liquidó las prestaciones debidas. Esta excepción no quiere decir que acepte responsabilidad de naturaleza alguna posterior a la fecha en que se instaló la nueva Empresa".

El Juez del Trabajo de Cúcuta, que fue el del conocimiento, desató la controversia por sentencia de fecha 25 de junio de 1957, por la cual no declaró probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, condenó a la empresa al pago de $ 2.111.22 por concepto de domingos laborados y no pagados, $ 8.400.00 valor de cuatro horas diarias extra-nocturnas, durante el tiempo de servicio. Absolvió a la empresa de los demás cargos formulados y la condenó parcialmente en costas.

Los apoderados de ambas partes interpusieron recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona —Sala Laboral—, el que por sentencia de 30 de noviembre de 1957 revocó en todas sus partes la de primer grado y en su lugar absolvió a la sociedad demandada de los cargos formulados en el libelo. Se abstuvo de condenar en costas.

El apoderado del actor interpuso recurso de casación, el que le fue concedido por el Tribunal. Admitido y tramitado, corresponde decidirlo a esta Sala de la Corte y a ello se procede teniendo en cuenta la demanda presentada y el correspondiente escrito de réplica.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación.—Persigue que la Corte case totalmente la sentencia acusada "y decida sobre lo principal del pleito, obligando a la parte demandada a pagarle todos sus derechos a mi mandante por el tiempo suplutorio de trabajo, junto con los días feriados y festivos, todo como lo ordena el contrato estipulado entre las partes contratantes".

CARGO UNICO

Con base en la causal 1ª del artículo 87 del C. de P. L., en un solo cargo acusa la sentencia de ser violatoria del literal c) del artículo 162 del C. S. T., "por el doble mecanismo del error de hecho y de derecho". Más adelante, al desarrollar el cargo, agrega que también fueron infringidos los artículos 65, 161, 177 y 178 ibidem que dejaron de ser aplicados por el Tribunal.

Error de hecho.—Dice que se incurrió en este error "porque se interpretaron defectuosamente las pruebas o se dejaron de apreciar". Señala como "pruebas mal apreciadas o no apreciadas", las siguientes: a) El contrato de trabajo que obra al folio 5 del primer cuaderno, en cuya cláusula segunda se estipuló "una jornada de ocho (8) horas diarias y de cuarenta y ocho (48) semanales"; y b) Las declaraciones de Hernán Fernández B., en cuanto este testigo dice que "el señor Ramírez Cuberos mantenía abierto el taller todos los días: con seguridad hasta las seis p. m. y en ocasiones hasta las nueve p. m."; Rubén Darío Parra (folio 64) en cuanto afirma: "...en ocasiones traje carros para entregarlos en la Automotriz y los entregué de noche, una vez como a las once de la noche y otra vez como a las tres de la mañana..."; Campo Elías Jiménez (folios 99 y siguientes del cuaderno número 2) "quien afirma que veía al señor Ramírez a todas horas trabajando y días feriados". Agrega: "todos los testigos vieron a mi mandante al servicio de la compañía trabajando en horas a que estaba obligado y no le correspondían en conformidad con el contrato estipulado". De donde concluye que "se le obligó a una jornada superior a la estipulada en el contrato de trabajo visible al folio 5 del cuaderno

número 1, lo cual está reforzado con las posiciones absueltas por el mismo demandante". c) Los documentos que se encuentran a folios 14 y siguientes, que acreditan un trabajo suplementario habitual. Concluye el primer aspecto de la acusación diciendo que "consiguientemente, ninguna de las pruebas fueron tenidas en cuenta al proferir su fallo el H. Tribunal".

Error de derecho.—El recurrente lo presenta, así: "La omisión de estimar estas pruebas anteriores, o la defectuosa interpretación de las mismas, condujo al H. Tribunal, al error, de creer que el literal C. del artículo 162 del C. S. del T. no puede ser modificado a favor de los trabajadores, a virtud de estipulación expresa. Los contratantes estipularon la jornada ordinaria de 48 horas semanales, estipulación que es perfectamente válida y sobre lo cual aparece de manifiesto el error del H. Tribunal. Los $ 200.00 que estipularon de remuneración anual, le eran debidos al trabajador por jornadas semanales de 48 horas, de acuerdo con el contrato, luego cualquier exceso de dicha jornada daba lugar al pago suplementario, fuera en los días corrientes de la semana, o en los feriados". Y, agrega: "Taxativamente, confiesa la empresa que mi mandante laboraba los días feriados y domingos, e igualmente horas extra-nocturnas. Todo este tiempo tenía que pagarse porque la estipulación se refería solamente a la jornada de 48 horas semanales". Para terminar la acusación, hace algunas consideraciones referentes a las estipulaciones contenidas en el contrato que vinculó a las partes, especialmente sobre las cláusulas 2ª y 4ª.

Por su parte, el opositor en el escrito de réplica a la demanda de casación le anota varias deficiencias de orden técnico que, en su concepto, son suficientes para rechazar el cargo y luego hace un análisis de la prueba testimonial atacada por el recurrente, para concluir que fue acertada la valoración y estimación que de ellas hizo el sentenciador por lo que no resultan los errores a que se refiere la impugnación.

SE CONSIDERA:

Como bien lo anota el opositor, la demanda de casación ofrece serios reparos, pues no se acomoda a los requisitos de orden técnico y legal que son indispensables para que este recurso extraordinario sea susceptible de examen por parte de la Corte. En efecto, en primer término, el recurrente se abstiene de indicar concretamente por cuál de los conceptos que prevé la ley reguladora del recurso, violó el Tribunal las normas de derecho sustancial que señala en el cargo. No dice si la infracción de ellas se produjo directamente, o por aplicación indebida o por interpretación errónea. Se limita a atacar la sentencia por estimar que ella es violatoria de la ley "por el doble mecanismo del error de hecho y de derecho" y, al intentar demostrar como incurrió el sentenciador en uno y otro de dichos errores, señala como causa el que "se interpretaron defectuosamente las pruebas o se dejaron de apreciar", planteamiento ilógico que dificulta el examen de la cuestión, puesto que no es lo mismo el que una o más pruebas se hayan apreciado equivocadamente a que se hayan dejado de apreciar. Lo primero supone una actividad del juzgador, lo segundo una omisión. Su demostración en uno u otro caso debe realizarse mediante distintos procesos de razonamiento, porque una cosa es atribuir un defecto valorativo de una prueba para llegar a la conclusión de que el juicio adoptado por el fallador es contrario a la realidad procesal y otra muy distinta es afirmar que se llegó al error porque no se tuvo en cuenta una prueba que por sí misma era suficiente para acreditar la realidad de los hechos aducidos como fundamento del derecho invocado.

Los defectos anotados bastarían para que la Corte considerase como inestimable la acusación. Empero, prescindiendo de tales deficiencias y prosiguiendo por amplitud el estudio del cargo, la Sala llega a la conclusión de que en el sub-lite no se configuran los errores que el recurrente atribuye a la sentencia.

En efecto, dijo el Tribunal: "Con los documentos que obran a folios 2 a 8, 11 a 13 y 60 a 62; las posiciones absueltas por el señor Gabriel Moreno Vega, cuya diligencia corre hacia los folios 46 a 52, y varios elementos más de prueba que sobra relacionar, superabundantemente aparece demostrado en el expediente que el demandante Ramírez Cuberos prestó, en la ciudad de Cúcuta, a la sociedad denominada 'Compañía General Automotriz S. A.', con asiento principal en Bogotá, sus servicios personales de celador, desde el 1º de enero de 1949 hasta el 31 de julio de 1954, con una remuneración de $ 200.00 mensuales; que el 1º de agosto del citado año de 1954 pasó a trabajar, en el mismo cargo y con el mismo sueldo mensual, bajo la dependencia de la Empresa demandada, la cual sustituyó en la zona de Cúcuta

la anteriormente nombrada, y a cuyo servicio permaneció hasta el día 1º de febrero de 1955, y que ambas sociedades le liquidaron y cancelaron oportunamente y a su satisfacción, el monto del auxilio de cesantía y vacaciones correspondientes sobre la base del aludido sueldo, siendo de anotar, además, que la primera de las mencionadas empresas, o sea la 'General Automotriz S .A.', le reconoció y pagó 'como bonificación voluntaria', la suma de $ 350.00". "Por manera, pues, que en los autos se halla legalmente demostrado el contrato de trabajo; el pago de las prestaciones anteriormente relacionadas y, por último, la sustitución patronal en el evento, dado que este hecho aparece expresamente confesado por el propio Gerente de la firma demandada, señor Gabriel Moreno Vega, al dar contestación a la segunda pregunta del pliego de posiciones que le formuló la parte demandante".

En seguida, el ad-quem entra a estudiar si el trabajo del demandante excedió de la jornada legal correspondiente; si además de la labor de celador ejecutó la de "revisor de vehículos" y si efectivamente trabajó los domingos y demás festivos de que se habla en la demanda. Para ello aduce, en primer término, el mandato contenido en el literal c) del artículo 162 del C. S. T. que señala entre los trabajadores excluídos de la regulación sobre jornada máxima legal a los que ejerciten actividades discontinuas o intermitentes y los de simple vigilancia, cuando residan en el lugar o sitio del trabajo. Busca apoyo en la reiterada jurisprudencia que exige la demostración clara y precisa del trabajo en horas extras y en domingos y festivos para que proceda la condena al pago correspondiente a tales servicios y luego, dice:

"Examinando el expediente, encuéntrase que el demandante en orden a establecer sus funciones de celador y revisor de vehículos, a la vez, y su trabajo en horas extras y días domingos y demás feriados, adujo al debate, como pruebas, los documentos en papel rosado que figuran a folios 14 a 19, que llevan el membrete de la 'Compañía General Automotriz S. A.' y por título: 'Inventario de Automotores', y los testimonios de los señores Evelio Macías, Hernán Fernández, Rubén Darío Parra y Campo Elías Jiménez, visibles, respectivamente, a folios 39 a 40, 52 a 54, 63 a 64 del primer cuaderno, y 8 a 11 del segundo cuaderno, pues la declaración del último de dichos testigos fue recepcionada dentro de la segunda instancia de la litis". En seguida, transcribe tales testimonios, en lo sustancial y pertinente, y agrega:

"Analizados con todo detenimiento los anteriores elementos probatorios, la Sala, en primer término, observa que si bien de ellos se deduce que el demandante Ramírez Cuberos desempeñó algunas actividades relacionadas con la revisión de los vehículos que llegaban y salían del garage o los talleres a su cuidado, actividades que, según brota de autos, consistieron en observar exteriormente los vehículos y dar cuenta de los desperfectos que presentaran, tales labores en caso alguno pueden estimarse como independientes a las de su cargo de celador, desde luego que estas últimas fueron las predominantes durante todo el tiempo de sus servicios, ya que las primeras las llevaba a cabo de manera ocasional, cuando llegaban y salían vehículos, lo cual no era todos los días, como es obvio suponerlo, y que, por lo demás, esas actividades de revisor fueron, en tales condiciones, inherentes a las de celador". Trae en apoyo de esta conclusión la propia confesión del demandante (folios 37 a 38) al responder a la pregunta de cuál era su labor como celador, y agrega:

"Y en segundo término, que ni aun aceptando que las aludidas actividades de revisor de vehículos hubiesen constituído una labor independiente o desvinculada de la de celador, ni aun así procederían las condenas impetradas en la demanda, desde luego que aquellas actividades tendrían necesariamente que catalogarse como discontinuas o intermitentes, puesto que constantemente no estaban llegando ni saliendo vehículos de los talleres, y, por lo demás, que en los autos no se halla comprobado en la forma requerida por la doctrina y el simple buen sentido, el trabajo en horas extras, domingos y demás días festivos, a que alude la demanda; y, en cuanto a horas extras, si el trabajo de Ramírez Cuberos pudo exceder de la jornada máxima señalada por la ley, ello no le da acción a éste para demandar su pago, en razón de que por haberse tratado de actividades discontinuas o intermitentes y de simple vigilancia desarrolladas (sic) en el propio lugar o sitio del trabajo, se encontraba excluído de dicha jornada, con arreglo a lo consagrado por la ya citada disposición del literal c) del artículo 162 del C. S. del T.".

Ahora bien: El impugnador para demostrar el error de hecho da a conocer fragmentariamente el contenido de las declaraciones rendidas por Hernán Fernández B., Rubén Darío Parra y Cam-

po Elías Jiménez, que a su juicio demuestran el trabajo del demandante en horas extras y en dominicales y festivos, pero se abstienen de referirse a la declaración del testigo Evelio Macías (folios 39 a 40) en que también apoya su decisión el Tribunal. Se abstiene, igualmente, de indicar en qué consistió el error de hecho, y tampoco lo demuestra, ni dice de qué manera incidió en la parte resolutiva de la sentencia. No obstante lo anterior, la Sala ha examinado las pruebas indicadas, aceptando, además, que por el contrato las partes estipularon una jornada de trabajo de ocho horas diarias y de 48 semanales para las funciones de vigilancia que le correspondía ejecutar al demandante quien residía en el mismo lugar o sitio del trabajo, puesto que esta limitación no se opone a la previsión contenida en el literal c) del artículo 162 del C. S. T., ya que tal pacto beneficia al trabajador al reducir su jornada de trabajo que podía ser limitada por razón de la actividad que le correspondía desarrollar, para colocarla, convencionalmente, dentro del marco de la jornada máxima legal. De tal examen se llega a la conclusión de que no puede cambiarse el juicio del Tribunal, puesto que no resulta, de la prueba testimonial aportada, elementos suficientes que permitan establecer, con la debida precisión y claridad y sin lugar a dudas, que el demandante trabajó todas las horas suplementarias reclamadas y en todos los días de descanso obligatorio que se relacionan en la demanda, ni tales testimonios dan base para acreditar en forma cierta y determinada un tiempo siquiera menor de trabajo en horas extras y días festivos. Toda decisión contraria a la adoptada por el Tribunal tendría necesariamente que basarse en cálculos y suposiciones acomodaticias que, por lo tanto, están fuera del ámbito y de las facultades del juzgador. No está, pues, demostrado el error de hecho, ni menos con las características de cierto y evidente que la ley requiere, para que pueda quebrantarse la sentencia impugnada.

ERROR DE DERECHO

Respecto al error de derecho que se plantea en el cargo que se estudia, ya se ha visto que el recurrente lo estructura afirmando que el Tribunal estimó erradamente en su decisión que "el literal C) del artículo 162 del C. S. del T. no puede ser modificado a favor de los trabajadores, a virtud de estipulación expresa", y para demostrarlo invoca que conforme al contrato de trabajo celebrado entre las partes se estipuló una jornada de trabajo de ocho horas diarias y de 48 semanales y que el sueldo estipulado de $ 200.00 sólo cubría dicha jornada pero no el trabajo ejecutado en horas extras y en días de descanso remunerado.

Tal planteamiento del impugnador es equivocado, si se tiene en cuenta que el error de derecho consiste en atribuirle a una prueba un valor que legalmente no le corresponde o en dejar de atribuirle el valor que le asigna la ley. Por tanto, este concepto no comprende todo error en que haya podido incurrir el Tribunal sentenciador en la estimación de los elementos probatorios que determinaron su convicción, sino que es necesario que el error implique la violación de un precepto legal sobre prueba. Por lo demás, conforme a la previsión del artículo 87 del C. de P. L. "sólo habrá lugar a error de derecho en la casación del Trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo", situación ésta que no es la contemplada en el caso presente, puesto que el trabajo ejecutado en horas extras que excedan la jornada legal o la estipulada contractualmente, lo mismo que el realizado en días de descanso obligatorio, son hechos que no requieren, conforme a la ley, de determinadas solemnidades para su existencia y prueba. Además, la supuesta interpretación errónea del literal c) del artículo 162 del C. S. T. por parte del Tribunal, implicaría no un error de derecho sino una violación directa de ley, que por tanto no puede acusarse por la vía indirecta, tal como lo hace el recurrente.

Finalmente, en relación con el pago que se demanda por trabajo en dominicales y en días festivos, observa la Sala que el impugnador señala como violados los artículos 177 y 178 del C. S. T., el primero, relativo al descanso en días festivos, nacionales o religiosos y, el segundo, que se refiere a la suspensión del trabajo en otros días de fiesta, para determinar los casos en que el patrono debe remunerar esos días. Ocurre que el precepto legal que regula la retribución del trabajo en domingos o días de fiesta, no lo cita el recurrente. La proposición jurídica, por lo que hace a tales extremos, resulta incompleta y lo hace inestimable en casación.

Por todo lo expuesto, el cargo no prospera.

A virtud de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, Sala Laboral, de fecha 30 de noviembre de 1957.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto De Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA

PLAZO PRESUNTIVO EN EL CONTRATO LABORAL. ACCIDENTE DE TRABAJO. ATRIBUCIONES DE LA MEDICINA INDUSTRIAL. EXAMEN SANITARIO

No prosperan los cargos hechos contra la sentencia que absolvió a una sociedad cafetera del pago de ciertas indemnizaciones reclamadas por el trabajador. Se detiene la Corte a discriminar las distintas facultades de la Medicina Industrial y a fijar el valor de las respectivas intervenciones suyas.

ENUNCIACION ESQUEMATICA

DE DOCTRINAS:

1.—El proceso judicial declara derechos preexistentes, constituye, modifica o extingue estados jurídicos o define relaciones jurídicas inciertas, pero no tiene por objeto, por regla general, declarar la existencia de simples situaciones fácticas.

2.—Resulta ineficaz la acusación a que se refiere el primer cargo, porque el recurrente no cita, entre las normas que considera violadas, aquella que establece la indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, derecho éste que, conforme a la imputación contenida en tal cargo, desconoce la sentencia.

3.—Para que los derechos especiales que corresponden al trabajador accidentado se concreten debidamente, no hasta el presupuesto del accidente, sino que se requiere la calificación de la correspondiente incapacidad, una vez terminada la atención médica.

4.—La caída que sufre un trabajador es un accidente, pero para que lo sea de trabajo se requiere que él por resultado o lesiones orgánicas o perturbaciones funcionales permanentes, reuniéndose los demás requisitos de la definición legal.

5.—Si el sentenciador no le da a una prueba el valor que la ley le asigna, el error en que incurre no es de hecho sino de derecho, según la noción que de esta clase de vicio tiene la doctrina y la jurisprudencia.

6.—La Medicina Industrial actúa como árbitro, pero únicamente en lo atinente a la clasificación de la incapacidad resultante del accidente o de la enfermedad profesional. Su concepto sobre cuestiones distintas, a lo sumo podrá tomarse como un dictamen pericial, sin valor obligatorio para los litigantes.

7.—Es claro el deslinde entre la actividad del experto y la del árbitro: aquél actúa como auxiliar de la justicia, éste la reemplaza y obra como Juez.

8.—Del conjunto de atribuciones que a la Medicina Industrial otorgan las leyes y decretos respectivos, resulta que tiene las siguientes: a) la de simple consultar; b) la de consultar técnico; c) la de perito; y d) la de árbitro.

9.—La Medicina Industrial presta a la autoridad administrativa del trabajo y a la justicia laboral, una doble colaboración, de carácter técnico, así: una en conciliación ante el Inspector del Trabajo, ya como perito, ora como árbitro, en actuación afini-

nistrativa; otra ante la justicia laboral, como perito únicamente.

16.— Para que pueda hablarse de violación directa se requiere que el hecho regulado por la ley esté demostrado en el juicio y que no obstante haberlo reconocido el tribunal, deje de aplicarla, colocándose en abierta rebeldía con lo que la norma preceptúa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., veintisiete de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez)

MATERIA DEL PLEITO

José Joaquín Laserna Hernández demandó a "la Compañía Cafetera La Victoria Limitada", representada por su Gerente, para que previos los trámites de un juicio ordinario laboral, se la condene por sentencia al pago de lo siguiente: auxilio de cesantía; indemnización por accidente de trabajo y las correspondientes prestaciones en especie (servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos y hospitalarios); los perjuicios resultantes del incumplimiento del contrato de trabajo y los derivados de la indemnización moratoria; la suma de $ 10.00 diarios desde la fecha del accidente hasta que le sean satisfechas las prestaciones en especie derivadas de aquél; los intereses legales sobre el valor de las condenas; y las costas del juicio.

Refiere la demanda que José Joaquín Laserna prestó servicios personales a la Compañía Cafetera La Victoria, según contrato verbal de trabajo, habiendo ejercido diversas funciones, como la limpieza y recolección de café y la de ayudante de albañilería; que la relación de trabajo comenzó el 22 de mayo de 1956 y terminó el 2 de marzo de 1957, fecha en que fue despedido por la empresa, sin justa causa; que el salario convenido fue la suma de $ 4.50 diarios; que el 16 de enero de 1957 sufrió un accidente de trabajo y la sociedad no le prestó los servicios médicos, farmacéuticos, hospitalarios y quirúrgicos que ordena la ley; que tampoco le entregó el carnet de que habla el artículo 41 del C. S. T. ni el certificado de que trata el artículo 57 ibidem: que al terminar el contrato el patrono no le dio el preaviso correspondiente ni le pagó las prestaciones e indemnizaciones sociales causadas.

En la respuesta a la demanda la sociedad expresa que no son ciertos o no le constan los hechos que ella afirma. Dice además, que el actor celebró con la Compañía un contrato con fecha 2 de diciembre de 1956 como recolector de café en "La Victoria" por el término de la cosecha de 1956 a 1957; que el contrato expiró el 8 de marzo de 1957 al terminar la cosecha y que por haber tenido por objeto una obra determinada, no era del caso darle al empleado preaviso alguno.

El juicio terminó en primera instancia por sentencia de fecha 31 de enero de 1958, dictada por el Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta. La decisión condena a la sociedad a pagar y suministrar al actor lo siguiente:

"1º.— La suma de $ 1.557.10, por incapacidad permanente parcial.

"2º—Asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, por el tiempo que se requiera sin exceder de dos años, comprendidos los exámenes complementarios como radiografías, consulta de especialistas, prescripciones terapéuticas completas, como transfusiones y fisioterapia, según el aparte a) del artículo 204 del C. S. T.

"3º—Mientras dure la incapacidad temporal a José Joaquín Laserna Hernández, con motivo de las hernias que padece, la suma de $ 5.51 diarios hasta por seis meses.

"4º—Deniéganse las peticiones 1ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª y 9ª de la demanda.

"5º—Costas a cargo de la parte demandada".

Contra la sentencia del Juzgado apelaron ambas partes. La decisoria del recurso de alzada, proferida por la Sala Laboral del Tribunal de Santa Marta el 24 de marzo de 1958, revoca la de primer grado, "por la cual se condena a pagar el accidente de trabajo sufrido por José Joaquín Laserna Hernández, y, en su lugar, condena a la "Compañía Cafetera La Victoria Limitada", a pagar al actor la suma de $ 22.46, por concepto de cesantía. Se abstuvo de la condena en costas.

Recurrió en casación la parte demandante. Concedido el recurso y debidamente preparado, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

LA DEMANDA DE CASACION

Fija el alcance de la impugnación en estos términos:

1º:—Que se haga por la Corte la declaración de que entre las partes existió contrato de trabajo, y

la de que éste lo terminó la sociedad sin justa causa, por lo cual le debe al actor los salarios de dos meses, diez y ocho días, término que faltaba para vencerse el plazo presuntivo.

2º—Que Laserna Hernández sufrió un accidente de trabajo el 16 de enero de 1957, que debe ser tratado e indemnizado como lo ordena la ley.

3º—Que a título de multa la sociedad le debe pagar al actor la suma de $ 5.51 diarios, por no haber satisfecho las prestaciones en especie derivadas del accidente de trabajo.

4º—Que la sociedad debe pagarle al actor la indemnización moratoria, por existir a su cargo deudas insolutas al terminar el contrato, y no haberle expedido el certificado sanitario.

Invoca el recurrente la causal primera de casación. Contra el fallo de segunda instancia formula cuatro cargos, que la Sala examina a continuación.

Conviene hacer estas observaciones previas:

Es defectuosa la presentación del **petitum**. El proceso declara derechos preexistentes, constituye, modifica o extingue estados jurídicos o define relaciones jurídicas inciertas, según la tridivisión que de las acciones en la actividad jurisdiccional de conocimiento ha hecho la doctrina y la jurisprudencia, pero no tiene por objeto la simple declaración de hechos, por regla general. Es, pues, improcedente pedir que se declare la existencia de simples situaciones fácticas, como la de que el contrato terminó sin justa causa, o que el actor sufrió un accidente de trabajo. El primer hecho es presupuesto de la acción de perjuicios compensatorios, y el segundo, de prestaciones en especie y en dinero, según las normas legales correspondientes. Con todo, como al lado de las peticiones sobre declaraciones de hechos, la impugnación indica los derechos que la Corte reconoce al casar la sentencia recurrida, se estudiará la demanda de casación tomando en cuenta la incidencia que refleje en las decisiones del fallo acusado.

Primer cargo. Violación de los artículos 6º, 22, 23, 24, 38, 45, 56 y 49 del C. S. T. y 2º del Decreto 617 de 1954, por haber dejado el Tribunal de apreciar unas pruebas y haber estimado otras erróneamente.

La incidencia del cargo en la parte resolutiva de la sentencia la fija el impugnador diciendo que la Corte la case "en el sentido propuesto, o sea que existió contrato presuntivo de trabajo entre el actor y la empresa y que el mismo fue terminado por parte de ésta intempestivamente antes de su vencimiento y que se le deben al actor los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para vencerse el último semestre de servicios".

La prueba que la sentencia no aprecia es el contrato de trabajo escrito (fl. 15) y la que dejó de apreciar es la confesión provocada rendida en el juicio por el representante de la sociedad. Con referencia a la primera afirma que la sociedad le hizo firmar al empleado la convención de trabajo con el propósito de burlar la ley para sustraer aquélla del plazo presuntivo. En lo que respecta a la confesión, anota que en ella admite el Gerente de la Compañía el hecho de que Laserna Hernández desempeñó diversos oficios y no únicamente el de recolector de café, por lo cual no es cierto que hubiera sido contratado para una labor determinada, como se hizo constar en el contrato escrito. En los términos expuestos sustenta el cargo el recurrente.

El apoderado de la parte opositora, al replicar el cargo, dice que éste resulta incompleto porque no cita las normas legales sobre el valor probatorio de la confesión. Observa que teniendo por objeto el contrato una labor determinada, no cabe hablar de plazo presuntivo, y que la sentencia entendió la confesión del Gerente de la sociedad en su recto sentido.

SE CONSIDERA:

El derecho a la indemnización de perjuicios lo establece el artículo 64 del C. S. T. Por tanto, aceptando que las pruebas a que alude el recurrente demuestren que el contrato, en realidad, no tuvo por objeto una labor determinada, según lo expresa el documento en que fue consignado (fl. 14) sino que su duración debe estimarse regida por el plazo presuntivo; y, además, que la sociedad le puso término ilegalmente, la proposición jurídica resultaría incompleta, pues no cita el cargo, entre las normas que la sentencia desconoce, la que consagra el derecho a la indemnización de perjuicios, antes citada. La omisión al respecto hace ineficaz la acusación, pues la Corte, no puede, de oficio, suplir una actividad que la ley impone al recurrente, como de manera constante y uniforme lo ha sostenido en su jurisprudencia.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

Segundo cargo.—Violación de los artículos 13, 14, 15, 199, 204, 207, Grupo II, numerales 15 y 16, del C. S. T. y decreto 832 de 1953, a causa de error de hecho, por mala apreciación de unas pruebas y falta de estimación de otras.

Dice el recurrente en apoyo del cargo:

En el juicio está probado el accidente de trabajo que sufrió el actor, "la aceptación de las partes de someter el punto de accidente a arbitraje obligatorio de la Medicina e Higiene Industrial, el concepto de ésta y la indemnización del mismo, como los fundamentos y la declaratoria de los demás derechos a que tiene derecho el actor como consecuencia del accidente de trabajo".

Del proceso resulta que el 16 de marzo de 1957, hallándose el trabajador en predios de La Victoria, de propiedad de la sociedad, al momento en que cargaba cinco latas de café, sufrió dos caídas; por tal motivo sintió fuertes dolores, "causados por dos hernias y una punta de hernia". La empresa, varios días después del suceso, lo envió al servicio médico y éste conceptuó que el demandante no estaba incapacitado para trabajar, cuando la verdad es que sí se inhabilitó para el desempeño de sus funciones, viéndose obligado a guardar cama por varios días, sin que la empresa le hubiera prestado los primeros auxilios.

La inspección ocular (fl. 51) registra pagos de salarios al actor, en la segunda quincena de enero y primera de febrero de 1957, luego al realizarlos aceptó que el actor sí había sufrido accidente de trabajo. "Esta prueba no la tuvo en cuenta el Tribunal".

El Gerente de la sociedad acepta en posiciones que el trabajador le dio aviso del accidente, pues en ellas manifiesta: "supimos eso, según sus mismas explicaciones, al día siguiente". "Esta circunstancia tampoco fue tomada en cuenta por el H. Tribunal como prueba para la configuración de la indemnización del accidente...".

Antonio Salazar Escorcia, único declarante en el juicio, afirma en su testimonio (fls. 45 a 47) haber visto que el actor estaba enfermo el día en que sufrió la caída y guardó cama por varios días y que la empresa se demoró en darle la autorización para el examen médico. Tampoco tuvo en cuenta el Tribunal esta "prueba ni adujo nada positivo en favor del actor ni encontró ninguna relación de causalidad entre el hecho de la caída, las afirmaciones del gerente y los salarios por el accidente que la empresa le pagó al actor...".

Los fundamentos del Tribunal para negar el pago de las prestaciones derivadas del accidente, son errados, pues no se sustentan en las pruebas relacionadas, sino en el concepto de su médico, doctor Jacobo Tovar Daza.

Aun prescindiendo de las pruebas relacionadas, el Tribunal tuvo a la vista, para su valoración, dos documentos, "que son la culminación no sólo de una prueba por excelencia plena, sino el resultado de un arbitraje obligatorio...". En la audiencia del 23 de marzo de 1957, "las partes de común acuerdo dejaron a la decisión de la División de Medicina del Trabajo lo relacionado con el accidente de trabajo sufrido por el actor, y fue en virtud de ese acuerdo que la División profirió su concepto". En éste dispone que "el demandante debe ser operado por cuenta del patrón y que se le debe una indemnización de siete meses por tratarse de hernia-accidente" (fl. 8). Con posterioridad la Medicina del Trabajo confirmó el concepto anterior, por lo cual no queda duda "que la entidad demandada debe pagar la operación de las hernias, los salarios hasta por seis meses y los servicios médicos, hospitalarios, terapéuticos y farmacéuticos hasta por dos años". El dictamen en referencia está en firme "y es no sólo una ley para las partes, sino que ha debido ser apreciado por el ad-quem en todo su valor probatorio, puesto que proviene de autoridad competente en el ejercicio legal de su cargo, sino que además fue una decisión de obligatorio cumplimiento para las partes litigantes, y porque además en el término dentro del cual hubiera podido ser objetado o susceptible del recurso de apelación ante la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial, no lo fue ni por parte de la empresa demandada ni por parte de su apoderado...".

En presencia de las pruebas que acreditan el accidente de trabajo, al Tribunal no le quedaba otro remedio "que condenar a la empresa en los términos del libelo", pero no lo hizo así sino que se acogió "a conceptos de lo que son las hernias no accidentes y a la teoría de la predisposición del actor a sufrir hernias-enfermedad". La libre apreciación de las pruebas no opera en casos como el de autos, pues la sentencia no podía desechar el concepto de la Medicina e Higiene Industrial sino acogerlo en su totalidad, no sólo porque provenía de un perito en la materia, sino porque la cuestión la estaba decidiendo un árbitro. "Sube de punto el error manifiesto del ad-quem cuando establece un paralelo entre el certificado del médico de la empresa y el concepto

obligatorio del perito y árbitro de Medicina e Higiene Industrial, cuando encuentra contradicción entre los dos médicos, desecha el concepto del médico oficial, que dicho sea de paso tanto la copia del acta de la Inspección Seccional del Trabajo como el concepto de Medicina Industrial, son documentos públicos; porque hay una predisposición herniana de Laserna, ya que en el curso de un mes le apareció otra hernia. Podrá tener esta fundamentación seriedad alguna cuando se le da más valor al médico de la empresa en un certificado médico que a un concepto de un perito y árbitro oficial a cuyo concepto de antemano se sometieron las partes obligatoriamente?".

El apoderado de la parte opositora solicita el rechazo del cargo, porque no se trata de hernia-accidente sino de hernia proveniente de enfermedad no profesional, según el análisis acertado que del punto hace la sentencia: que, por lo demás, el dictamen de la Medicina Industrial carece de fuerza obligatoria porque no fue notificado a las partes, como lo exige el decreto 832 de 1953.

SE CONSIDERA:

El Tribunal, en el estudio que hace de las peticiones de la demanda inicial relativas a indemnizaciones por accidente de trabajo, distingue entre la hernia-accidente, la hernia-enfermedad profesional y la hernia-enfermedad no profesional. La primera —dice— se caracteriza por los síntomas que manifiesta el trabajador inmediatamente después que ella se presenta como consecuencia del esfuerzo del acto realizado. "Al reclamante no le sucedió tal cosa, porque no está demostrado el episodio herniano, ya que si bien es cierto sufrió molestia como consecuencia de la carga que llevaba, no fue menester intervención quirúrgica inmediata y sí pudo, en cambio, volver más tarde al trabajo".

Señala el fallador la evolución de la hernia-enfermedad profesional, y luego expone:

"La hernia-enfermedad no profesional es la que se presenta no como consecuencia de un hecho repentino y fuerte, ni como consecuencia del trabajo que se realiza, sino como natural y normal manifestación orgánica del trabajador. Es decir, la que se da en personas con manifiesta predisposición herniana, apreciándose ésta en casos en que se presenta más de una hernia, simultáneamente o no. La bilateralidad es la demostración de la existencia de una franca predisposición herniana.

"En el caso del reclamante Laserna Hernández es lo que se observa, y buena cuenta de ello dan los certificados expedidos por el doctor Jacobo Tovar Daza y el Médico Seccional del Trabajo, doctor José T. Parodi. El primero dice que Laserna tiene una hernia inguinal izquierda y otra epigástrica. Se debe anotar que este certificado fue expedido el 7 de marzo de 1957. El Médico Seccional dice que padece una hernia epigástrica, una hernia inguinal izquierda y una punta de hernia inguinal derecha. Esta certificación tiene fecha 2 de abril de 1957. En el último examen el reclamante presenta una manifestación más de hernia, que no observó el primer examinador un mes antes. Revela esto la franca manifestación herniana de José Joaquín Laserna Hernández.

"Por lo dicho, la Sala concluye que Laserna padece hernia-enfermedad no profesional y no de la naturaleza que alega la demanda.

"Se alega en esta instancia que el representante de la parte demandada aceptó que el Médico Seccional dirimiera la diferencia que se había presentado. Cree este despacho que esa no fue la actitud de dicho representante, porque aprecia que él solamente se remitió al concepto del funcionario para que estableciera la naturaleza de las hernias por el reclamante. Y es de agregar que dichos conceptos son obligatorios cuando se emiten sobre casos típicos de accidente de trabajo o de enfermedad profesional y con el alcance que a ellos les da el decreto 832 de 1953".

Observa la Sala:

Como pruebas no apreciadas por el fallador señala el recurrente las siguientes: la inspección ocular (fls. 49 a 52); la confesión del Gerente de la sociedad en posiciones (fls. 40 a 44); y la declaración del testigo Antonio Salazar (fls. 45 a 47). Y como prueba mal estimada el dictamen del Médico Seccional de Santa Marta (fls. 28 y 29).

a) Inspección ocular

Es verdad que los libros registran pagos de salarios al demandante en la segunda quincena de enero y primera de febrero de 1957, por accidente de trabajo, como lo asevera el impugnador.

Sobre el punto se debe observar que el accidente de trabajo es hecho determinante de responsabilidad a cargo del patrono y da lugar a prestaciones en especie y en dinero a cargo de éste (artículo 204 del C. S. T.), pero para ello se requiere la calificación previa de la incapacidad, terminada la atención médica, de acuerdo con el

dictamen al respecto del médico del patrono, o, en su defecto por la Medicina Industrial, o el médico legista, en su caso (artículo 217 ibidem).

El accidente es uno de los presupuestos del derecho de que se trata, pero por sí solo no lo configura. Para que aquel se concrete debe ser complementado con el concerniente a la clasificación de la correspondiente incapacidad.

A lo anterior debe agregarse que objeto de la contabilidad es el registro de las operaciones o negocios del comerciante que los lleva, y de ordinario describe actos jurídicos. No tiene, pues, el encargo de recoger simples hechos, extraños a su radio de acción, como el accidente de trabajo que, a términos de la definición legal (artículo 199 del C. S. T.) es "todo suceso imprevisto y repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo" y le produzca al trabajador, sin haber sido provocado por él deliberadamente o su culpa, una lesión orgánica o perturbación funcional permanente. Empero, aunque se acepte que por haberle pagado el patrono al trabajador salarios por accidente de trabajo, según la razón contable de que hablan los libros de aquél, tal hecho —el accidente— quedó establecido, faltaría la prueba del otro presupuesto de que se ha hecho referencia.

b) La confesión provocada al Gerente de la sociedad.

En ello, afirma el cargo, se acepta por la parte demandada el accidente de trabajo. Deduce la confesión de la contestación al hecho 7º del interrogatorio. Su contenido es el siguiente: "Diga el absolvente cómo es cierto, sí o no, que el señor José Joaquín Laserna Hernández, estando prestando sus servicios a la sociedad 'Compañía Cafetera La Victoria Limitada', al bajar una loma, cargado con un saco de café, sufrió una caída?". Respondió el absolvente: "Supimos eso, según sus mismas explicaciones, al día siguiente".

Lo que el confesante admite es que, por informes del trabajador, tuvo noticia de que éste había sufrido una caída portando un bulto de café, no que tal hecho le hubiera ocasionado un accidente de trabajo. La caída es un accidente pero para que lo sea de trabajo se requiere que dé por resultado o lesiones orgánicas o perturbaciones funcionales permanentes, reuniéndose los demás requisitos de la definición legal. Por lo demás, se dejó ya explicado que, producido el accidente de trabajo, para su indemnización se requiere la calificación de las incapacidades correspondientes, hecho para el cual la ley exige prueba determinada, no susceptible de ser reemplazada por otra, sin excluir la confesión.

c) La declaración del testigo Antonio Salazar (fls. 45 a 47).

El declarante era compañero de trabajo del actor. Sobre el punto en examen dice que no vio caer al demandante. Lo único que le consta es que "lo vio llegar cojeando al puesto de medición de café en la hacienda La Victoria en un día del mes de enero del presente año (1957); "que desde ese día no pudo continuar trabajando y que al día siguiente amaneció en cama".

Los resultados de un hecho material, como el presenciado por el testigo, no prueban el accidente de trabajo. Apenas sirven para establecer una alteración de la salud, pero, como se dejó dicho, para que aquél se produzca se requiere que el suceso que lo determine le deje a quien lo padece lesiones orgánicas o perturbaciones funcionales permanentes, fenómenos extraños a la simple percepción testimonial, que no está en capacidad de apreciar sino el experto médico.

Se concluye de lo expuesto que, si el Tribunal toma en cuenta las tres pruebas relacionadas, no habría podido deducir de ellas un accidente de trabajo, por lo cual no resulta demostrado el error de hecho que a la sentencia le atribuye el recurrente.

DICTAMEN DE LA MEDICINA INDUSTRIAL

Sostiene el cargo que fue mal apreciado por el sentenciador. A juicio del recurrente el dictamen acredita el accidente de trabajo, sus consecuencias y la correspondiente indemnización a cargo del patrono (prestaciones en especie y en dinero) y era de obligatoria aceptación para el Tribunal por haberse emitido como consecuencia de un acuerdo de las partes.

Sobre el particular el proceso da cuenta de estos hechos:

a) Que el contrato de trabajo terminó el 8 de marzo de 1957.

b) Que el 7 de los mismos mes y año, el médico de la empresa conceptuó que el demandante tenía dos hernias, una inguinal izquierda y otra epigástrica, que no lo incapacitaban para el desempeño de sus labores y no tenían por causa un accidente de trabajo (fls. 15 y 16).

c) Que inconforme el actor con el concepto del médico de la empresa acudió a la Inspección del Trabajo de Santa Marta el 23 de marzo del año expresado para pedirle que el médico oficial le hiciera un examen y dictaminara "sobre el accidente sufrido". Estuvo presente en la Inspección del Trabajo el apoderado de la sociedad y sobre la petición del trabajador expuso que estaba "de acuerdo con que el Inspector del Trabajo solicite del médico de Medicina e Higiene Industrial el examen del trabajador y certifique al respecto". El acta ante la Oficina de Trabajo termina así: "las partes convienen en someter el caso al médico de Medicina e Higiene Industrial para que dictamine, acompañando los certificados médicos necesarios".

d) Que el Médico Seccional del Trabajo, en dictamen del 2 de abril de 1957 (fl. 28), ratificado por el del 9 de ese mes (fl. 29), al examinar al trabajador, le encontró una hernia epigástrica, otra inguinal izquierda y una punta de hernia inguinal derecha, originadas en accidente de trabajo, las cuales debían ser operadas por cuenta del patrono, agregando que tales lesiones encajan en la Tabla de Valuación de Incapacidades, Grupo II, numerales 15 y 16, y dan derecho a la indemnización correspondiente.

De los hechos relatados se desprende que el desacuerdo entre las partes versó sobre este punto: si las hernias del demandante se debían o no a accidente de trabajo.

Concretada así la divergencia, debe examinarse si el dictamen del Médico Seccional tiene el valor probatorio pleno que le asigna el recurrente, y si por no habérselo dado el fallador incurrió en error de hecho y quebranto consiguiente de los textos legales que el cargo cita.

Debe observarse que si la sentencia no le da a una prueba el valor que la ley le asigna, el error en que incurre no es de hecho sino de derecho, según la noción que de esta clase de vicio tiene la doctrina y la jurisprudencia. Basta ese defecto de orden técnico para el rechazo de la acusación. Con todo, la Sala la estudia en el fondo por el interés doctrinario que ofrece la cuestión planteada por el recurrente.

Ante todo se debe anotar que no todo dictamen de la Medicina Industrial es de obligatoria aceptación para las partes. Para que tenga ese alcance se requiere, según se desprende de lo preceptuado en el artículo 217 del C. S. T. y el decreto 832 de 1953, la concurrencia de estos requisitos: a) Que sea hecho aceptado por el patrono y el trabajador la existencia del accidente de trabajo; b) Que haya terminado la atención médica prestada por aquél a éste; c) Que concluída esa atención, el médico del patrono califique las consecuencias del accidente; d) Que cualquiera de los interesados, rechace, en todo o parte, la certificación del médico patronal; y e) Que ambos soliciten ante el Inspector del Trabajo la calificación de la incapacidad por la Medicina Industrial, comprometiéndose a acatar su dictamen.

La Medicina Industrial actúa como árbitro, pero únicamente en lo atinente a la clasificación de la incapacidad resultante del accidente o de la enfermedad profesional. Si se le pide concepto sobre cuestión distinta, a lo sumo podrá verse en él un dictamen pericial, a juicio del sentenciador, que lo estimará según las reglas de la sana crítica, sin valor obligatorio para los litigantes.

Se dejó dicho que, conforme a la ley, la incapacidad proveniente de accidente de trabajo no puede calificarse sino terminada la atención médica, y ocurre que, en el caso de autos, el Médico Seccional de Santa Marta hizo la calificación antes de que se hubiera prestado al trabajador la atención médico-quirúrgica del caso. Es decir, emitió un concepto prematuramente, informalidad sustancial de por sí sola suficiente para negarle mérito probatorio. No lo tiene como decisión arbitral, porque lo que las partes sometieron a su juicio no fue la calificación de las incapacidades, y carece de valor como simple dictamen pericial, porque no fue producido dentro del proceso sino en actuación administrativa, sin que en autos obre la prueba de que el dictamen se puso en conocimiento de las partes, ni, por consiguiente, la de si fue o no objeto de impugnación.

Tiene un claro fundamento lógico el requisito exigido por la ley sobre calificación de la incapacidad terminada la atención médica del paciente, pues si la enfermedad es tratable, ya mediante simple atención médica, ora asociando a ella la quirúrgica y hospitalaria, deben conocerse los resultados del tratamiento para saber si el paciente queda o no incapacitado y hasta qué grado.

Es verdad que la hernia-accidente, aun operada, deja incapacidad, conforme a lo prescrito en la Tabla de Valuación (artículo 209, Grupo II, numerales 15 y 16 del C. S. T.), y la deja porque el legislador parte de la base de que, dada la índole de la lesión, la disminución de la capacidad laboral es secuela forzosa de la entidad patológica que contempla. Pero aunque ello sea así, la her-

nia-accidente no tiene relevancia legal sino hecha la correspondiente operación.

Ve el recurrente en el concepto del Médico Seccional la obra de un perito y a la vez la de un árbitro. Se ha hecho ya el deslinde entre la actividad del experto y la del árbitro: aquél actúa como auxiliar de la justicia, éste la reemplaza y obra como Juez, para la definición de una cuestión técnica.

En vista de que en la misma confusión del impugnador incurren algunos jueces y tribunales, debe la Corte estudiar el punto con más detenimiento y fijar su pensamiento sobre él. Para tal fin conviene dar a conocer la legislación que regula la actividad de la Medicina Industrial en sus relaciones con la justicia del trabajo.

La Ley 77 de 1948 reorgánica de la Medicina e Higiene Industrial, entre otras funciones (artículo 2º), le señala las siguientes:

"e) Practicar exámenes periciales de los trabajadores particulares, solicitados por los jueces y tribunales del trabajo de la nación.

"f) Servir de cuerpo técnico de consulta respecto de providencias sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales cuando así lo solicite la parte interesada.

"g) Absolver las consultas de carácter general sobre medicina del trabajo que les sean formuladas por entidades particulares y oficiales.

"h) Clasificar las consecuencias de los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales, no comprendidas en las tablas de valuación vigentes, y elaborar las que sean necesarias, de acuerdo con la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que rijan en la materia.

"n) Asesorar al Ministerio y a la justicia del trabajo, previa petición de los mismos, en el estudio y solución de los problemas relacionados con la medicina del trabajo".

El decreto 3767 de 1949, reglamentario de la ley 77 de 1948, en su artículo 2º, le da a la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial las mismas atribuciones que detalla la ley.

Entre las dependencias que integran la Oficina Nacional, el artículo 4º menciona la de los médicos seccionales. El precepto relaciona sus funciones, entre las cuales la que determina el literal g), expresa: "Emitir los conceptos periciales que les soliciten los funcionarios administrativos del trabajo y los de la jurisdicción especial del trabajo".

Dispone el artículo 7º: "Los médicos de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial colaborarán con los inspectores del trabajo en el cumplimiento del ordinal n) del artículo 1º del presente decreto (el pertinente es el artículo 2º) en la solución de las reclamaciones por prestaciones sociales relacionadas con las alteraciones de la salud de los trabajadores, cuando esas reclamaciones se hallen en la etapa conciliatoria, ya sea en los casos individuales o en los conflictos colectivos del trabajo que se presenten". Debe anotarse que la atribución a que se refiere el ordinal n), artículo 2º del Decreto, es igual a la que bajo el mismo ordinal relaciona el artículo 2º de la Ley 77.

El artículo 8º dice: "Para los efectos del artículo anterior, los inspectores del trabajo, al conocer, en la etapa conciliatoria, de una reclamación por prestaciones sociales sobre alteraciones de la salud, por accidentes del trabajo o por enfermedades profesionales, convocarán audiencias y exigirán a las partes la presentación de las pruebas y antecedentes sobre la reclamación y propondrán un acuerdo entre ellas para solucionar el problema amistosamente. Si se obtiene acuerdo, se levantará un acta en la cual se contraerá el compromiso entre las partes de solicitar el examen del reclamante y acatar el concepto técnico de los médicos de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial, el cual se producirá en armonía con las normas legales o convencionales vigentes.

"En casos de disparidad entre el concepto del médico oficial y el médico o médicos particulares que hayan intervenido en la reclamación, ya sea por parte de la empresa o del trabajador, el inspector del trabajo adicionará el acta en el sentido de someter el problema a la decisión de la Dirección Nacional de Medicina e Higiene Industrial. Para tales fines enviará el expedinete completo, con una copia del acta suscrita a la dirección y ésta tiene la obligación de emitir concepto dentro del término de quince (15) días, a partir de la fecha del recibo del expediente.

El Código del Trabajo, vigente desde 1951 y por tanto posterior a la ley y decreto mencionados, dispone en su artículo 204:

"Los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales dan lugar a las siguientes prestaciones:

"1ª Las que en especie determina este numeral.

"2ª Además, a las siguientes en dinero, según el caso:

"a).....

"b)—En caso de incapacidad permanente parcial, el trabajador tiene derecho a una suma de

dinero, en proporción al daño sufrido..... Esta suma se fija en casos de accidente, de acuerdo con la Tabla de Valuación de Incapacidades que aparece adoptada en el artículo 209 y en caso de enfermedad profesional, de acuerdo con el grado de incapacidad. Las incapacidades de que trata este ordinal serán fijadas por el médico del patrono, y en caso de controversias, por los médicos de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial, y, en su defecto, por los médicos legistas".

Con el artículo 204 guarda estrecha relación el 217 de la misma obra. Preceptúa el ordenamiento:

"1.—Los facultativos de los patronos están obligados:

"a)—Al realizarse el accidente, o al diagnosticarse la enfermedad profesional, a certificar si el trabajador queda o no incapacitado para continuar sus labores.

"b)—Al terminar la atención médica, a calificar la incapacidad que pueda resultar.

"c)..... ....

"2.—Si el patrono, el trabajador o, en su caso, los beneficiarios de la prestación, no aceptaren la certificación médica de que se trata en el presente artículo, pueden solicitar, sobre los puntos que rechazan, el dictamen de los médicos de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial, o, en su defecto, de los médicos legistas. Tal dictamen es de obligatoria aceptación".

El Decreto 832 de 1953, reglamenta, entre otras disposiciones del Código del Trabajo, las contenidas en el artículo 204 (ordinal b- de su numeral 2º) y 217 (ordinal b- de su numeral 1º).

Del decreto se destacan estos preceptos:

El del artículo 1º, según el cual, de conformidad con las normas legales citadas, los médicos que presten asistencia médico-quirúrgica a los trabajadores con motivo de una enfermedad profesional o de un accidente de trabajo, tendrán la obligación de clasificar las consecuencias definitivas de tales riesgos profesionales, una vez terminada la atención médica, de acuerdo con las respectivas tablas de valuación de incapacidades.

El del artículo 3º. — Reza la disposición que cuando se susciten controversias por la clasificación de la incapacidad establecida por el médico particular, las partes podrán solicitar de los médicos del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo, o, en su defecto, de los médicos legistas, el estudio del caso, previo el cumplimiento del trámite que indica la norma bajo los literales a) a g).

La parte inconforme con la calificación del médico particular, reza el literal a), deberá dirigirse a la Inspección del Trabajo para exponer las objeciones sobre el punto que rechaza, a fin de que el Inspector convoque a la contraparte a una audiencia de conciliación, en donde quedarán expuestos los puntos de la controversia, y se convendrá en solicitar el estudio del caso por los médicos del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial, o, en su defecto, por los médicos legistas.

Según la previsión del ordinal d), la parte inconforme con el dictamen del médico seccional o del legista, en su caso, puede interponer el recurso de reposición o el de apelación en subsidio ante el Médico Director del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial, dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación del dictamen. Y al tenor del literal f), de conformidad con el numeral 2º del artículo 217 del C. S. T., el dictamen del nombrado departamento (hoy División Nacional de Medicina e Higiene Industrial) es de obligatoria aceptación para las partes, lo mismo que el de los médicos seccionales o el de los legistas, en su caso, "cuando no se haya interpuesto oportunamente el recurso de que trata el ordinal d) del presente decreto.

Del conjunto de atribuciones que a la Medicina Industrial otorgan las leyes y decretos relacionados antes, resulta que tiene las siguientes: a) la de simple consultor; b) la de consultor técnico; c) la de perito; y d) la de árbitro.

Interesa la anterior clasificación para saber el alcance de los actos que expide la autoridad en referencia, las formalidades a que están sujetos y los medios de impugnación que contra ellos pueden ser utilizados.

El acto administrativo, de carácter general o especial, dictado por la Medicina Industrial en ejercicio de sus funciones, requiere la aprobación del Ministerio del Trabajo (artículo 11 del Decreto 3767 de 1949). El mismo requisito exige el precepto cuando la medida tiene por base las funciones que a dicha oficina confiere el artículo 2º de la Ley 77 de 1918.

Debe anotarse que el dictamen de la Medicina Industrial en su función de perito o en calidad de árbitro, como se infiere del Decreto 832 de 1953, en lo tocante a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, no está sujeto a aprobación del Ministerio del Trabajo. En el primer caso se trata de una actividad enderezada a producir efectos en juicio; en el segundo, de un pacto

extraprocesal, destinado o obtener la definición de una cuestión de orden técnico y científico.
Conclusiones:
La Medicina Industrial presta a la autoridad administrativa del trabajo y a la justicia laboral, una doble colaboración, de carácter técnico, así: una en conciliación ante el Inspector del Trabajo, ya como perito, ora como árbitro, en actuación administrativa: otra ante la justicia laboral, como perito únicamente.

a) Función arbitral.—De la normación legal que la regula resulta: que la diferencia entre las partes (calificación de incapacidades provenientes de accidente de trabajo o enfermedad profesional) y la persona del árbitro (la Medicina Industrial) son cuestiones reglamentadas por la Ley. El arbitraje no puede versar sobre punto distinto, aun mediando convenio de las partes. Para llegar al arbitraje se requiere: 1) Que los interesados convengan ante el Inspector del Trabajo en someter la diferencia ya anotada al dictamen de la Medicina Industrial: y 2) Que, además, se obliguen a acatarlo.

Lo expuesto deja ver la diferencia entre el compromiso propiamente dicho y el que se examina. Aquel versa sobre cuestión jurídica y el de la Medicina Industrial sobre una de orden técnico. En el primero el árbitro lo nombran las partes e igualmente fijan ellas la materia litigiosa, y su decisión está sometida a recurso de homologación. En el segundo la cuestión por definir y la designación del árbitro son hechos del resorte de la ley, y el dictamen, una vez en firme, no está sujeto a ningún recurso. La circunstancia de que los interesados, al pactar el compromiso, se obliguen a acceptarlo, sustrae el dictamen de todo medio de impugnación, ante la sentencia ordinaria.

b) El fallo arbitral emanado del compromiso o de la cláusula compromisoria tiene un valor equivalente al pronunciamiento judicial de mérito, produce la cosa juzgada materia y si es de condena la acción decidida, su cumplimiento puede exigirse ejecutivamente. El dictamen de la Medicina Industrial no reconoce derechos ni declara obligaciones. Constata hechos de relevancia jurídica y es apto para que con base en él las partes apliquen espontáneamente la norma legal pertinente. En caso de desacuerdo, el juicio jurídico corresponde a la justicia del trabajo, si para ello es requerida.

c) El dictamen de la Medicina Industrial en calidad de árbitro debe limitarse a calificar las incapacidades, no tiene facultad para determinar las correspondientes indemnizaciones. La actividad al respecto es fenómeno de aplicación de la ley, excluida de la competencia del árbitro. Por tanto, si como ocurre en la práctica, el dictamen gradúa las indemnizaciones, en este punto, dentro del proceso, no es obligatorio para el Juez.

d) El dictamen de la Medicina Industrial es de obligatoria aceptación para las partes y en su caso para el Juez, si emana de la División Nacional, sin otro requisito que el de su notificación a los interesados. Tiene el mismo alcance cuando proviene del Médico Seccional o del Médico Legista, una vez resuelto el recurso de reposición y en su caso el de apelación, que le corresponde decidir a la nombrada División, o transcurrido el término legal sin haberse utilizado ninguno de esos dos medios de impugnación.

e) Para estimar en juicio el dictamen del árbitro debe llevarse en copia con la constancia de su notificación. Si el concepto emana del Médico Seccional o del Legista, la copia debe ser complementada con la de las providencias decisorias de los recursos interpuestos, y si estos no se hicieron valer, con el testimonio de que el dictamen se notificó a las partes y transcurrió el término de que disponen para impugnarlo sin haberse interpuesto recurso alguno.

Función pericial.—Puede cumplirse ante el Inspector del Trabajo o ante la justicia laboral y versar sobre cualquier punto de la medicina del trabajo, incluso el de calificación de incapacidades por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. Al respecto cabe hacer estas consideraciones:

1ª—Si la pericia se rinde ante el Inspector admite la reposición si proviene de la División Nacional, y reposición y apelación subsidiaria si emana del Médico Seccional o del Legista. No es aquella de obligatoria aceptación para las partes ni para el Juez si se aduce como prueba en juicio. En éste el Juez la aprecia libremente y le da el valor que a bien tenga, según las reglas de la sana crítica.

2ª—Si el dictamen se produce en juicio, tampoco es de obligatoria aceptación para los litigantes ni vincula al Juez. Para su estimación se requiere la observancia del mecanismo procesal correspondiente, es decir, de la pericia debe darse traslado a las partes por el término legal para

que puedan solicitar que se aclare, explique o amplíe, o formular objeciones contra ella, como lo previenen los artículos 719 y 720 del C. J., aplicables al proceso laboral. Como en el caso anterior, el Juez aprecia el dictamen con libertad y fija el mérito probatorio que ofrezca, según su convencimiento.

Producido el peritazgo en el juicio, cesa la intervención de la Medicina Industrial, pues no está sometido a impugnación ante dicha Oficina. La ley no lo sujeta a un doble control: uno ante la Medicina Industrial y otro ante el Juez. En la práctica judicial se sigue ese procedimiento irregular, cuya improcedencia resalta de cuanto se deja expuesto.

En los términos anteriores define la Sala, en sus lineamientos generales, algunos de los aspectos de mayor interés relacionados con la intervención de la Medicina Industrial en la solución de asuntos de su competencia, en las diferencias entre patronos y trabajadores.

Las consideraciones que preceden llevan a la Sala a la conclusión de que el cargo carece de fundamento y, por tanto, lo desecha.

Tercer cargo. — Violación directa del artículo 207 del C. S. T., por falta de aplicación.

En apoyo del cargo dice el recurrente que la sociedad tuvo noticia del accidente de trabajo, porque sus libros de contabilidad, según la inspección ocular, registran pagos de salarios por tal concepto en la segunda quincena de enero y primera de febrero de 1957 y, además, que el accidente lo acredita el dictamen del Médico Seccional; que frente a esos hechos probados el ad-quem ha debido darle aplicación al citado texto legal, en su segundo inciso, condenando a la sociedad al pago de $ 5.51 por no haberle suministrado al actor la asistencia médica, farmacéutica, hospitalaria y quirúrgica que ordena la ley.

La parte opositora pide el rechazo del cargo porque de haber violado la sentencia la norma que acusa, su quebranto no sería directo sino indirecto, a través de error en la estimación de las pruebas.

SE CONSIDERA:

No hace mérito la sentencia de la inspección ocular sobre los libros de la Compañía respecto de las anotaciones sobre pago de salario al trabajador por accidente de trabajo en enero y febrero de 1957. Por tanto, si ese hecho probado no tuvo consecuencias jurídicas, el ataque no es viable por violación directa del artículo 207 del C. del T. sino por error de hecho proveniente de la falta de estimación de la prueba de inspección judicial.

Acredita también el accidente de trabajo, según el recurrente, el dictamen del Médico Seccional. Se ha visto ya que el Tribunal sostiene la tesis contraria. Por tanto, no puede impugnarse la sentencia diciendo que dejó de aplicar la norma legal que el cargo cita, de modo directo. Para que pueda hablarse de esta forma de violación, se requiere que el hecho regulado por la ley esté demostrado en el juicio y que no obstante haberlo reconocido el Tribunal, deje de aplicarla, colocándose en abierta rebeldía con lo que la norma preceptúa. Lo que la sentencia halla establecido en el proceso es la hernia proveniente de enfermedad no profesional, no la hernia-accidente. Es cierto que, según la pericia del Médico Seccional, se trata de accidente de trabajo, pero se dejó anotado en el estudio del cargo anterior que por haber sido ese el punto sometido a la decisión del experto y no la calificación de la incapacidad resultante del accidente, que es la cuestión regulada por el artículo 217 del C. S. T. y desarrollada por el Decreto 832 de 1953, el dictamen no tiene el mérito probatorio que la acusación le señala. En todo caso la cuestión es de hecho, lo que descarta el ataque por quebranto directo de la ley. De otro lado, si la sentencia no le dio al experticio el valor probatorio que le fija la norma legal en cita, se estaría frente a un error de derecho, modalidad que tampoco cabe dentro del concepto de violación directa.

Por las consideraciones anteriores, no es de recibo el cargo.

Cuarto cargo.—Violación de los artículos 65, numerales 1º, 3º y 57, ordinal 7º del C. S. T., a causa de error de hecho proveniente de la mala estimación del certificado médico del folio 15.

Dice el recurrente en sustentación del cargo: "El ad-quem consideró que tampoco era el caso condenar a la empresa a los salarios caídos por no haber practicado el examen médico de salida y por no haber expedido el certificado de la misma naturaleza proveniente de dicho examen".

Expone además: obra en el expediente el examen sanitario, pero no le fue entregado al trabajador, "quien lo solicitó en repetidas ocasiones

sin efecto positivo alguno". Por no haber cumplido la sociedad la obligación de entregar al demandante el certificado médico en referencia, violó las normas que el cargo cita.

La parte opositora objeta que la sanción de los llamados salarios caídos sólo se aplica cuando el patrono se muestra renuente al pago de prestaciones a su cargo, de manera temeraria e injustificada, extremo que no se contempla en el juicio, pues la cesantía, única prestación causada, fue cancelada por aquél al demandante mediante consignación de su valor.

SE CONSIDERA:

Lo que el cargo sostiene es que la sociedad no le entregó al demandante el certificado médico de que trata el artículo 57, ordinal 7º del C. S. T. Por tanto, es cuestión extraña al incumplimiento de esa obligación de hacer el reparo de que la sentencia apreció erróneamente el documento del folio 15, suscrito por el médico de la empresa, el cual da cuenta del estado de salud del demandante.

Cabe observar además:

En autos no obra la prueba de que el actor, al ingresar al servicio o durante su permanencia en el trabajo, hubiera sido sometido a examen médico, como tampoco la hay de que al terminar el contrato la empresa le hubiera negado la entrega del examen médico sanitario. Obra sí en el proceso el comprobante de que le fue practicado el examen médico después de haber expirado el contrato, según el documento del folio 16.

La obligación que al patrono impone el artículo 57, ordinal 7º del C. S. T. y la sanción que por su incumplimiento establece el artículo 65 ibidem, son temas que estudia sentencia de esta Sala de fecha 29 de agosto de 1960 (G. J. XCIII-536). Por estimarla aplicable al caso se transcriben los apartes conducentes:

"El artículo 57 del Código del Trabajo establece, en ocho numerales, las obligaciones del patrono para con el trabajador. El numeral 7º, en lo pertinente, dice:

"'Dar al trabajador que lo solicite, a la expiración del contrato, una certificación en que conste el tiempo de servicio, la índole de la labor y el salario devengado; e igualmente, si el trabajador lo solicita, hacerlo practicar examen sanitario, si al ingreso o durante la permanencia en el trabajo hubiere sido sometido a examen médico...'.

"El mismo Código, en su artículo 65, inciso 3º, sanciona el incumplimiento de la obligación a que se refiere el precepto transcrito, en cuanto al examen sanitario, con una indemnización equivalente al último salario diario por cada día de retardo, al tenor de lo previsto en el inciso 1º del indicado precepto.

"Para el patrono surge la obligación de ordenar la práctica del examen sanitario, al tenor del mandato legal transcrito, previo el lleno de estos requisitos: a) Que el trabajador hubiera sido sometido a examen médico al ingresar al servicio o durante su permanencia en el trabajo; y b) Que aquél solicite al patrono la práctica del examen a la expiración del contrato. Huelga decir que incumbe al trabajador la prueba de estos dos hechos".

Aunque no lo exprese la doctrina anterior, de ella debe deducirse la negativa por el patrono a la solicitud del empleado sobre práctica del examen sanitario, y su consiguiente demostración por parte de éste.

No obra en el proceso la prueba demostrativa de los presupuestos que configuran el derecho de que trata el inciso primero en relación con el tercero del artículo 65 del C. S. T., o de existir, no la señala el recurrente, como tampoco el error de hecho que por su estimación o falta de apreciación, haya cometido el fallador. El recurrente se limita a expresar que el trabajador solicitó la práctica del examen médico sin ser atendido, afirmación sin respaldo probatorio en el juicio.

En relación con la condena a la indemnización por mora no dice el Tribunal lo que el impugnador le atribuye, pues no la examina con vista en lo que preceptúa el artículo 65 citado, en su inciso 3º, sino frente a lo que ordena dicho precepto en sus incisos 1º y 2º, como resulta del siguiente aparte de la sentencia: "No prosperan las peticiones tercera, sexta y séptima de la demanda, porque no son hernias-accidente las que padece el trabajador". Y la quinta, referente a salarios caídos, tampoco puede prosperar porque, aunque se dio equivocación en la liquidación, se pagó el auxilio de cesantía debido".

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo.—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.



INDEMNIZACION MORATORIA

Exito de la acusación formulada contra la sentencia recaída en un juicio iniciado por un trabajador de minas de carbón. Se casa parcialmente la sentencia para ampliar el alcance de la decisión relativa a la indemnización por mora. Ineficacia de la demanda, oportunamente de la parte patronal.

ENUNCIACION DE LA DOCTRINA:

La indemnización moratoria, establecida en el artículo 65 del C. S. T., comienza a contarse a partir de la terminación del contrato de trabajo y no desde la fecha de la notificación de la demanda.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., mayo veintinueve de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.)

Por medio de apoderado y ante el Juzgado Segundo del Trabajo de Medellín, el actor Emilio Mesa demandó a la señorita Carlina Restrepo en juicio ordinario laboral de mayor cuantía para que se la condenara a pagar las sumas de dinero que se probaran por los conceptos de cesantía, primas de servicio, vacaciones, descanso remunerado en domingos y festivos nacionales y religiosos, indemnización por mora en el pago de las prestaciones y las costas del juicio. Formuló la petición subsidiaria de que las condenaciones se hicieran con base en el jornal mínimo en el caso de que no se probara la cuantía del salario. Con posterioridad se corrigió la demanda en el sentido de solicitar la condenación solidariamente contra Carlina Restrepo y Alberto Restrepo G.

Los hechos fueron relatados así:

Que el demandante Emilio Mesa trabajó desde el 25 de octubre de 1954 hasta el 6 de mayo de 1956, en las minas o vetas de carbón denominadas "La Defensa", situadas en el paraje "La Clarita" del Municipio de Amagá, habiendo sido contratado por los encargados o representantes de la demandada Carlina Restrepo o por esta última como propietaria de las minas; que en un principio se le pagó a razón de $ 50.00 por cada metro de veta que abriera y luego se subió el precio a $ 55.00; que el servicio lo prestó personalmente y acompañado los primeros cuatro meses por sus hijos Pablo Emilio y Luis Emilio Mesa, habiéndose retirado este último al cabo de dichos meses y terminó hasta finalizar el contrato con el primero de ellos; que pagó como salario a cada uno de sus hijos la cantidad de $ 5.00 diarios, remuneración que les daba de las partidas semanales más o menos fijas que recibía de la dueña de las minas de carbón, a buena cuenta del contrato, de las cuales le quedaba una suma de dinero que fluctuaba entre $ 50.00 y $ 70.00 semanales una vez pagado el jornal de sus hijos; que dichas cantidades de dinero están especificadas en los apuntes que acompañó a la demanda y que precisamente fueron copiados de los propios libros de la demandada; que la jornada de trabajo realizada era de las tres de la mañana hasta las dos de la tarde todos los días hábiles de la semana, sin recibir suma alguna por el descanso dominical y los días festivos religiosos; que por el trabajo efectuado en los días de fiestas nacionales no recibía el doble salario que la ley ordena ni se le daba el descanso compensatorio remunerado; que todos los elementos y herramientas necesarios para el trabajo los suministraba la demandada, quien en algunas ocasiones le exigía ayuda

por días en otros oficios distintos al contrato celebrado, y en esas oportunidades le pagaba a $ 7.00 por cada día; que cuando se terminó el contrato el 6 de mayo de 1956, se solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, pago que quiso evadir la señorita demandada mediante denuncia criminal que puso con gran temeridad por el supuesto delito de robo, pero que el sumario terminó con sentencia absolutoria dictada por los señores Jueces Penales del Circuito de Medellín, por lo cual ante las autoridades competentes y por separado reclamaría los perjuicios morales y materiales ocasionados con dicha denuncia.

En derecho fueron citados los artículos 22, 23, 24, 57, 65, 172 a 185, 186 a 192, 249, 253, 306 y demás normas pertinentes del C. S. del T.

La demandada Carlina Restrepo, también por medio de mandatario, dio respuesta a la anterior demanda negando varios de los hechos, ser ciertos otros y que los demás no le incumbían ateniéndose al contrato; y termina explicando que mientras el demandante trabajó al "contrato directo" no tenía derecho a prestaciones sociales, y que en cuanto al tiempo trabajado a jornal se le pagaron dichas prestaciones como consta en recibo que acompaña; que en cuanto al denuncio no se puso específicamente contra nadie y si el demandante fue detenido fue cosa de las autoridades, y en atención a su respuesta a la demanda se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas. Propuso además las excepciones de ilegitimidad de la personería en la parte demandada, carencia de acción y la genérica consistente en todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de una obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió.

Con la anterior contestación se hizo solidario el otro demandado Alberto Restrepo G., por conducto de apoderado.

Tramitada la controversia por el Juzgado del conocimiento, éste dictó su fallo de fecha 31 de enero de 1958, por medio del cual absolvió a los demandados Carlina y Alberto Restrepo de los cargos formulados en el libelo de demanda. No se hizo pronunciamiento sobre costas.

Apelada la anterior providencia por el mandatario judicial del actor, resolvió el recurso de alzada el Tribunal Superior de Medellín —Sala Laboral—, en sentencia fechada el 9 de abril de 1958, revocando el proveído del a-quo y en su lugar condenó a los demandados a pagar las siguientes cantidades: $ 577.20 por auxilio de cesantía; $ 489.27 por prima de servicios; $ 175.50 por vacaciones; $ 989.06 por remuneración del descanso dominical; $ 285.50 por remuneración del trabajo en días festivos, y $ 11.70 diarios entre el nueve (9) de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957) y aquel día en que se verifique el pago de las sumas anteriores, a título de indemnización por mora. No se profirió condenación en costas y no se declaró la excepción propuesta. Hubo salvamento de voto y se aceptó la ejecución provisional de la sentencia de segundo grado mediante garantía hipotecaria.

Recurrida en casación la providencia del ad-quem por los apoderados judiciales de ambas partes contendientes, fue concedido el recurso y subieron los autos a esta Sala de la Corte, la cual una vez surtido el trámite legal procede a resolverlo previo el estudio de las correspondientes demandas sustentatorias y escritos de oposición.

DEMANDA DEL TRABAJADOR

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Pretende la casación parcial del fallo recurrido y que en su lugar la Corte, como Tribunal de instancia, resuelva que los demandados están obligados a pagar la indemnización moratoria desde la terminación del contrato de trabajo y no desde la notificación de la demanda inicial, como lo decretó el **ad-quem**.

Con fundamento en la causal primera del artículo 87 del C. P. del T. el recurrente formula dos cargos: uno principal y otro subsidiario.

PRIMER CARGO

Está expuesto en esta forma:

"La sentencia de 9 de abril de 1958, proferida por la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Medellín, en el juicio social propuesto por Emilio Mesa contra Carlina y Alberto Restrepo, violó en forma directa por interpretación errónea el artículo 65 del C. S. del T.

"El fallador de segunda instancia no interpretó jurídicamente el artículo 65 del C. S. del T., pues en su sentencia sostiene: '.....La indemnización por mora, de conformidad con el artículo 65 del Código, en armonía con la interpretación hecha por la Sala de dicha norma, corre desde la notificación de la demanda, en este caso, y no desde la desvinculación, por cuanto no existe constancia de que el trabajador hubiese estado presto a

recibir las prestaciones en dicho momento. De otra parte, esta Sala ha sostenido que no ocurre la sanción en el evento de que el patrono hubiese tenido motivos de duda, con apoyo en hechos, sobre la existencia del contrato de trabajo y la consiguiente obligación de pagar prestaciones. Pero no basta para acogerse a esta tesis, afirmar la inexistencia del contrato de trabajo, sino que es preciso aducir hechos concretos, objetivos que pudieran plantear esa duda. Aquí no aparecen esos hechos, y la evidencia del contrato de trabajo entre las partes se impone desde el primer momento al fallador. Por tanto correrá la indemnización desde la notificación de la demanda, el 9 de septiembre de 1957, y hasta que se verifique el pago, a razón de $ 11.70 diarios...'. La sola lectura del párrafo transcrito indica una manifiesta rebeldía del fallador contra el precepto legal violado. La norma que se cita como violada establece: "Si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos... debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo". La disposición transcrita es tan clara que no caben interpretaciones acomodaticias. Terminado el contrato de trabajo, el patrono debe pagar al trabajador sus prestaciones sociales, y si no cumple esta obligación se le sanciona con la indemnización a favor del trabajador, que equivale a un día de salario por cada día de mora en la cancelación de los salarios y prestaciones sociales'.

"Como el H. Tribunal Superior de Medellín en su Sala Laboral estima que debe existir una oportunidad para que el patrono y el trabajador discutan el monto de las prestaciones, ha interpretado erróneamente tal disposición sustantiva, pues ella no tiene el significado que se le ha querido atribuir por el ad-quem".

SE CONSIDERA:

En primer lugar, es necesario observar que aunque por su enunciado pudiera pensarse que hay cierta contradicción en el planteamiento del cargo, ya que se habla de que el fallo impugnado "violó en forma directa por interpretación errónea el artículo 65 del C. S. del T.", el párrafo siguiente de la acusación despeja cualquier duda sobre el particular pues en él se sostiene que el "fallador de segunda instancia no interpretó jurídicamente el artículo 65 del C. S. del T.". Luego, es incuestionable que el cargo es por interpretación errónea de la ley.

Aclarado lo anterior, la Sala anota que la exigencia del Tribunal relativa a que "no existe constancia de que el trabajador hubiese estado presto a recibir las prestaciones en dicho momento" (el de la terminación del contrato) para concluír que la fecha de partida de los salarios moratorios es la de la notificación de la demanda, no se ajusta al contenido del referido artículo 65 ni a la abundante jurisprudencia consagrada sobre dicho texto legal. Es decir, el fallador le ha dado un entendimiento equivocado a la disposición que se señala como infringida. Ya la Corte había tenido oportunidad de pronunciarse sobre el mismo problema jurídico que se debate en el cargo y en tal ocasión dijo lo siguiente, que hoy puede reiterarse:

"Los argumentos con los cuales afianza su impugnación el recurrente se hallan dentro de la recta interpretación del mencionado artículo 65. La conclusión del ad-quem consistente en tomar como punto de partida para la sanción por mora la fecha de la notificación de la demanda parece obedecer a la imprecisión advertida por el sentenciador respecto del modo, causa y momento de la extinción del contrato, pero ni el juzgador lo dice ni fluye de la realidad procesal que ella obedeciera —como lo dice el opositor— a que aquél sólo halló consignada mala fe a partir de la notificación de la demanda. La correcta inteligencia del texto que se tiene por violado —y que efectivamente lo fue— es la de que la sanción por mora se causa por retención injustificada de los salarios y prestaciones del trabajador a la terminación del contrato. Es por consiguiente arbitrario buscar otro momento, como lo hace el sentenciador en este caso, sin razón que lo justifique. Habiéndose establecido el 27 de noviembre de 1953 como fecha de la terminación del contrato, y no hallándose ni en ese momento ni en adelante factor justificativo de la retención de las prestaciones al trabajador, resulta violatorio de la norma precitada, por interpretación errónea, proponer otra fecha posterior como punto de partida de la sanción". (Sentencia de 26 de mayo de 1959.—Juicio seguido por Manuel Salomón Insignares contra Cooperativa de Productores de Leche del Atlántico, Limitada).

Lo expuesto es suficiente para que la Sala estime que la acusación es acertada y que el cargo debe prosperar. De manera que al actuar la Corporación como Tribunal de instancia casará la decisión del ad-quem y, en su lugar, dispondrá que

los salarios moratorios se computen desde la fecha de terminación del contrato de trabajo.

Al ser acogido este cargo no es necesario, al tenor de lo dispuesto por el artículo 535 del C. J., estudiar la acusación subsidiaria que persigue el mismo propósito.

DEMANDA DE LA PARTE PATRONAL
ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Aspira a la casación del fallo recurrido y a que, en cambio, se dicte sentencia absolutoria para la parte demandada.

Sin la necesaria separación de los diferentes conceptos de violación legal, el impugnador sustenta el recurso en la forma que se va a ver.

La acusación está propuesta así:

"Acuso la sentencia dictada por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en el juicio del señor Emilio Mesa contra los señores Alberto y Carlina Restrepo, con fecha nueve de abril del año cursante, dentro de la causal primera del artículo 87 del C. Procesal del Trabajo —Decreto L. número 2158 de 1948— como violatoria de la ley sustantiva que tal sentencia es, a causa de infracciones directas, aplicaciones indebidas, interpretaciones erróneas, como también de infracciones indirectas, por errores de hecho cometidos por el sentenciador, de manifiesto en autos, como paso a demostrarlo".

Luego cita y comenta los artículos 1495, 1494, 1502 y 1602 del Código Civil; los artículos 22, 23, 24 y 34 del C. S. T.; se refiere también a documentos que reposan en el expediente, a las confesiones del demandante y al testimonio de Antonio Quiroz Taborda, y concluye su exposición en estos términos:

"De lo que se deja relatado, aparece: que el sentenciador de segundo grado violó varias disposiciones sustantivas del C. S. del T. y del C. C., por infracción directa, por aplicación indebida, por interpretación errónea, como también en modo indirecto, lo último a causa de errores de hecho en la apreciación de la prueba, que aparecen de modo manifiesto en los autos. En cuanto a lo postrero, omitió apreciar, o apreció mal, el contrato ajustado entre las partes, recogido en papel sellado, 'sible' a fls. 12 del cuaderno de las dos instancias; otro tanto hizo con relación a las confesiones sobre ejecución contractual contenidas en el libelo, fls. 6 fte. y vto. cuaderno id.; idéntico proceder, en lo atañedero a la prueba documental firmada por el actor ante testigos, fls. 11 del mismo cuaderno; lo mismo en lo relativo al testimonio de Antonio Quiroz Taborda, de la que ignoró su afirmación fundamental de que el demandante no se ajustaba a horario, ni recibía órdenes, y dio trabajo a terceros en la apertura de la lumbrera de comunicación con las dos vetas, fls. 20 a 21 del mismo cuaderno".

SE CONSIDERA

Como se puede apreciar, el cargo carece de eficacia para quebrantar la sentencia impugnada. En primer lugar y sin la necesaria separación, involucra en una sola acusación los diferentes e inconfundibles conceptos de violación legal de la causal primera del artículo 87 del C. P. T. Además, sostiene que hubo violación indirecta del artículo 34 del C. S. T., por error de hecho, y a renglón seguido afirma que hubo infracción directa de esa misma disposición, lo cual no se ajusta a la técnica del recurso extraordinario. La misma observación cabe hacer respecto de los artículos 22, 23 y 24 del C. S. T., de los que se dice fueron infringidos directamente y también por aplicación indebida.

Por las glosas anteriores, la acusación no puede prosperar.

En mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, RESUELVE: CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto condenó solidariamente a los demandados Carlina y Alberto Restrepo a pagar la cantidad de once pesos con setenta centavos ($ 11.70) diarios desde el nueve (9) de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957) y, en su lugar, condena a los citados demandados a pagar dicha suma como indemización moratoria, por cada día de retardo, desde el día seis (6) de mayo de mil novecientos cincuenta y seis (1956), fecha de la terminación del contrato de trabajo del demandante Emilio Mesa, hasta cuando se le paguen los derechos reconocidos por el ad-quem. NO LA CASA EN LO DEMAS.

Costas a cargo de la demandada recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EMPLEADOS PUBLICOS Y CONTRATO DE TRABAJO

Equivocada y deficiente acusación contra la sentencia que se negó a proferir las condenas solicitadas por un médico que prestó sus servicios al personal de una empresa de construcción y reparación de carreteras nacionales. Régimen legal que gobierna las relaciones laborales de los trabajadores de contratistas de administración delegada. Doctrina y Jurisprudencia.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS:

1.—Función principal que compete al juzgador es la de afirmar o determinar, ante todo, en forma clara y precisa, la existencia de la norma o régimen legal regulador del conflicto que debe decidir.

2.—Si el demandante prestó sus servicios en la obra que la empresa ejecutaba como simple intermediaria del Gobierno, a virtud de un contrato de administración delegada, tuvo el carácter de trabajador oficial, y los derechos, prestaciones e indemnizaciones laborales, tienen su fundamento legal en las disposiciones anteriores al C. S. T., que aún permanecen vigentes para los trabajadores oficiales.

3.—El cargo principal que formula el recurrente es ineficaz para quebrantar la sentencia, pues en él se señalan como infringidas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, que no regulan la materia controvertida, fuera la categoría oficial del trabajador. Y si el Tribunal se apoyó en ellas para proferir el fallo, resulta claro que la acusación debió proponerse como violación directa, por haberlas aplicado a una situación no gobernada por el régimen establecido por el C. S. T., y no por la vía indirecta, a través de errores de hecho, que fue el medio escogido por el recurrente, pues este motivo de violación de la ley obedece a un fenómeno de error en la apreciación probatoria, pero bajo el supuesto necesario de que las normas respectivas sean aptas para regular el derecho discutido.

4.—Se abstiene el recurrente de indicar concretamente cuáles de las disposiciones contenidas en las leyes y decretos que cita, fueron infringidas por el juzgador, y la Corte no puede suplir esa omisión, ni cumplir la actividad que corresponde al demandante.

5.—El artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 es el precepto que, por vía de excepción, hace posible ubicar los servicios prestados por un trabajador oficial a la Administración, como una vinculación regida por un contrato de trabajo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION LABORAL. — Bogotá, D. E., treinta y uno de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

Félix Henao Toro, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado Segundo del Círculo Judicial de Manizales a la Empresa Utah-Olap, para que fuese condenada a pagarle las sumas de dinero que resultasen probadas en el juicio, por los

siguientes conceptos: Indemnización por el rompimiento unilateral del contrato o subsidiariamente "el preaviso que ha debido darse", salarios correspondientes a los descansos en dominicales y festivos, compensación pecuniaria por vacaciones causadas y no disfrutadas, auxilio de cesantía, "primas de navidad", indemnización moratoria y las costas del juicio.

Como hechos relató los siguientes:

"Primero.—Mi poderdante trabajó para la empresa Utah-Olap, en esta ciudad, más o menos desde octubre de 1951 hasta el 15 de mayo de 1955, habiendo ingresado a la empresa mediante contrato suscrito.

"Segundo.—Las labores que desempeñó fueron las de médico del personal adscrito a dicha empresa.

"Tercero.—La remuneración era por unidad de servicio o tarea (consulta en la oficina, visita domiciliaria, visita hospitalaria, etc.), lo cual le representó un promedio de más o menos mil doscientos pesos mensuales ($ 1.200.00).

"Cuarto.—Mi representado no disfrutó de vacaciones en descanso, ni le fueron compensadas en dinero; tampoco recibió la remuneración correspondiente a los días de descanso legal, dominicales y festivos; no le fueron pagadas las primas de navidad, así como tampoco la cesantía.

"Quinto.—Fue despedido alegando reorganización de los servicios médicos y sin que se le hubiera pagado la indemnización correspondiente o el preaviso".

En derecho se apoyó en la Ley 6ª de 1945, Ley 65 de 1946 y en el Decreto 2127 de 1945.

La Empresa demandada, por medio de apoderado, se opuso a las peticiones de la demanda. En cuanto a los hechos los respondió así:

"AL PRIMERO.—No es cierto y explico: el doctor Henao Toro no trabajó para la Empresa 'Utah-Olap'; él era un profesional libre a quien la compañía le enviaba con alguna frecuencia trabajadores enfermos para su examen y tratamiento y por lo tanto lo que existía con respecto a él era una pluralidad de prestaciones esporádicas, sin que existiera una actividad sistemática con carácter de continuidad, disciplinada por normas convencionales reguladoras de derechos y obligaciones respecto de la compañía y del personal aludido'. En cuanto a las fechas señaladas nada me consta y debe demostrarse.

"AL SEGUNDO.—No es cierto. El doctor Henao Toro es un profesional que presta sus servicios a la Facultad de Medicina de la Universidad de Caldas, a varias Instituciones y a los particulares que solicitan sus servicios; es, en síntesis, un profesional libre que pone a disposición de esas entidades o particulares sus conocimientos científicos sin que se someta a la voluntad de sus clientes y sin que, por tanto, quede obligado a obedecerles.

"AL TERCERO. — El demandante presentaba mensualmente cuentas de cobro, cuya cuantía ignoro, de acuerdo con los servicios prestados a los trabajadores de la empresa, las cuales le eran cubiertas oportunamente.

"AL CUARTO. — Como lo signifiqué, el doctor Henao Toro prestó sus servicios médicos a los trabajadores de la 'Utah-Olap', no en calidad de empleado de la empresa, sino como médico particular, sin sujeción a horario alguno, sin continuada dependencia o subordinación; sin que el demandante estuviera inhibido para atender libremente, como efectivamente lo hacía, a cualquier hora del día o de la noche, clientes particulares, en su consultorio o fuera de él, sin que haya constancia de que para tales actividades necesitara permiso o autorización de la empresa, el que no necesitaba solicitar dada la índole del convenio con la misma, todo esto, explica satisfactoriamente que no están reunidos los requisitos que configuran un contrato de trabajo.

"El demandante era un médico particular y no dependía como empleado de la empresa, ya que jamás devengó sueldo ni se le hizo nombramiento, ni tomó posesión de puesto alguno, ni figuró en planillas o nóminas de las obras, ni a sueldo o a jornal, sino únicamente en las cuentas de cobro que periódicamente pasaba de acuerdo con los servicios profesionales que prestaba a los trabajadores, y era libre de ausentarse de la ciudad si así lo determinaba, sin que para ello requiriera autorización de la empresa".

En el mismo escrito de contestación de la demanda, entre las pruebas que relacionó, para fundamentar su oposición, pidió que por el Ministerio de Obras Públicas se certificara si es verdad que entre la empresa "Utah-Olap" y la Nación se tiene celebrado un contrato para la reconstrucción de carreteras nacionales, por el sistema de

administración delegada, y que por el Ministerio el Gobierno se remitiese un ejemplar, debidamente autenticado, del Diario Oficial en que se publicó el referido contrato con la Nación. En la primera audiencia de trámite, el apoderado de la Empresa reiteró su solicitud para que se ordenase por el Juzgado la práctica de las pruebas relacionadas en el escrito de contestación de la demanda, las que fueron decretadas por el Juzgado del conocimiento.

El Juzgado Segundo del Trabajo del Círculo Judicial de Manizales, a quien correspondió el conocimiento del negocio, profirió sentencia con fecha 26 de julio de 1956, por la cual condenó a la Compañía "Utah-Olap" a pagar al demandante, la suma de $ 9.524.34, por los siguientes conceptos: $ 4.010.30 como indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, $ 1.209.09 por vacaciones, $ 2.874.05 por cesantía y $ 1.436.90 por primas de navidad. Absolvió a la Empresa de los demás cargos formulados en la demanda y no hizo condenación en costas.

Los apoderados de ambas partes interpusieron el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado. En la audiencia de trámite celebrada en el Tribunal, el día 8 de noviembre de 1956, el apoderado de "Utah-Olap", alegó, como excepción perentoria, la de inepta demanda, por haberse dirigido contra persona distinta de la obligada a responder, y pidió que así se declarase. Para sustentarla, expresó lo siguiente: "a) En los autos está probado mediante copia auténtica del Diario Oficial y con certificado del Ministerio de Obras Públicas que el contrato celebrado entre el gobierno nacional y la compañía "Utah-Olap" es sin lugar a dudas de los denominados por administración delegada, como reza la cláusula primera del mismo. Según esa convención, los dineros para las obras son suministrados por el gobierno, el equipo de trabajo lo suministra el gobierno, quien además está facultado para cambiar, dentro de la ejecución del contrato, los estudios y proyectos de las obras, como también sus especificaciones y normas pudiendo inclusive solicitar el despido de trabajadores, quedando obligada la compañía a atender tales solicitudes. El contratista, de acuerdo con el contrato devenga un honorario fijo, debe rendir cuentas a la Contraloría General de la República quedando sujeto completamente a la interventoría del gobierno en el cumplimiento de todas sus obligaciones. De conformidad con estas estipulaciones la entidad demandada no tiene el carácter de patrono pues su papel está reducido al de la simple administración". Y más adelante, dijo: "b) Dentro del mismo orden de ideas y de conformidad con lo establecido en el contrato entre la entidad demandada y el gobierno nacional y según el cual corren a cargo del último las prestaciones sociales de los trabajadores de la obra, el libelo debió dirigirse contra éste so pena de quedar viciado de nulidad el procedimiento por falta de citación y emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio (artículo 448 del C. J.). Si así no se hiciere y se condenara a la compañía que represento, no obstante tener ésta el carácter de administradora y siendo de cargo de la Nación el pago de las prestaciones sociales, se quebrantaría un ordenamiento constitucional que impide la condenación de quien no ha sido oído ni vencido en juicio. c) Quedando a cargo de la Nación el pago de las prestaciones del personal vinculado al contratista de la administración delegada, como consta expresamente en el contrato celebrado entre la Nación y la "Utah-Olap", que reposa en autos, debió darse aplicación a lo dispuesto en los dos incisos del artículo 35 del C. P. L., requisito que se omitió y que vicia de nulidad el proceso, como se dijo anteriormente, y, además, debió agotarse el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente, según lo estatuido en el artículo 6º del C. P. L.".

Agotado el trámite de rigor, el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales decidió la alzada por sentencia de fecha 22 de noviembre de 1956, mediante la cual revocó la de primer grado, y en su lugar, dispuso:

"PRIMERO. — Declarar probada la excepción perentoria de 'inexistencia del contrato de trabajo' en el negocio del doctor Félix Henao Toro contra la empresa denominada 'Utah-Olap'.

"SEGUNDO—En consecuencia se absuelve a la misma empresa 'Utah-Olap', representada por el doctor Carlos J. Olarte, mayor y vecino de la ciudad de Armenia, de todos los cargos que contra ella formuló el doctor Félix Henao Toro.

"TERCERO.—Sin costas".

La anterior decisión fue adoptada con el voto disidente del Magistrado Néstor Ramírez Vélez, quien estimó que en el caso debatido aparecía plenamente comprobada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes.

El apoderado del demandante interpuso el re-

curso de casación contra la sentencia del Tribunal. Habiéndose admitido y tramitado legalmente, corresponde a la Corte decidirlo, teniendo en cuenta la correspondiente demanda y el escrito de oposición.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación.—Persigue la casación total del fallo impugnado, para que en función de instancia, la Corte decida sobre lo principal del pleito y "aceptando la existencia del contrato de trabajo, condene al pago de las prestaciones e indemnizaciones que correspondan en derecho al actor". Concreta la cuantía de la condena solicitada, en la suma de $ 20.125.00, por los conceptos que indica y, subsidiariamente, limita el alcance de la impugnación a que se confirme el fallo de primera instancia "con la reforma del reajuste de la liquidación sobre la base del promedio del sueldo en el último año de servicios y la condena a la sanción por mora en el pago de las prestaciones, con aplicación del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945".

El recurrente formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal. El primero como principal y el segundo como subsidiario. No obstante que se abstiene de indicar la causal en que se apoya, del desarrollo de los cargos se deduce que ellos los formula con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L.

CARGO PRINCIPAL

Acusa la sentencia por "aplicación indebida de los artículos 22, 23, 24 y 197 del C. S. T., como consecuencia de errónea apreciación de la prueba, que condujo al Tribunal a dejar de aplicar las disposiciones contenidas en los artículos 64, 65, 186, 189, 249 y 306 que resultaron violados por vía indirecta".

En el desarrollo del cargo, expresa el recurrente que el Tribunal desconoció la existencia del contrato de trabajo, por no hallar demostrados los elementos esenciales referentes a la prestación personal y a la subordinación, conclusión a que llegó por la errada apreciación de las siguientes pruebas:

De las posiciones que absolvió el demandante (fls. 42 y ss.); de los testimonios de Marino Serna Gómez (fls. 44 y ss.), Ernesto Botero (fls. 50 y ss.), José Atehortúa (fls. 51), Hely Ramírez S. (fls. 55); de los documentos acompañados a la demanda (fls. 3 a 8, 10, 16 ,17, 19), todos los cuales fueron reconocidos dentro del juicio (fls. 45 y 70). En seguida, el recurrente se refiere en concreto a tales pruebas, las analiza y concluye afirmando que de ellas aparece comprobada la existencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes, pues que están reunidos todos los elementos esenciales requeridos por la ley.

SE CONSIDERA:

Estima la Sala que para adelantar el estudio y examen de los cargos que contiene la demanda, debe dilucidarse previamente cuál es el ordenamiento jurídico que regula la situación del caso sub-judice, máxime si se tiene en cuenta que el propio recurrente, al formular su acusación, plantea este problema, ya que, en el cargo principal, considera como violadas por el sentenciador de segundo grado las normas del Código Sustantivo del Trabajo que en él se relacionan, al paso que en el segundo cargo, que presenta como subsidiario, indica como violadas algunas de las disposiciones legales que regían para los trabajadores particulares antes de la expedición de dicho Código y que continúan vigentes para los trabajadores oficiales que aparezcan ligados por un contrato de trabajo en virtud de la ficción legal que establece el artículo 4º del Decreto número 2127 de 1945.

Según consta de la sentencia de primer grado, el Juez a-quo, con base en el material probatorio aducido al juicio, decidió acertadamente los aspectos de la litis con aplicación del régimen legal anterior a la expedición del C. S. T., por estimar que por él se regulaban las materias controvertidas. En dicho fallo, dijo el Juzgado: "Es necesario establecer si a las partes, las obligó o no un contrato de trabajo, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto número 2127 reglamentario de la Ley 6ª de 1945; esto por razón del Decreto número 3153 de 1953".

Como se expresó al relatar la historia de este negocio, el ad-quem adoptó su decisión revocatoria de la sentencia del Juzgado, por estimar que en el caso debatido no se configuraba la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, basado principalmente en el hecho de que no aparecía demostrada la subordinación ni la prestación personal de los servicios del trabajador demandante. Su juicio jurídico lo fundamentó con invocación simultánea de lo preceptuado por los

artículos 22 y 23 del C. S. T. y por el Decreto 2127 reglamentario de la Ley 6ª de 1945.

Se deduce de lo anterior, que, el Tribunal, al discurrir sobre el caso concreto, no realizó adecuadamente la función principal que compete al Juzgador, de afirmar o determinar, ante todo, en forma clara y precisa, la existencia de la norma o régimen legal regulador del conflicto que debía decidir, deficiencia que lo condujo al error de aplicar al mismo tiempo normas del C. S. T. y las que gobernaban las situaciones individuales de trabajo con anterioridad a la expedición de este estatuto, seguramente como consecuencia de no precisar con exactitud los antecedentes que debía tener en cuenta para pronunciar el fallo.

En efecto, está demostrado en el juicio que la sociedad "Utah-Olap", celebró un contrato de administración delegada con el gobierno, para ejecutar, por cuenta de la Nación, diversas obras referentes a conservación, mejoramiento, construcción y pavimentación en las carreteras nacionales de Cartago-Cerritos, Cerritos-Manizales, Manizales-Honda e Ibagué-Murillo, y que el demandante doctor Félix Henao Toro fue contratado por "Utah-Olap" para que prestara sus servicios como médico del personal adscrito a tal empresa. Ahora bien, conforme a lo preceptuado por el artículo único del Decreto 3153 de 1953, "los empleados y obreros de obras que se ejecuten por cuenta de entidades públicas mediante contrato de administración delegada, son trabajadores oficiales y por consiguiente están sometidos en sus relaciones laborales a las disposiciones que rigen para los trabajadores oficiales".

Así las cosas, si el demandante prestó sus servicios en las obras que la empresa ejecutaba como simple intermediario del gobierno a virtud del contrato de administración delegada a que se ha hecho referencia, tuvo el carácter de trabajador oficial, por lo que los derechos, prestaciones e indemnizaciones que pudieron causarse a su favor en razón del contrato de trabajo que se aduce como causa para las condenas solicitadas en la demanda, tienen su fundamento legal en las disposiciones anteriores al Código Sustantivo del Trabajo, que aún permanecen vigentes para los trabajadores oficiales.

En apoyo de lo que se deja expuesto, la Sala reitera en esta oportunidad, la jurisprudencia de la Corte contenida en la sentencia proferida con fecha 16 de diciembre de 1956, en el juicio de Miguel Insignares contra la Raymond Concrete Pile Company of South America, reproducida en fallos posteriores, y, en la que se dijo:

"La doctrina de los tratadistas del Derecho Administrativo tiene definido que el contrato de administración delegada es uno de los procedimientos de ejecución de las obras públicas, en el que la Administración no actúa directamente sino por medio de un tercero a quien se le entrega la dirección técnica y administrativa de la obra, pero siendo ésta adelantada por cuenta y riesgo del gobierno. El contratista por administración delegada es un simple intermediario de la Administración y su presencia no desdibuja el carácter público de la obra, que sigue siendo una manifestación de la actividad estatal, con las consecuencias jurídicas propias a tal situación.

"Consecuente con este principio doctrinario, la legislación laboral colombiana, desde el año de 1935, calificó como del servicio oficial, a los empleados de los contratistas de obras que se ejecutaran por cuenta de las entidades públicas, cuando tales contratistas no fueran más que agentes de las obras, y los sueldos fueran pagados con fondos oficiales, que es el caso del contrato administrativo que se examina: dijo el Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 del año 1934, en su artículo 4º: "Se entiende por empleado del servicio oficial aquel que trabaja por cuenta de las entidades públicas o a su servicio, u obra a nombre de ellas, y cuya remuneración es pagada, directamente por el Tesoro Nacional, los Tesoros Departamentales o Municipales, o por organismos creados por leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos o reglamentos legales. También se consideran como del servicio oficial los empleados de contratistas de obras que se ejecuten por cuenta de las entidades públicas, cuando los contratistas en la realización de los trabajos son meros agentes o patronos de las obras, y los sueldos son pagados con fondos oficiales". Años después este criterio legislativo fue ratificado, ya más concretamente, por el Decreto 3153 de 1953, cuyo artículo único dispuso: "Los empleados y obreros de obras que se ejecuten por cuenta de entidades públicas mediante contrato de administración delegada, son trabajadores oficiales y por consiguiente están sometidos en sus relaciones laborales a las disposiciones que rigen para los trabajadores oficiales".

"..... ....

"Por su parte el Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año en lo relativo al contrato individual de trabajo, en su ar-

tículo 4º advirtió "que las relaciones entre los empleados públicos y la Administración Nacional, Departamental y Municipal no constituyen contrato de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por estos en la misma forma". Es decir, que de acuerdo con esta norma reglamentaria los trabajadores oficiales quedaron divididos en cuanto al régimen de sus relaciones de trabajo con la Administración, en dos grandes grupos: Uno, sometido en lo general a las normas propias y especiales del derecho público, y otro, por vía de excepción, quedó gobernado, también en lo general, por las normas de los trabajadores particulares bajo el entendimiento o supuesto legal de que el vínculo ha de calificarse como de contrato de trabajo. Como el demandante Insignares fue contratado para trabajar en la construcción de una obra pública, su vínculo con la Administración encaja dentro del segundo grupo, o sea, que le era aplicable el régimen de los trabajadores particulares en razón de la ficción legal explicada.

"Con invocación del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, sostiene el recurrente que "el hecho de que el trabajador demandante haya estado vinculado al servicio de una empresa oficial, no excluye la existencia del contrato de trabajo", y ello es así en virtud de lo ya expuesto, pero el Tribunal en ningún momento niega tal posibilidad jurídica, ni que el fenómeno anotado hubiera dejado de producirse en el caso sub-lite. Lo que el Tribunal advierte, para declarar que la empresa no debe responder por las obligaciones demandadas, es que habiendo tenido Insignares el carácter de trabajador oficial, su vínculo contractual se rigió por las normas anteriores al Código Sustantivo del Trabajo y no por las disposiciones de éste, en razón del expreso mandato de su artículo 492; que en estas condiciones no es aplicable al caso de autos la presunción de solidaridad entre el intermediario y el dueño de la obra que consagra el artículo 35 del C. S. del T.; que el régimen aplicable es el de los artículos 5º y 6º del Decreto 2127 de 1945, de cuyo contexto es fácil deducir que los contratistas por administración delegada pueden ser asimilados a la condición de simples representantes del patrono y que en tales condiciones obligan al beneficiario pero no se obligan a sí mismos; considera además el Seccional que debe tenerse también en cuenta "que el contratista al recibir al señor Insignares al servicio de la obra que adelantaba por cuenta de la Nación denunció expresamente al trabajador la calidad con que actuaba, calidad que éste aceptó expresamente como se ha probado con las transcripciones hechas atrás".

"..... ....

"Pero la situación de igualdad en cuanto a las relaciones de derecho individual del trabajo entre los trabajadores oficiales del grupo de excepción y los trabajadores particulares, prevista en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, no puede entenderse sino respecto al sistema legal anterior a la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto este Código, dictado para gobernar "las relaciones del Derecho Individual del Trabajo de carácter particular y las de Derecho Colectivo del Trabajo, oficiales y particulares", según lo dice su artículo 3º, excluyó expresamente de su régimen "Las relaciones de Derecho Individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado...", las cuales se regularán "por los estatutos especiales que posteriormente se dicten" (artículo 4º ibidem) y, mientras tanto, por las normas anteriores que venían rigiendo el derecho individual del trabajo las cuales continúan vigentes para los trabajadores oficiales del grupo de excepción, por mandato del artículo 492 ibidem, pues sólo fueron suspendidas las disposiciones anteriores, reguladoras de las materias contempladas en el Código, en cuanto se refieren "al derecho individual y colectivo de trabajo entre patronos y trabajadores particulares" y "al derecho colectivo de trabajo entre la Administración Pública y sus servidores (artículo 491 ibidem)". (G. J. Tº 83, pág. 1.154 y s. s.).

Sobre esta clase de situaciones jurídicas, conviene también reproducir algunos apartes de lo que dijo la Corte en sentencia de 24 de agosto de 1957, en el juicio de Juan A. Bayuelo contra Wiston Mantilla Montilla (G. J. números 2186-2187, segunda parte, pág. 291), así:

"Es incuestionable entonces (independientemente de toda discusión relativa a determinar sobre quién pesa la obligación de pagar las prestaciones e indemnizaciones demandadas, que es la materia que plantea y preocupa al recurrente), que según el régimen jurídico colombiano, el demandante, por haber prestado sus servicios en una

obra contratada por administración delegada, tuvo el carácter de trabajador oficial, y que, como con acierto lo aceptó el ad-quem, los derechos prestacionales e indemnizatorios que pudieron causarse en razón de su contrato de trabajo no tienen su fundamento legal en el Código Sustantivo del Trabajo, sino en las normas anteriores a éste, tales como la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2127 del mismo año, las leyes 64 y 65 de 1946 y demás disposiciones sobre la materia que regularon la situación de los trabajadores particulares hasta la fecha que entró a regir el Código Sustantivo y que aún permanecen vigentes para los trabajadores oficiales que, como el demandante, se entiende que estuvieron ligados a la Administración por un contrato laboral".

Aplicando al caso sub-lite los anteriores principios doctrinarios y jurisprudenciales, la Sala estima que el cargo principal que formula el recurrente es ineficaz para quebrantar la sentencia pues en él se señalan como infringidas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que no regulan la materia controvertida, dada la categoría oficial del trabajador. Además, si el Tribunal se apoyó en ellas para proferir el fallo, resulta claro que la acusación debió proponerse como violación directa, por haberlas aplicado a una situación no gobernada por el régimen establecido por el C. S. T., y no por la vía indirecta, a través de errores de hecho, que fue el medio escogido por el recurrente, pues este motivo de violación de la ley obedece a un fenómeno de error en la apreciación probatoria, pero bajo el supuesto necesario de que las normas respectivas sean aptas para regular el derecho discutido. El cargo no prospera.

CARGO SUBSIDIARIO

Acusa "violación indirecta, por indebida aplicación de los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945; 1º, 2º y 3º del Decreto 2127 de 1945, por error en la apreciación de la prueba, determinante de la violación de la Ley 6ª de 1945, artículos 11 y 17, ord. a); Ley 65 de 1946; Decretos 484 y 2939 de 1944; 1600 y 2127 de 1945; 1160 de 1947 y 2507 de 1946 y Ley 45 de 1945".

Explica el recurrente que formula este cargo para el evento de que la Corte considere que el actor "estuvo investido del status de funcionario o empleado público" y que se hace necesario presentarlo así, en presencia de lo consagrado por el Decreto 3158 de 1953".

Afirma, que ciertamente no se evidencia en autos la existencia del contrato de administración delegada entre la Nación y Utah-Olap, pues el que aparece publicado en el Diario Oficial de 12 de diciembre de 1951 (folio 36) "había perdido su eficacia en virtud de la cláusula duodécima que señaló como fecha de terminación el 30 de junio de 1954" y que como la relación laboral entre el demandante y la Empresa se prolongó hasta el 31 de mayo de 1955, no puede aducirse la calidad de delegatario de la Nación por parte de Utah-Olap, con fundamento en un contrato que había terminado por vencimiento del término pactado.

Dice que "en el desarrollo de este cargo deben darse por reproducidas las críticas de la mala apreciación de las pruebas que se relacionan en el cargo anterior" ya que del error de hecho allí puntualizado, se colige también la violación de normas sustantivas, esta vez, en el campo de las relaciones entre la administración y sus servidores. Señala nuevamente la prueba testimonial, instrumental y de confesión que había indicado en el cargo que presentado como principal, para afirmar que ellas "aportan la plena prueba de la prestación del servicio por parte del doctor Félix Henao Toro, en calidad de médico de la empresa contratista" y que "esta calidad y la efectiva prestación del servicio durante el lapso que dan cuenta los elementos probatorios citados, y la remuneración devengada, lo hacen acreedor a las prestaciones e indemnizaciones demandadas". Que "esta prestación la asumió el contratista, en virtud de la cláusula sexta del contrato de administración delegada, que reza: "El Contratista se obliga a cumplir, con los fondos destinados para este contrato y por cuenta de la Nación, con las leyes sociales vigentes y con las que dicten durante el término del mismo". De donde deduce que, considerando al actor como servidor público, la demandada "estaba y está obligada a satisfacer las prestaciones e indemnizaciones a favor del demandante".

SE CONSIDERA:

Como se dejó dicho al estudiar el cargo anterior, observa la Sala que el Tribunal no desconoció que el demandante hubiese prestado sus servicios como médico a la empresa demandada. Por el contrario, en la sentencia dejó consignado lo siguiente: "Está plenamente acreditado que entre el doctor Félix Henao Toro y la Compañía Utah-Olap existió una relación de trabajo que duró desde octubre de 1951 hasta el 31 de mayo de 1955,

pues se sabe que éste atendía a los trabajadores de la empresa en su condición de médico; y que por dichas atenciones (consultas, recetas, etc.), la empresa le pagaba una remuneración fijada de antemano, la cual consistía en la suma de cinco pesos ($ 5.00) por cada trabajador que atendiera". Lo que el ad-quem estimó fue que esa relación no configuraba un auténtico contrato de trabajo, porque de las pruebas aducidas en el juicio no aparecían debidamente establecidos los elementos referentes a la prestación del servicio y a la subordinación o dependencia del trabajador. El recurrente en el cargo que se estudia, no ataca en forma concreta y expresa, estas apreciaciones del sentenciador, ni se esfuerza por demostrar el error en que pudo incurrir el Tribunal como consecuencia de la equivocada apreciación probatoria, lo que por sí solo es suficiente para desestimar la acusación.

Ocurre, además, que si la Sala procediendo con amplitud, acogiera la manifestación del recurrente de dar por reproducidas en este cargo "las críticas a la mala apreciación de las pruebas" que formula al sustentar el que se examinó anteriormente, procedimiento que es contrario a la técnica que demanda este medio de impugnación extraordinario, resulta que nada se adelantaría con ello, puesto que el acusador presenta también, en forma antitécnica e incompleta, la proposición jurídica que ha de servir de base a la Corte para realizar la función que le corresponde. En efecto, entre las normas legales que considera violadas por la sentencia, señala la Ley 65 de 1946, la 45 de 1945, los Decretos 484 y 2939 de 1944, 1600 y 2127 de 1945, 1160 de 1947 y 2507 de 1948, pero se abstiene de indicar concretamente cuáles de las disposiciones contenidas en tales leyes y decretos, fueron infringidas por el juzgador. La Corte no puede suplir esa omisión ni cumplir la actividad que corresponde al recurrente. Respecto al artículo 17, literal a) de la Ley 6ª de 1945, no puede configurarse su violación, por tratarse de un precepto que regula materia distinta a la debatida, ya que en él se consagran algunas de las prestaciones oficiales de que gozan los empleados y obreros nacionales, que están sometidos en lo general a las disposiciones propias y especiales del derecho público, pero que no es aplicable para los trabajadores oficiales que, por vía de excepción y conforme a lo establecido en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, deben gobernarse en sus relaciones de trabajo con la Administración, por las normas de los trabajadores particulares, bajo el supuesto de que el vínculo ha de calificarse como de contrato de trabajo. Al estudiar el primer cargo, se dejó claramente establecido que el demandante tenía la calidad de trabajador oficial por haber prestado sus servicios en una obra nacional ejecutada por Utah-Olap a virtud de un contrato de administración delegada celebrado con el Gobierno Nacional. Y si como afirma el recurrente, el demandante estuvo vinculado por un contrato de trabajo, el régimen legal aplicable, no puede ser otro que el previsto para los trabajadores particulares, el que se regula entre otras disposiciones, por el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 y por las demás normas que la adicionan y reforman, las que están vigentes y son aplicables, según se vio al examinar el cargo anterior.

El recurrente, además, señala concretamente como violados por la sentencia, los artículos 1º y 11 de la Ley 6ª de 1945 y 1º, 2º y 3º del Decreto 2127 del mismo año. El artículo 1º de la Ley 6ª y los que cita el Decreto reglamentario de la misma, determinan cuando hay contrato de trabajo e indican los elementos esenciales que lo configuran, pero no consagran ningún derecho de orden prestacional. El artículo 11 sí establece el derecho a la indemnización de perjuicios por incumplimiento de lo pactado, en todo contrato de trabajo. Estas normas permitirían adelantar el examen del cargo, por lo que hace a la indemnización de perjuicios (lucro cesante), solicitada por el demandante, si el impugnador hubiese invocado concretamente como violado el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, que es el precepto que, por vía de excepción, hace posible ubicar los servicios prestados por un trabajador oficial a la Administración, como una vinculación regida por un contrato de trabajo. Este defecto en la acusación constituye una valla infranqueable para conseguir se desquicie la sentencia y ello hace innecesario el que la Corte se detenga más en el examen del cargo. No prospera la acusación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. — Roberto De Zubiría C.— Luis Fernando Paredes A. — José Joaquín Rodríguez. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

OCUPACION PERMANENTE DE INMUEBLES POR TRABAJOS PUBLICOS. ACUMULACION DE ACCIONES. COMPETENCIA. OPORTUNIDADES DE ALLEGAR PRUEBAS AL PROCESO

No tuvo fundamento suficiente la negativa del Tribunal a conocer en el fondo, pues no hubo indebida acumulación de acciones, ni obstáculo por razón de competencias o procedimientos. Imposibilidad de la Corte para dictar sentencia absolutoria por no haber apelado el Departamento demandado.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS:

1.—Resulta del todo inadmisible la tesis del Tribunal a-quo, en cuanto sostiene que se acumularon indebidamente varias acciones en la demanda; porque "la que tiende a la indemnización de los perjuicios causados por la ampliación de la carretera", integra el todo de la acción de condena; mientras "la que pide la indemnización de una indeterminada zona de terreno", no alude o no comprende sino una parte o elemento de ese todo; y así puede existir incompatibilidad o indebida acumulación entre las partes y el todo.

2.—Cuando se trata de indemnización por ocupación permanente de la propiedad inmueble con trabajos públicos, la competencia de los tribunales judiciales resulta inobjetable e indudable, según la sentencia de la Corte Plena de fecha 20 de junio de 1955.

3.—El derecho de dominio sobre inmuebles no puede probarse en juicio, sino mediante la normal presentación del respectivo instrumento público.

4.—De acuerdo con el artículo 597 del C. J., para estimar el mérito probatorio de una prueba, debe hacer parte del proceso por haberse allegado en alguna de las cuatro oportunidades allí enumeradas en forma taxativa.

5.—Para que un documento o instrumento presentado en una diligencia de inspección ocular, practicada dentro de un juicio ordinario, pueda estimarse como prueba, se requiere que haya sido pedido dentro del primer lapso a que alude el artículo 748 del C. J.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE NEGOCIOS GENERALES. — Bogotá, cinco de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña)

Francisco Soler, asesorado por su apoderado, demandó al Departamento de Boyacá, para que, previa la tramitación del correspondiente juicio ordinario, en la sentencia definitiva se hicieran

las siguientes declaraciones y condenas, que se copiarán conservando su peculiar redacción y ortografía:

"PRIMERO. — Que el Departamento de Boyacá es civilmente responsable y está obligado a indemnizarme amplia y completamente de todos los perjuicios materiales-económicos que estimo con protesto de equidad como sigue:

"A) — Por concepto del daño consistente en el abandono sin necesidad de la plataforma y zona ocupados por el municipio de Rondón y hecha por éste de la carretera de la población capital del municipio hacia el Bijagual dentro de mi finca 'LA PALMA', ubicada en el área de dicha población, en extensión de ciento noventa y tres metros (193 ms.) dentro del primer costado, que luego expreso, para internar más la esplanación allí y formar elevado barranco deleznable sin obra alguna o baluarte que evite insesantes derrumbes y pérdidas y destrucción de las entradas y salidas que en dicho trayecto tenía mi finca y el loteo para edificaciones con ese frente, seis mil pesos m/l.;

"B)—Por la desfiguración de ese frente de mi finca y destrucción del cimiento de piedra de noventa centímetros de espesor por un metro con cincuenta centímetros de altura, en partes y en partes de tres metros de altura, sustracción y disposición de toda la piedra que lo formaba sólidamente, incluyendo la faja de terreno que lo sustentaba en toda la longitud de ciento noventa y tres metros, a razón de cien pesos por cada metro compensado el conjunto;

"C)—Por haber penetrado en el interior de mi finca en dicho trayecto y destruido las cercas o cimientos de piedra de noventa centímetros de espesor y un metro cincuenta centímetros de altura de las divisiones o mangas o potreritos que tenía divididos en tres partes, así: en la una ocho metros; en la otra ocho metros y en otra veintinueve metros, tres mil pesos m/l.; Y

"D)—Por concepto de los demás daños y perjuicios consecuenciales hasta tanto no se equilibren y remedien satisfactoriamente dichos daños el mínimo de diez mil pesos o lo que, en cada caso, regulen peritos designados en la forma legal durante este juicio o en el incidente de cumplimiento del fallo" (fls. 7 y 7 vto. C. Nº 1º).

Como hechos fundamentales de las peticiones, literalmente transcritas, enumera los siguientes:

"1º—Que es propietario del inmueble denominado LA PALMA, ubicado dentro del área urbana de la cabecera del Municipio de Rondón y comprendido dentro de las lindes descritas en este hecho;

"2º — En toda la extensión del primer costado mi terreno fue ocupado por la carretera de Rondón hacia el Bijagual primero con trazado y esplanación hechos por el Ingeniero Michaeiler por cuenta del Municipio y la obra estaba perfectamente hecha, pero el departamento por medio de sus empleados, obreros y contratistas y sin necesidad técnica y económica, pero todo lo contrario con abuso y extralimitación como lo evidencia la parte aceptada y la parte de invación más al interior de mi finca en extensión de ciento noventa y tres metros (193 ms.) desde cerca a mi edificación de ladrillo y cemento hasta el mojón común con del mencionado Cuervo, abandonó lo hecho por el municipio y ocupó nueva y continua faja formando talúd o barranco y derribando en toda esa extensión la cerca de cimiento de piedra de las dimenciones anotadas, dispuso de toda la piedra sin obra de contención ni reparación alguna hasta el presente, de todo lo cual debe indemnizarme;

"3º—Además, sin racionalidad alguna penetraron sus agentes dentro de mi finca y derribaron en tres partes tres divisiones de mangas o potreros interiores, derribaron los cimientos de dichas dimenciones y dispusieron de toda la piedra aprovechando que yo estaba ausente, causándome así con notoria malicia los daños consiguientes que también debe indemnizarme el departamento por la obra y trabajos y empleados, obreros y maquinaria se ejecutaron y obraron por su cuenta y bajo su responsabilidad solidaria;

"4º—Para subsanar siquiera en parte esos daños y perjuicios, se imponen obras de contención costosas, siendo imposible subsanar la destrucción de las entradas y salidas y loteo y edificaciones por ese frente y en todo ese trayecto, siendo la altura del cimiento que hay que sustentar desde más bajo nivel de la cuneta, mayor de tres metros en el mayor trayecto; todo debe repararlo el departamento por lo dicho;

"5º—Para construir los cimientos que me destruyeron y dispusieron los agentes del departamento, gasté dinamita y obreros, el acarreo de toda esa piedra, la construcción y cepas y del cimiento, y así elevé mi finca a un precio no infe-

rior a cien mil pesos por la seguridad, ordenamientos, cultivos de árboles de eucaliptos, frutales y otros, edificaciones costosas, y todo eso ha sufrido daños y perjuicios. De modo que es justo que el departamento me indemnice como dejo impetrado; Y

"7º—Por todo concepto el departamento responde por culpa civil en los términos de esta demanda. Los daños principiaron a mediados de 1955. Estimo la cuantía en más de veinte mil pesos y el H. Tribunal es competente por todo concepto" (fls. 8 a 8 vto. ib.).

Como fundamento de la acción ejercitada invocó los artículos 76, numeral 2º, 734, 737 del C. J.; artículos 63, 1494, 2342, 2344, 2347, 2356, 1613 a 1617 del C. C.

El Gobernador del Departamento, casi seis meses después de haber recibido el traslado, contestó la demanda así:

"Se carece en la Secretaría de Obras Públicas, según lo averiguado, de antecedentes o planeamiento de la vía, que me servirían de orientación; se procede a la construcción de las obras sobre el exclusivo criterio de los ingenieros a quienes se les encargan, de manera que este Despacho carece de bases para replicar los hechos.

"En la parte demandante habrá de demostrar sus afirmaciones, así como comprobará los perjuicios que dimanen de la obra.

"La inspección ocular que se practique aclarará los puntos de vista del caso" (fls. 12 ib.).

El tribunal del conocimiento falló el juicio, con fecha 25 de febrero de 1959, así: "se abstiene de conocer en el fondo por impedirlo una indebida acumulación de acciones"; y para llegar a semejante conclusión, razona en esta forma:

"Confrontando, pues, las súplicas de la demanda, los hechos alegados para fundarlas y las disposiciones legales que deben gobernar la materia, se llega a la conclusión de que se ejercitaron por lo menos dos acciones: a) La que tiende a la indemnización de los perjuicios causados por la ampliación de la carretera, y b) La que pide la indemnización por una determinada zona de terreno. Como cada una de estas acciones exige, según lo visto, una competencia distinta y un procedimiento diferente, se ha hecho una indebida acumulación de acciones, que impide entrar en el fondo". (Fls. 28 ib.).

Contra la memorada sentencia interpuso el recurso de apelación la parte actora; y como la segunda instancia se ha tramitado en forma normal, se procede a resolver la alzada con fundamento en las siguientes consideraciones:

Acción ejercitada.—Procede elucidar si realmente se llevó a efecto, en la demanda, una indebida acumulación de acciones, cuyo conocimiento estuviese atribuído a distintas jurisdicciones, como a la civil o judicial y a la de lo contencioso administrativo, mediante un procedimiento distinto en cada uno de los casos.

Si bien las súplicas de la demanda no están redactadas con la debida precisión técnica, con todo se destaca en forma indudable que el actor solicita la declaración de responsabilidad civil del departamento demandado, con el fin de que se le condene a pagar los perjuicios o daños ocasionados con los trabajos públicos, los cuales hace consistir: a) en la ocupación de una zona de terreno con la ampliación de la carretera en una extensión de 193 metros; b) en la formación de un alto barranco por este lado, sin muro de contención, que impide la urbanización de este sector del predio; c) en la destrucción de un "cimiento de piedra de noventa centímetros de espesor por un metro con cincuenta centímetros de altura, en partes y en partes de tres metros de altura"; d) en el aprovechamiento de la piedra del destruído cimiento, en el afirmado de la vía; e) en la destrucción de los cimientos de piedra que dividían los tres lotes o "potreritos" del inmueble; f) y por fin, en "los demás daños y perjuicios consecuenciales", que no determina, pero que estima en diez mil pesos o en el valor fijado por peritos.

Del estudio de las súplicas se deduce que el actor ejercitó, como principal, la acción de condena, previa la declaración de la responsabilidad civil del departamento, la cual, como sucede en todos estos casos, constituye un antecedente connatural de las posteriores condenas, pero que no es del todo indispensable suplicar tal declaración, la de responsabilidad civil, en forma expresa, tal como ocurre en la de reivindicación de un inmueble, en la cual, la condena u orden de restitución, presupone el derecho de dominio en el actor.

La **causa petendi** consiste en la ocupación de hecho de la propiedad, con la ampliación de la carretera, la cual, al comprometer la responsabilidad directa de la administración, le impone la obligación de indemizar en forma completa todos los perjuicios ocasionados por el hecho, que comprende, además del valor de la zona ocupada con la construcción de la vía, los demás daños accesorios o accidentales, como la destrucción de ce-

rraduras, la demolición de edificios, establos u otras obras, el aprovechamiento de ciertos elementos o materiales, etc., etc., pero que jamás pueden reputarse como otras tantas acciones, sino simplemente como elementos que integran el valor total de la indemnización, objeto de la acción de condena ejercitada.

En consecuencia, resulta del todo inadmisible la tesis del tribunal a-quo, en cuanto sostiene que se acumularon indebidamente varias acciones en la demanda; porque **"la que tiende a la indemnización de los perjuicios causados por la ampliación de la carretera"**, integra el todo de la acción de condena, mientras **"la que pide la indemnización de una determinada zona de terreno"**, no alude o no comprende sino una parte o elemento de ese TODO; y mal puede existir incompatibilidad o indebida acumulación entre las partes y el todo, que comprende la acción de condena, ejercitada contra el departamento, con fundamento en la ocupación de hecho de la propiedad privada y en forma permanente, mediante la incorporación de la respectiva zona a un bien de uso público.

Competencia.— Cuando se trata, como en este caso, de ocupación permanente de la propiedad inmueble, la competencia de los tribunales judiciales resulta inobjetable e indudable, según la sentencia de la Corte Plena de fecha 20 de junio de 1955, en cuya parte resolutiva se lee:

"1º—Es inexequible el artículo 269 de la Ley 167 de 1941;

"2º—Son inexequibles los artículos 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267 y 268 de la misma ley, pero sólo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privaca por la administración pública.

"3º—Es exequible el artículo 270 de la misma ley". (C. J. Tomo LXXX, pág. 259).

Pruebas.— Desechada la falta del presupuesto procesal, por indebida acumulación de acciones, según el tribunal, corresponde examinar si los hechos básicos de la demanda están probados, comenzando por el primero, en el cual el actor afirma: "He poseído y poseo en mi calidad de dueño materialmente y en todos sus elementos y requisitos que fijan las normas legales sobre posesión material de inmuebles el terreno denominado 'La Palma', ubicado dentro del área de la población de Rondón (Boyacá), durante más de veinte años y por estos linderos...".

Como es obvio, la demostración del derecho de dominio sobre el predio "La Palma", parcialmente ocupado por la ampliación de la carretera, constituye el hecho sustancial y esencial del litigio, tanto en lo tocante al pago del valor de la zona incorporada a la vía, como en cuanto atañe a los demás daños ocasionados, porque todos tienen como fundamento el derecho de dominio del actor, desconocido mediante las vías de hecho de los funcionarios o contratistas del departamento demandado; en otras palabras, la demostración de la propiedad sobre el predio "La Palma", constituye un elemento esencial del cual depende la suerte de todas las pretensiones contenidas en el libelo.

El derecho de dominio sobre inmuebles no puede probarse en juicio, sino mediante la normal presentación del respectivo instrumento público, el cual no puede sustituirse con la simple demostración de la posesión material, ni con la prueba testimonial, según el precepto contenido en el artículo 1760 del C. C. Así lo entendió también la parte actora con la tardía e irregular presentación de las escrituras públicas número 382 de 4 de junio de 1931, otorgada ante el notario número 1º de Tunja y la número 173 de la Notaría de Zetaquirá de fecha 31 de agosto de 1930 (fls. 26 a 30, cuaderno número 2º); porque, de acuerdo con el artículo 597 del C. J., para estimar el mérito probatorio de una prueba, debe hacer parte del proceso por haberse allegado en alguna de las cuatro oportunidades allí enumeradas en forma taxativa.

Las memoradas escrituras no se presentaron con la demanda; ni en la respectiva diligencia de inspección ocular; ni con el memorial de pruebas; ni el magistrado ordenó agregarlas oficiosamente ni podía hacerlo válidamente.

Para que un documento o instrumento presentado en una diligencia de inspección ocular, practicada dentro de un juicio ordinario, pueda estimarse como prueba, se requiere que haya sido pedido dentro del primer lapso a que alude el artículo 746 del C. J., para que la contraparte tenga noticia y pueda, si lo estima necesario, aducir la contraprueba correspondiente, pues, en caso contrario, si se presenta sin previa petición, la prueba no estaría sujeta a contradicción y la contraparte sería sorprendida con un elemento probatorio no pedido dentro del plazo legal.

En este caso, las escrituras no se presentaron con la demanda, ni con el memorial de pruebas, tampoco se llevaron a la diligencia de inspección ocular, en la cual se lee: "El señor apoderado del demandante manifiesta que por un olvido no pudo presentar las escrituras de dominio del inmueble hoy y con permiso del H. Magistrado las presentará oportunamente". (Fls. 11, cuaderno Nº 2º).

Posteriormente, el apoderado las presentó con un memorial, sobre el cual no se dictó providencia alguna; y así tanto el escrito como las dichas escrituras se agregaron al proceso de hecho, mediante una simple atestación del secretario. (Fls. 31 vto. ib.).

En consecuencia, faltando la prueba del dominio, se imponía revocar la sentencia protestada, para absolver al departamento, pero como no fue apelada sino por el actor, cuya situación no puede desmejorar, será confirmada por este motivo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada por el apoderado del actor Francisco Soler.

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

Luis Carlos Zambrano. — Ramiro Araújo Gran.

Efrén Osejo Peña. — Carlos Peláez Trujillo. —

Jorge Garcés M., Secretario.

ACCION EJECUTIVA DE UN DEPARTAMENTO CONTRA UN RECAUDADOR. — CONFLICTO DE COMPETENCIAS

No puede la Corte entrar a revisar por vía de apelación una providencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, por cuanto la materia del recurso implica conflicto de competencias.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS:

1.—La sujeta materia del presente recurso de apelación implica un conflicto de competencia, incidente al cual señala el Código Judicial una tramitación especial, sin la cual el superior no puede dirimir el diferendo.

2.—Entiende la Sala que planteado el conflicto con la declinación de competencia de ambos tribunales, la decisión del superior no puede pronunciarse por la vía de la revisión del interlocutorio de primer grado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE NEGOCIOS GENERALES. — Bogotá, quince de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo)

Al señor Lisandro Parada Carrillo le fue deducido un alcance, en su calidad de recaudador de rentas de Santander, en autos de fenecimiento distinguidos con los números 02261 y 02262 de 5 de julio de 1960, proferidos por la contraloría departamental en las cuentas de manejo de dicho responsable del erario correspondientes a los meses de marzo y diciembre de 1959. El motivo de los cargos consiste en la falta de ingreso o recaudo de sumas que al Departamento debía pagarle la firma comercial denominada "Empresa Gómez Plata" por concepto de participación en la fabricación y distribución de lociones y aguas perfumadas, según contrato celebrado entre la mencionada firma y el departamento de Santander.

Con fecha catorce de julio de mil novecientos sesenta, el juzgado de rentas y ejecuciones fiscales del nombrado departamento dictó mandamiento ejecutivo contra Parada Carrillo, por la suma de doscientos diez y ocho mil ochocientos veinte pesos con cuarenta y seis centavos ($ 218.820.46) moneda legal, con el fin de hacer efectivo el alcance deducido por la contraloría, lo que dio lugar a que el ejecutado promoviera incidente de excepciones para establecer la inexistencia de la obligación "por cuanto Empresa Gómez Plata ha pagado lo que se obligó a pagar según los contratos en referencia, y por tanto el recaudador no podía exigir sumas mayores"; y en subsidio, para que "se exima al recaudador Parada Carrillo del alcance que se le deduce por sumas que él no pudo recaudar por no ser recaudador, según lo ha dicho en el hecho número 13, y de todo lo cual está amparado por finiquitos definitivos de la contraloría".

La demanda de excepciones fue enviada por el juez de ejecuciones fiscales al Tribunal Contencioso Administrativo de Santander en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 67 de 1943; pero dicha corporación, en auto de dieciseis de septiembre del año mencionado, se declaró incompetente para conocer del incidente por considerar que la ejecución se funda en un contrato, es decir, en un acto administrativo de gestión, y que por tanto su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria.

Llegado el negocio, por razón del proveído a que se acaba de hacer referencia, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, esta

entidad también se inhibió de conocer de él, en auto de veintiuno de octubre del ya citado año, por entender que la ejecución ha tenido origen en un acto de poder de la administración, y no en acto de gestión como lo pretende el Tribunal Contencioso Administrativo.

El negocio ha venido al conocimiento de la Corte por apelación interpuesta por el Departamento contra este último auto.

Observa la Sala que la sujeta materia del recurso implica un conflicto de competencia, que ha debido promoverse en la forma que indica el artículo 415 del Código Judicial, pero que no por no haberlo sido deja de ser de aquellos a que el capítulo IV del título XII del libro 2º del mencionado código señala una tramitación especial, sin la cual el superior no puede dirimir el diferendo.

La declinación de competencia por parte así del tribunal de distrito como del seccional administrativo, plantea, en efecto, entre esas dos corporaciones jurisdiccionales la cuestión relativa a "cuál de ellas debe conocer" del negocio; esto es, que ha suscitado entre ambas la cuestión de competencia negativa, pero sin que por parte interesada se haya promovido el respectivo incidente ni éste haya sido sustanciado en la forma prevenida en los artículos 413 y siguientes del Código Judicial; y conforme a estas disposiciones, la Sala de Negocios Generales ejerce la atribución 1ª que le confiere el artículo 38 del ya nombrado código con sujeción a la tramitación en ellas establecida, es decir, que no dirime la cuestión de competencia que se suscite entre dos tribunales sino previa esa tramitación; sin que sea cuestionable, por otra parte, que la resolución de fondo que en este caso pudiera recaer sobre el *thema decidendum* implicaría la solución del conflicto promovido entre los dos tribunales en colisión de actividad, el cual vendría, así, a quedar decidido con preterm isión de las formalidades legales exigidas al efecto.

No es impertinente agregar a lo anterior que procesalistas como Chiovenda ven en la decisión que dirime un conflicto de competencia, no propiamente un fallo sino más bien un acto de autoridad, pues que en verdad se trata de una colisión de actividades más que de juicios o principios, por lo cual la Sala entiende que una vez planteado con la declinación de competencia de ambos tribunales, la decisión del superior no puede pronunciarse por la vía de la revisión del interlocutorio de primer grado, sino que es menester el cumplimiento de las formas de trámite especialmente señaladas para que pueda ejercerse aquel acto de autoridad.

Todo lo cual conduce a la inhibitoria de la Sala para conocer del recurso, por lo cual se abstiene de resolverlo en el fondo.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Carlos Zambrano. — Ramiro Araújo Grau. Carlos Peláez Trujillo. — Efrén Osejo Peña. — Jorge García Merlano, Secretario.

DECLARASE INFUNDADA LA OPOSICION A UNA PROPUESTA DE EXPLOTACION DE HIDROCARBUROS. — CONDICIONES PARA QUE PROSPEREN LAS ACCIONES DE ESTA NATURALEZA

En el caso de autos no se comprobaron los fundamentos de hecho afirmados en la demanda.

DOCTRINA:

Quien se opone a una propuesta de explotación de petróleo debe comprobar, para que la acción tenga éxito, los siguientes extremos: A) Establecer que los terrenos sobre que versa la demanda pertenecen actualmente al demandante, mediante la identificación de ellos con los contemplados por los títulos que acrediten dicha propiedad. Esta puede establecerse en la forma indicada en el ordinal "b" del artículo 36 del Código de Petróleos; B) Verificar que dichos terrenos están comprendidos en todo o en parte dentro de los linderos de las tierras a que se refieren los títulos emanados del Estado con posterioridad al 28 de octubre de 1873, lo que desde luego supone la existencia de tales títulos; C) Comprobar que los terrenos en todo o en parte están ubicados dentro de los linderos de la propuesta aceptada por el Gobierno. Tratándose de prescripción, la exigencia de la letra B) se sustituye por la de la comprobación de que los terrenos fueron objeto durante el tiempo legal correspondiente, de actos de los que dan nacimiento a dicho fenómeno.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE NEGOCIOS GENERALES. — Bogotá, D. E., mayo treinta y uno de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau)

El señor Guillermo Hernández González por medio de apoderado, presentó demanda contra la Nación para que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA—Que el globo de terreno de propiedad de mi mandante señor Guillermo Hernández González, determinado en el hecho primero de esta demanda, por su ubicación, extensión superficiaria y linderos, salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de varios títulos emanados del Estado y de la justa prescripción por la explotación económica de las tierras.

"SEGUNDA. — Que en consecuencia tanto el suelo como el subsuelo del globo de terreno determinado en el hecho primero de esta demanda, por su situación, ubicación, extensión y linderos y de manera especial el petróleo, gases, hidrocarburos y demás minerales o sustancia que se hallen en el subsuelo de dicho globo de terreno son de propiedad de mi poderdante el señor Guillermo Hernández González.

"TERCERO.—Que, por consiguiente, el subsuelo del referido globo de terreno y de manera especial el petróleo, gases y demás hidrocarburos y sustancias que se encuentren en dicho subsuelo pueden explotarse como de propiedad privada del señor Guillermo Hernández González y su exploración y explotación no pueden adelantarse por la Texas Petroleum Company solicitante de la propuesta número 888 (Bojacá) de que se habla

más adelante, ni por ninguna otra persona natural o jurídica distinta del señor Guillermo Hernández González.

"CUARTA. Que en el evento de que ya se hubiere celebrado por la Nación con la Texas Petroleum Company contrato de exploración y explotación del petróleo, gases y demás hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo del mencionado globo de terreno, como si fuesen de propiedad nacional, por hallarse estos ubicados dentro del perímetro de la propuesta número 888 (Bojacá), dicho contrato debe declararse terminado en lo referente al subsuelo petrolífero del globo de terreno objeto de esta demanda, conforme lo dispone el inciso tercero del artículo 2º del Decreto 3050 de 1956".

Fundó la demanda en los siguientes hechos:

"PRIMERO.—Mi poderdante, el señor Guillermo Hernández González, es dueño del suelo y del subsuelo de un predio rural denominado 'El Escritorio', ubicado en jurisdicción del Municipio de Madrid, Departamento de Cundinamarca, con cabida aproximada de noventa y ocho (98) fanegadas y que linda: 'Por el Sur, con la hacienda El Colegio, de propiedad del señor Ignacio Pulido, río Serrezuela de por medio; Oriente, con terrenos denominados de 'Santa Cruz', de propiedad de la familia Santos; Norte, con el camino que de Funza, por 'Los Arboles', va a Facatativá, y por el Occidente, con terrenos de la señora Natalia Esguerra, llamados 'Yerbabuena'.

"SEGUNDO.—La tradición del dominio de la finca o globo de terreno de que trata el hecho anterior, cuyo suelo y subsuelo es de propiedad de mi mandante, mediante una cada (sic) comprobada de títulos, se remonta desde el señor Guillermo Hernández González hasta las personas que lo adquirieron antes del 28 de octubre de 1873 en virtud de títulos emanados del Estado y de la prescripción adquisitiva.

"TERCERO.—El Ministerio de Minas y Petróleos por medio de la Resolución número 866 de 1º de agosto de 1958 admitió la propuesta para la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional registrada bajo el número 888 (Bojacá) formulada por la Texas Petroleum Company, el 9 de octubre de 1956, sobre un globo de terreno de 49.577 hectáreas, con 2.070.405 metros cuadrados, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Bojacá, Funza, Mosquera, Madrid, Facatativá, Soacha, San Antonio, Tena, Zipacón, Anolaima, La Mesa, y antiguos Municipios de Fontibón y Bosa (hoy Distrito Especial de Bogotá), en el Departamento de Cundinamarca, y comprendido por los linderos siguientes: (aquí se transcriben los linderos de la propuesta).

"CUARTO.—El terreno de que trata el hecho primero de esta demanda salió legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por virtud de numerosos actos jurídicos, que son la causa legal del derecho de mi mandante sobre el subsuelo del citado predio, ya que constituyen títulos originarios o emanados del Estado y pruebas de explotación económica de tales terrenos con muchos años de anterioridad a la reserva del subsuelo por parte del Estado.

"QUINTO.—El globo de terreno cuyo suelo y subsuelo son de propiedad de mi mandante está comprendido dentro del área de la propuesta número 888 (Bojacá) de la Texas Petroleum Company, cuyo perímetro se superpone a ellas.

"SEXTO—El globo de terreno mencionado cuyo suelo y subsuelo pertenece al señor Guillermo Hernández González, está claramente determinado en los títulos de adquisición y es determinable sobre el terreno".

Como fundamentos en derecho citó los artículos 5º, 34, 36 y concordantes del Decreto 1056 de 1953, 2º del Decreto número 3050 de 1956, Leyes 37 de 1931, 160 de 1936, 18 de 1953; en las legislaciones colonial española, Código de Indias y Reales Cédulas sobre la materia, Leyes 11 de octubre de 1821, 70 de 1866, Código Fiscal de 1973, artículos 669, 673 y concordantes del Código de P. C. y demás disposiciones legales y reglamentarias pertinentes.

Agotada la tramitación legal correspondiente, ha llegado el momento de proferir el fallo de fondo. En el término del traslado el demandante no presentó alegato alguno. Por su parte el señor Procurador Delegado 1º en lo Civil, que llevó la personería de la Nación, en razonada vista pide la absolución de ésta.

Como puede apreciarse, se trata de una acción tendiente a que se declare que debe excluirse de la propuesta número 888, formulada por la expresada compañía petrolera, el petróleo, gases y demás hidrocarburos que se encuentren en el sub-

suelo del predio de su propiedad denominado "El Escritorio", por razón de haber salido dicho predio del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 en virtud de varios títulos emanados del Estado o de la justa prescripción por la explotación económica de las tierras.

De aparecer comprobados tales fundamentos de hecho la sentencia debería ser favorable al actor, en atención a lo preceptuado en el artículo 5º del Código de Petróleos, según el cual "es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron 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". Naturalmente, de faltar la comprobación de uno cualquiera de dichos fundamentos, la decisión deberá ser adversa.

En la práctica, para llegar a tal comprobación se requiere: A) establecer que los terrenos sobre que versa la demanda pertenecen actualmente al demandante, mediante la identificación de ellos con los contemplados por los títulos que acrediten dicha propiedad. Esta puede establecerse en la forma indicada en el ordinal "b" del artículo 36 del Código de Petróleos; B) verificar que dichos terrenos están comprendidos en todo o en parte dentro de los linderos de las tierras a que se refieren los títulos emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, lo que desde luego, supone la existencia de tales títulos; C) comprobar que los terrenos en todo o en parte están ubicados dentro de los linderos de la propuesta aceptada por el Gobierno.

Tratándose de prescripción, la exigencia de la letra B) se sustituye por la de la comprobación de que los terrenos fueron objeto durante el tiempo legal correspondiente, de actos de los que dan nacimiento a dicho fenómeno.

Con relación a éste no hay la menor indicación en el expediente a esos posibles actos ni a período alguno de tiempo durante el cual se hubieran realizado. Huelga, pues, cualquier consideración al respecto.

Por lo que hace a títulos emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, tiene razón el señor Procurador Primero Delegado, al afirmar que no se han presentado títulos de esa clase, pues evidentemente no lo son el testamento del Capitán Antón de Olaya ni el de su esposa, en los que, por lo demás, no se hace mención alguna de tierras poseída por ellos. Tampoco constituye un título originario del Estado el otro documento allegado a los autos, a saber: la copia de la diligencia extraoficial de avalúo de los bienes del Mayorazgo del Marqués de San Jorge, practicada en 1824, y en la que se incluyó una finca denominada "El Novillero", puesto que tal diligencia ni emana de autoridad alguna ni estaba llamada a demostrar que los bienes a que se refiere salieron legalmente del patrimonio nacional.

Por otra parte, ninguno de tales documentos acredita la existencia de los títulos originarios que se echan de menos, como con toda razón observa también el señor Procurador Delegado.

En el memorial de pruebas el demandante pidió que el Jefe del Archivo Nacional compulsara copia de la "Merced Real" al capitán Antón de Olaya, y así se decretó, pero tal copia no fue expedida.

Por lo demás cabe anotar, por vía de mayor abundamiento, que ni siquiera puede darse por establecido que el predio "El Escritorio" está comprendido dentro de los linderos del predio "El Novillero", dadas las deficiencias que se observan en la inspección ocular y en el dictamen de los peritos, sobre lo cual se expresó el señor Procurador Delegado en los siguientes términos:

"En el acta de la inspección ocular se afirma que se recorrieron algunos puntos de los señalados en la diligencia de partición extrajudicial del 'Novillero'. Empero, dícese también que el recorrido se hizo por carretera lo cual, evidentemente, imposibilitaba un detenido estudio de las lindes contenidas en la partición antes nombrada, a la luz de la conformación del terreno. Por lo demás, figuran en la diligencia de partición numerosos linderos y puntos fundamentales que no se recorrieron en la inspección ocular, como puede constatarse de la comparación de la escritura de partición con el acta de la diligencia de inspección ocular. Este hecho resta, naturalmente, fuerza probatoria al dictamen pericial, el cual es, por otra parte, en extremo sintético".

También puede agregarse que tampoco aparece comprobado fehacientemente que el área de la propuesta número 888 se superpone al predio "El Escritorio", por las siguientes razones que expone el señor Procurador Delegado:

"El dictamen pericial es particularmente defectuoso en lo tocante a la determinación de la forma en la cual se superpone el área de la propuesta y la finca 'El Escritorio'.

"En primer término los señores peritos, al parecer, no eran ingenieros (véase cuaderno número 2, fls. 1 vuelto y 8). Ahora bien, la calidad de ingeniero civil es poco menos que indispensable para determinar la superposición de la propuesta con los terrenos objeto de la demanda. Los límites de la propuesta parten de un mojón astronómico y están indicados por rumbos astronómicos que solamente personas versadas en la ciencia de la ingeniería pueden interpretar debidamente.

"En el litigio de la referencia los señores peritos fundaron su afirmación de que la propuesta 888 se superponía al inmueble 'El Escritorio' con base en planchas que revisaron en la Texas Petroleum Company (fol. 30 del cuaderno número 2). Claramente esta forma de determinar punto tan importante del litigio es inaceptable".

Las anteriores consideraciones son más que suficientes para desechar las pretensiones del actor por lo cual, esta Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Declárase infundada la oposición que el señor Guillermo Hernández González hizo a la propuesta que para explotar petróleo de propiedad nacional formuló al Gobierno la Texas Petroleum Company y que quedó distinguida con el número 888, y por consiguiente se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda.

Sin costas.

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

Luis Carlos Zambrano. — Ramiro Araújo Grau. — Efrén Osejo Peña. — Carlos Peláez Trujillo. — Jorge Garcés Martínez, Secretario.

OTRAS SENTENCIAS NO PUBLICADAS

La Sala de Negocios Generales también dictó, durante el mes, las sentencias absolutorias que se relacionan a continuación, recaídas en juicios ordinarios sobre dominio privado del subsuelo petrolífero, pero la Sala consideró que no era del caso ordenar su publicación por falta de interés doctrinario.

1)—Emilia Valenzuela de Ramos contra la Nación (8 de mayo). — Magistrado Ponente: Dr. Peláez Trujillo.

2)—Inés Amaya C. y otros contra la Nación (9 de mayo). — Magistrado Ponente: Dr. Zambrano.

3)—Abraham Salamanca contra la Nación (15 de mayo).—Magistrado Ponente: Dr. Osejo Peña.

4)—Rafael González contra la Nación (15 de mayo). — Magistrado Ponente: Dr. Osejo Peña.

5)—Marco A. García S. contra la Nación (17 de mayo). — Magistrado Ponente: Dr. Osejo Peña.

6)—Patricio Montaña Cortés contra la Nación (17 de mayo). — Magistrado Ponente: Dr. Osejo Peña.

7)—Raimundo Moreno Sánchez contra la Nación (18 de mayo). — Magistrado Ponente: Dr. Osejo Peña.

8)—Sociedad Cubides Hermanos Ltda. contra la Nación (23 de mayo). — Magistrado Ponente: Dr. Peláez Trujillo.

9)—Florindo Vega contra la Nación (19 de mayo). — Magistrado Ponente: Dr. Araújo Grau.

10)-Arturo Corredor M. contra la Nación (30 de mayo). — Magistrado Ponente: Dr. Araújo Grau.

11)-Guillermo Hernández G. contra la Nación (31 de mayo). — Magistrado Ponente: Dr. Araújo Grau.

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

Moción de duelo, aprobada en Sala Plena, con motivo del fallecimiento del doctor Hernando Castilla Angulo, Magistrado de Tribunal Superior.—Sesión de 18 de mayo de 1961 795

Abstiénese la Corte de considerar la demanda sobre inexequibilidad del Decreto Extraordinario número 1463 de 5 de mayo de 1954, por sustracción de materia.—Manera correcta de acusar aquellos Decretos Extraordinarios que recibieron fuerza legal. Por providencia de 6 de mayo de 1961, así lo resuelve la Sala Plena de la Corte. Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña . 796

Declárase infundada la queja formulada contra un Magistrado de Tribunal Superior, por cuanto los hechos atribuidos al querellado carecen de toda prueba en el expediente.—Por providencia de 12 de mayo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la formulada contra el Magistrado del Tribunal Superior de Neiva, doctor David Calderón B.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiria C. 798

Se declara inexequible el artículo 2º del Decreto 3807 de 1960, convocatorio del Congreso a sesiones extraordinarias, como también el parágrafo de dicho artículo.—Reforma del artículo 121 de la Carta.—El veto del Congreso.—Sesiones ordinarias y sesiones extraordinarias.—Amplias facultades del Congreso durante el estado de sitio.—Por sentencia de 25 de mayo de 1961, así lo resuelve la Sala Plena de la Corte, y declara exequible el artículo 1º del mencionado estatuto.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano 799

SALA DE CASACION CIVIL

Se invalida el fallo de instancia y se condena al demandado a restituir una casa a favor de la sucesión de quien la construyó con sus propios recursos, en terreno ajeno.—Efectos jurídicos de la accesión. Derecho de retención en favor de quien edifica de buena fe en predio ajeno.—Acción restitutoria que ampara a quien es despojado del bien sobre el cual recae el derecho de retención.—Por sentencia de 3 de mayo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario reivindicatorio adelantado por María de Jesús Hernández, como heredera y para la sucesión de su hermano José María Hernández Góngora, contra Alfonso Aldana.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 812

Salvamento de voto del Magistrado doctor Enrique López de la Pava, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 819

No se casa la sentencia que despachó desfavorablemente la petición reivindicatoria, en favor de una sucesión, sobre la nuda indivisa de un inmueble urbano.—Poder judicial para recurrir en casación.—Régimen de bienes durante el matrimonio.—Efec-

Págs.

tos jurídicos del remate en juicio ejecutivo.—Por sentencia de 8 de mayo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el ordinario adelantado por Rosalba Caro León de Castañeda contra José del Carmen Valcárcel.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 823

No se invalida la sentencia que declaró resuelto un contrato de permuta de inmuebles y condenó a la parte incumplida al pago de los perjuicios consiguientes.—Acción resolutoria por incumplimiento en los contratos bilaterales.—La resolución conlleva condena de perjuicios.—Por sentencia de 4 de mayo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario adelantado por Cristóbal Franco A. y otro contra Antonio Aristizábal y otros. Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 829

Se casa el fallo que despachó negativamente una demanda reivindicatoria y en su lugar se ordena la restitución de una parte del predio reclamado.—Error común creador de derecho. — Requisitos para que la buena fe pueda crear derechos subjetivos. Por sentencia de 5 de mayo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario promovido por Matilde Warschawski de Gutt y otra contra Pablo Enrique González. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 836

Cásase, por incongruente, un fallo rescisorio de lesión enorme, y provéese sobre los puntos que quedaron sin reglamentación en la providencia infirmada. — Nulidades procesales atendibles en casación.—Restituciones recíprocas como complemento obligado de la rescisión de la compraventa, a causa de lesión enorme. — Minima petita.—Por sentencia de 10 de mayo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario adelantado por Juan de Jesús Martínez contra Angel María Aguirre. — Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 844

No se casa la sentencia que aceptó el desistimiento, por parte del arrendatario, de un contrato de arrendamiento y que negó la solicitud de proferir condena por perjuicios.—Por sentencia de 12 de mayo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario sobre resolución de un contrato de arrendamiento, por incumplimiento del arrendador, adelantado por Enrique Monsalve contra Félix Prieto Medina.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 852

Nulidad de un contrato de sociedad comercial y disolución de la sociedad de hecho. —Interpretación de los contratos.—Objeto de las leyes supletorias.—Medios nuevos en casación.—Reenvío de la ley comercial a la civil.—Por sentencia de 15 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario adelantado por Herrich Winter contra Clara Emilia Rodríguez.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco..... 860

Aprobación de cuentas en juicio ordinario.—Dos fases del juicio de cuentas.—Finalidad del ordinario a que da lugar el juicio de cuentas. Por sentencia de 15 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el ordinario adelantado por Ana Rosa León Gómez y otra contra Hernán Gómez Gómez.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 865

No hubo errores de apreciación probatoria en la sentencia que condenó a pagar el valor de los alimentos que suministró el demandante al personal de trabajadores de una carretera.—Por sentencia de 18 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario adelantado por Marceliano Moreno contra Gerardo Tama.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 870

Págs.

No existen los pretendidos errores de estimación probatoria en la sentencia que declaró consumada la prescripción adquisitiva de un inmueble urbano.—Por sentencia de 23 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en la acción de pertenencia adelantada por Juan Bautista Betancourt contra Rafael Martínez Torres.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava. 875

No prosperan los cargos hechos a la sentencia que se negó a declarar la indignidad de un hijo para suceder a sus padres. —Indignidad y sus efectos.—Purificación de la misma con el transcurso del tiempo. Prueba del atentado grave, como causal de indignidad.—El perdón en el testamento.—Sustracción y ocultación de bienes de una sucesión o de una sociedad conyugal disuelta.—Por sentencia de 25 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre indignidad para heredar, adelantado por Carlos Saúl Goyeneche contra Ciro Enrique Goyeneche.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 881

No se casa la sentencia que se negó a hacer declaración judicial de pertenencia sobre un lote urbano de terreno de ejido.—Juicios de pertenencia, modalidades, prueba requerida.—No pueden versar sobre bienes de uso público.—Ejidos, su concepto.—Imprescriptibilidad de los terrenos de ejido y de las construcciones levantadas en ellos.—Por sentencia de 26 de mayo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario adelantado por Carmen Elisa Obando de Rodríguez contra José Vicente Morales y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón.... 895

Filiación natural.—Legitimación en causa en juicios de filiación natural. — Validez del mandato judicial a pesar de la muerte del mandante. — Importante aplicación de esta regla en juicios de filiación natural.—Por sentencia de 31 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario promovido por Luis Alfredo Rodríguez y otra contra Raimundo Rivera. Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 903

Salvamento de voto del Magistrado Doctor Arturo C. Posada en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este índice 916

No hay tal error de valoración probatoria en la sentencia que despachó favorablemente la acción de petición de herencia. —Sentido y alcance de la norma contenida en el artículo 11 del C. de P. Penal sobre suspensión de procesos civiles. — Ineptitud de la impugnación que no señala las normas sustanciales violadas por el sentenciador. — Por sentencia de 31 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario adelantado por Victoria Candia de Sanabria contra Alberto Páez Rodríguez.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 915

No hubo nulidad en el traspaso gratuito, que un particular hizo a cierto Municipio, del terreno necesario para la apertura de una calle.—Bienes de uso público y bienes fiscales. — Pertenencia de los bienes de uso público.—Elementos esenciales de la donación.—Insinuación para donar.—Técnica del recurso de casación.—Por sentencia de 31 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario sobre nulidad de una donación adelantado por Marceliano Mafla y otro contra el Municipio de Cali.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R..... 921

Lesión enorme en la dación en pago.—Naturaleza jurídica de la dación en pago.— Tres tesis diferentes.—Analogía entre la dación en pago y la compraventa.—Dación en pago y lesión enorme.—Por sentencia de 31 de mayo de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario seguido por Julio Medina V. contra Celio Villalba, para, como Tribunal de instancia y antes de

Págs.

dictar sentencia en este negocio, ordenar la práctica de un nuevo avalúo de bienes.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 927

Acción declaratoria de dominio y restitutoria de un predio rústico. — Por sentencia de 31 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario reivindicatorio seguido por Silvano Rodríguez contra Lucas Rozo. Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 936

SALA DE CASACION PENAL

Homicidio atenuado a causa de grave e injusta provocación. — **Régimen legal sobre individualización de las penas.**—Por sentencia de 3 de mayo de 1961, se invalida parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el proceso adelantado contra Jesús María Quintero por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria 940

Colisión negativa de competencias para juzgar a un Agente de Policía por delito de homicidio.—Irretroactividad de la ley desfavorable.—Por providencia de 8 de mayo de 1961, se dirime la planteada en el proceso adelantado a Albino López V., por el delito de homicidio, en el sentido de atribuirle el conocimiento del proceso al Juez Superior del Distrito Judicial de Quibdó. Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez Abad 951

Indebida aplicación del procedimiento establecido en el Decreto 0.8 de 1959 en un proceso por homicidio.—Irretroactividad de la ley desfavorable.—Por sentencia de 9 de mayo de 1961, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado a Daniel Angarita Castro y otros, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 955

No hubo errores de hecho en torno a la imputación del homicidio de autos, ni hubo demostración alguna de errores en lo que respecta a la calificación agravada que se le dio al delito.—Obligación de demostrar los cargos en casación.—Condiciones para el éxito de la causal 2ª de casación penal. Por sentencia de 12 de mayo de 1961, no se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso adelantado a Saúl de Jesús Giraldo por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 958

Errada apreciación de los hechos en la sentencia que condenó como responsable de homicidio en riña imprevista a quien, conforme a las probanzas allegadas, obró en legítima defensa de la vida de su hijo.— Por sentencia de 12 de mayo de 1961, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el proceso adelantado a Isidro Flórez Timaná.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo.. 965

Confírmase la sentencia que ordenó la cesación de todo procedimiento contra un Juez Superior a quien se le atribuyeron hechos no constitutivos de delito alguno. Por sentencia de 12 de mayo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el proceso adelantado contra el doctor Pedro Elías Serrano Abadía, ex-Juez Superior del nombrado Distrito, acusado de los delitos de abuso de autoridad y otras infracciones. — Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 974

Se desecha el recurso de casación interpuesto por el Fiscal contra la sentencia, recaída en proceso por homicidio, que reconoció la justificación de la legítima defensa subjetiva.—Por providencia de 17 de mayo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto del interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso adelantado a Alfonso Henao Valencia.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez Abad..... 977

Se invalida una sentencia condenatoria por delitos de homicidio, violencia carnal y

Págs.

violación de domicilio a causa de haber recaído en un proceso viciado de nulidad constitucional.—Indebida aplicación retroactiva del Decreto 012 de 1959.—Prevalencia de la ley favorable en materia penal. —Excepción de inconstitucionalidad.—Por sentencia de 18 de mayo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso adelantado a Bernardo Bedoya Cardona y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez Abad..... 982

No prosperan los cargos que, con invocación de las causales 4ª y 1ª de casación, se hicieran contra la sentencia condenatoria por delito de homicidio.—Nulidades procesales.—Deberes del demandante en casación.—Por sentencia de 24 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el proceso adelantado a Juan de Jesús Daza Vaca y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 986

La apreciación notoriamente errada de unas pruebas y la falta de estimación de otras, determina la invalidación de la sentencia condenatoria recaída en proceso por homicidio e imponer la absolución del procesado.—Condiciones para el éxito de la causal 2ª de casación penal. — Necesidad de la crítica del testimonio.—Por sentencia de 24 de mayo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado a Marcelino Zarta Méndez.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 993

No prosperan los cargos formulados contra la sentencia condenatoria recaída en un proceso por delito de contrabando de café. —Causales especiales de casación consagradas en el artículo 26 del Decreto 188 de 1958.— Presunciones de contrabando.— Por sentencia de 26 de mayo de 1961, se abstiene la Corte de casar la proferida por el Tribunal Superior de Aduanas en el proceso adelantado a Humberto Rafael Valverde Carrasquilla. — Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres..... 1000

Sobreseimiento definitivo en favor del ex-Intendente de San Andrés y Providencia acusado infundadamente de pretendidos actos de abuso de autoridad—Por providencia de 26 de mayo de 1961, así lo resuelve la Corte en el proceso adelantado al señor Capitán de Navío Alfredo Ballesteros Rotter. — Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo..... 1007

Homicidio culposo.—Veredictos sólo aparentemente contradictorios. — No se casa la sentencia que condenó por el homicidio y absolvió por las lesiones personales que se ocasionaron en un accidente de tránsito. —Razones que demuestran no ser contradictorio, como lo pretende el recurrente, el veredicto en que se basó la sentencia acusada.—Por sentencia de 29 de mayo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso adelantado a Alvaro Durán Galán.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez Abad..... 1010

Faltas contra la ética profesional del abogado.— Confirma la Corte la absolución dictada por el Tribunal.—Carencia de seriedad y validez en la queja que dio origen al juicio. — Examen de las pruebas que obran en autos.—Es improcedente disponer que se inicie procedimiento por calumnia contra la denunciante, a causa de estar prescrita la acción.—Por providencia de 30 de mayo de 1961, así lo resuelve la Corte en el proceso adelantado ante el Tribunal Superior de Bogotá contra el doctor Diego Tovar Concha.—Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo.. 1014

SALA DE CASACION LABORAL

Reclamación de prestaciones sociales—Reformatio in pejus. — Impugnación del fallo que condenó al pago de ciertas prestaciones e indemnizaciones.—No prosperan los cargos relacionados con errores en la apreciación de pruebas.— Cásase la sentencia por cuanto reforma la de primer grado en perjuicio del apelante. — Por

Págs.

sentencia de 4 de mayo de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el ordinario laboral adelantado por Felipe Llorente Martínez contra Francisco López Llorente.—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez..... 1022

Reclamación de salarios y prestaciones sociales.—Se acusa una sentencia absolutoria recaída en juicio ordinario laboral.—El fallo acusado no halló establecida la existencia del contrato de trabajo.—Equivocado planteamiento del recurso de casación y falta de técnica en la demanda.—No se casa la sentencia.—Así lo resuelve la Corte en fallo de 6 de mayo de 1961, respecto del proferido por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio adelantado por Rosa Antonia Molina Cifuentes contra Ana Tamayo. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C. 1028

Muerte ocasionada en accidente de trabajo.—Impugnación de la sentencia que condenó al pago de cierta suma, como indemnización, a la madre de un trabajador accidentado.—Defectos de forma y de fondo en la demanda de casación presentada.—No prosperan los cargos.—Por sentencia de 6 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario laboral promovido por Sara Isabel Dita, como madre natural de Camilo de Avila, contra Pedro Cuello Acosta.-Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 1030

Reclamación de prestaciones laborales.—El secuestre como patrono.—Recurso de casación contra una sentencia que negó las pretensiones de quien había administrado unas minas de carbón.—La falta de legitimación pasiva en causa determinó la absolución acusada.—Esfuerzos del recurrente por demostrar errores de hecho y violación de normas sustantivas.—Naturaleza jurídica del secuestro.—El secuestre y el mandato.—Contratos de trabajo celebrados con el secuestre, como patrono.—Por sentencia de 8 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por José Rodulfo Poveda Forero contra María de Jesús Cruz y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 1032

Accidente de trabajo.—No se casa la sentencia que despachó desfavorablemente una reclamación sobre indemnización por accidente de trabajo.—Trátase de un empleado oficial que alega haber sufrido, en accidente, una lesión irreparable de la vista.—Graves omisiones en la demanda de casación formulada por el actor.—Por sentencia de 8 de mayo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario laboral promovido por Elías José Menassaz contra el Departamento de Bolívar y la Industria Licorera del mismo. Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A 1039

Reclamación de salarios, prestaciones e indemnizaciones sociales.—Técnica de la casación laboral.—La sentencia absolutoria acusada halló probada la excepción de compensación.—Defectuosa presentación de cargos en casación.—No prospera el recurso.—Por sentencia de 9 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Manuel Varela contra la sociedad denominada "Arecia". Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 1043

Prestaciones sociales.—Indemnización moratoria.—No existe el supuesto error de hecho que la sociedad recurrente creyó ver en la sentencia que la condenó a pagarle a un empleado suyo, aparte de ciertas prestaciones, el valor correspondiente a la indemnización moratoria.—Por sentencia de 10 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Víctor E. Bonilla contra "Warner Lambert S. A."—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 1046

Págs.

Salarios del pizza presuntivo.—Preaviso.—No prosperan los diversos cargos que las partes litigantes (ambas recurrentes en casación) formulan contra la sentencia que acogió ciertas pretensiones del trabajador y desechó otras.—Por sentencia de 13 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Carlos Emilio Beltrán contra el Distrito Especial de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 1050

Prestaciones sociales.—Compensación. — Valor probatorio de los libros de comercio —Queda en pie la sentencia que condenó a una sociedad constructora a pagar ciertas prestaciones a un trabajador.—En la demanda de casación se alegó que no hubo verdadero contrato de trabajo.—Defectuosa, por varios aspectos, la impugnación de la sentencia.—Por sentencia de 13 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Otoniel Cely contra "Salazar Samper Hermanos". Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 1054

Trabajo en horas extras y días festivos.—No se configuran los errores atribuídos a la sentencia absolutoria. — El celador de la empresa no tenía más derechos de los que le fueron oportunamente reconocidos.—Serios defectos de la demanda de casación. Por sentencia de 18 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el ordinario laboral promovido por Julio Ramírez Cuberos contra la Sociedad General Automotriz del Norte, S. A. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A..... 1059

Plazo presuntivo en el contrato laboral.—Accidente de trabajo. — Atribuciones de la Medicina Industrial.—Examen sanitario.—No prosperan los cargos hechos contra la sentencia que absolvió a una sociedad petrolera del pago de ciertas indemnizaciones reclamadas por el trabajador.—Se detiene la Corte a discriminar las distintas facultades de la Medicina Industrial y a fijar el valor de las respectivas intervenciones suyas.—Por sentencia de 27 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario laboral adelantado por José Joaquín Laserna Hernández contra la "Compañía Cafetera La Victoria, Limitada".—Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez 1065

Indemnización moratoria.—Exito de la acusación formulada contra la sentencia recaída en un juicio iniciado por un trabajador de minas de carbón.—Se casa parcialmente la sentencia para ampliar el alcance de la decisión relativa a la indemnización por mora.—Ineficacia de la demanda proveniente de la parte patronal. Por sentencia de 29 de mayo de 1961, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Emilio Mesa contra Carlina Restrepo. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C. 1078

Empleados públicos y contrato de trabajo.—Equivocada y defectuosa acusación contra la sentencia que se negó a proferir las condenas solicitadas por un médico que prestó sus servicios al personal de una empresa de construcción y reparación de carreteras nacionales.—Régimen legal que gobierna las relaciones laborales de los trabajadores de contratistas de administración delegada.—Doctrina y jurisprudencia. — Por sentencia de 31 de mayo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales en el ordinario laboral adelantado por Félix Henao Toro contra la Empresa Utah-Olap.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 1082

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Ocupación permanente de inmuebles por trabajos públicos.—Acumulación de acciones. —Competencia. — Oportunidades de allegar pruebas al proceso.—No tuvo fonda-

Pág.

mento suficiente la negativa del Tribunal a conocer en el fondo, pues no hubo indebida acumulación de acciones, ni obstáculo por razón de competencias o procedimientos.—Imposibilidad de la Corte para dictar sentencia absolutoria por no haber apelado el Departamento demandado. — Por sentencia de 5 de mayo de 1961, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario adelantado por Francisco Soler contra el Departamento de Boyacá.—Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña..... 1090

Acción ejecutiva de un Departamento contra un Recaudador. — **Conflicto de competencias.—No puede la Corte entrar a revisar por vía de apelación una providencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, por cuanto la materia del recurso implica conflicto de competencias.** — Por providencia de 15 de mayo de 1961, se inhibe la Sala de conocer del recurso de apelación interpuesto contra el proveído dictado por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ejecutivo seguido por el Juzgado de Rentas y Ejecuciones Fiscales del Departamento de Santander del Sur contra Isidoro Parada Carrillo, en su calidad de Recaudador de Rentas del citado Departamento. — Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 1095

Declárase infundada la oposición a una propuesta de explotación de hidrocarburos.— Condiciones para que prosperen las acciones de esta naturaleza. — **En el caso de autos no se comprobaron los fundamentos de hecho afirmados en la demanda.** — Por sentencia de 31 de mayo de 1961, se absuelve a la Nación de los cargos que le formuló Guillermo Hernández González, en juicio ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero. — Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau..... 1097

ERRATAS ADVERTIDAS

Pág. 1.095, 1ª columna, renglón 20, dice: Lisandro Parada Carrillo. Léase: Isidoro Parada Carrillo.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: Dr. DIEGO E. CRISTANCHO

RELATOR DE LA CORTE

TOMO XCV — BOGOTA — 1966 — NUMERO 2241

EXTRACTOS DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO XCV (NUMEROS 2238, 2239 Y 2240, CORRESPONDIENTES A LOS MESES DE MARZO, ABRIL Y MAYO DE 1961) DE LA "GACETA JUDICIAL"

A

1

ABUSO DE AUTORIDAD

(Morosidad del funcionario).

Artículo 172 del Código Penal.

La doctrina ha sido reiterada en el sentido de que para imputar un delito de abuso de autoridad por demoras no es suficiente establecer el elemento objetivo o material que entraña el tiempo cronológicamente computado en que estuvo sin actuación un determinado negocio judicial; sino que se requiere además la determinación del elemento subjetivo o moral en virtud del cual surja la negligencia, el descuido, la omisión en una palabra y la intención dolosa de no hacer, dejar de hacer o no querer hacer una cosa, que es lo que significan las expresiones verbales empleadas en la ley "omitir, rehusar o retardar". (Casación Penal. 23 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 236, 2ª, y 237, 1ª.

2

ABUSO DE CONFIANZA

(Presupuesto necesario).

Artículo 412 del Código Penal.

En el delito de abuso de confianza un presupuesto resulta necesario: la independencia que el dueño de la cosa otorga al agente, depositando en él su confianza, para el manejo y vigilancia de los bienes, enseres o cosas que se han puesto bajo su cuidado, actitud que conlleva al mismo tiempo la renuncia del propietario a ese cuidado y vigilancia, de las que pudiera decirse hace abdicación en forma espontánea para que la esfera o ámbito de su poder le sea transferido al empleado con cierto grado de autonomía dentro de sus funciones, no para disponer de los bienes bajo su cuidado sino para destinarlos a los menesteres propios que el dueño les tiene señalados. (Casación Penal. 3 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 130, 1ª y 2ª.

3

ABUSO DE CONFIANZA

(Título no traslaticio de dominio).

Artículo 412 del Código Penal.

La expresión "título no traslaticio de dominio" que emplea el Código Penal en el artículo 412 al referirse al abuso de confianza, no debe entenderse en forma que restrinja su significado. Pues este elemento del delito no sólo se cumple cuando la cosa es entregada a virtud de contratos sin trasferencia de dominio (comodato, arrendamiento, prenda, mandato y depósito), sino también en aquellos actos provenientes de mera tenencia a título precario jurídicamente hablando, como la fiducia, es decir, dependientes de la confianza o crédito que merezca aquel a quien se le entrega la cosa y la recibe a ese título. (Casación Penal, 3 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 129, 2ª.

4

ABUSO DE CONFIANZA

(Y estafa).

Artículos 408 y 412 del Código Penal.

En la estafa se comete el delito en el momento en que se obtiene la tenencia por medio del fraude o del engaño. En el abuso de confianza, en cambio, el ilícito viene a ser cometido después de adquirir la tenencia de la cosa a título no traslaticio de dominio, por eso, como dice algún autor "existe tenencia antes de la apropiación". De manera que la institución eminentemente civil de la tenencia es la que esclarece con precisión el concepto que deslinda ambas figuras y puntualiza la apropiación indebida como distinta de la estafa. (Casación Penal. 3 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 131, 1ª.

5

ABUSO DE CONFIANZA

(Y hurto).

Artículos 412 y 1º de la Ley 4ª de 1943.

Tanto en el hurto como en el abuso de confianza es común el apoderamiento o apropiación de la cosa mueble ajena así como también, en la generalidad de las ocurrencias, el ánimo de lucro y el aprovechamiento personal. Hay, en cambio, otros elementos que los separan y permiten su diferenciación. Tal ocurre con el modo o forma como lo sustraído o apropiado se encuentra en manos del agente activo del delito. Porque si se parte del concepto de la simple tenencia material, la forma de hurto adquiere su contenido penal propiamente dicho; pero si la tenencia es a título fiduciario, precario, en una palabra a título no traslaticio de dominio, basado en la confianza o en el crédito o en cualquiera otra manifestación que no conlleve ánimo del dador para desprenderse de la cosa como propietario de ella, sino simplemente la concesión de la mera tenencia, el delito ya toma otro título y se convierte por ello en abuso de confianza. (Casación Penal. 3 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 128, 1ª.

6

ACCESION

(De edificios).

Quien construye en suelo que no le pertenece se sujeta a que, por virtud de la accesión, el dueño del terreno lo sea del edificio. Resultado éste a que no puede oponerse el edificador, quien sólo tiene un derecho personal a la indemnización que por la mejora le corresponda, sin perjuicio del derecho de retención a que en pro del mismo constructor pueda haber lugar. (Casación Civil, 26 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 901.

7

ACCESION

(De edificio construído en terreno imprescriptible).

Siendo predicable en derecho que lo accesorio sigue el destino de lo principal, no puede escapar a este imperativo la suerte de la edificación levantada en terreno imprescriptible, o lo que es lo mismo, que esta imprescriptibilidad se comunica desde un principio a la construcción. (Casación Civil. 26 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 901.

8

ACCESION

(Efectos jurídicos de la).

Por la naturaleza misma de las cosas, desde la antigüedad está reconocida la norma de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y que todo cuanto sobresale de la superficie accede al suelo en que descansa: **superficies solo cedit**. Si pues el propietario del terreno le incorpora materiales, plantas o semillas suyos en construcciones, cultivos o sementeras, ningún fenómeno adquisitivo se predica. Nadie, en efecto, puede a sí mismo transferirse el dominio de lo que ya le pertenece. El fenómeno adquisitivo se consuma en tales hipótesis de edificación, plantación o sementera cuando, entre otros eventos, alguien de su peculio las efectúa en terreno ajeno. Entonces por accesión el dueño del suelo adquiere automáticamente la propiedad de las mejoras. Pero se encuentra en el impedimento legal de recobrar el objeto, si no es mediante el abono del valor de las obras realizadas con su consentimiento expreso o tácito, esto es, cuando han sido puestas sobre el terreno "a ciencia y paciencia del dueño", en los términos del inciso 2º, artículo 739, del Código Civil. (Casación Civil. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 816 y 817.

9

ACCION DE INEXEQUIBILIDAD Y EXCEPCION DE INEXEQUIBILIDAD

Artículos 214 y 215 de la Constitución Nacional.

El fallo que decide sobre la acción de inexequibilidad sólo puede ser pronunciado por la Corte en pleno (artículo 214 de la Constitución Nacional) y tiene efectos erga omnes; en cambio para decidir sobre la excepción de inconstitucionalidad (artículo 215 de la Carta) es competente cualquier funcionario con jurisdicción, que deba aplicar la ley, y sólo tiene efectos en relación con el caso concreto en donde el conflicto surge. (Casación Penal. 25 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 253, 1ª.

10

ACCION DE INEXEQUIBILIDAD

(Y excepción de inexequibilidad).

Artículos 214 y 215 de la Constitución Nacional.

Es preciso tener en cuenta la diferencia fundamental que existe, en cuanto a sus efectos, entre la acción de inexequibilidad, consagrada por el artículo 214 de la Carta, acción que es la que compete privativamente a la Corte en Pleno, y la excepción de inconstitucionalidad, establecida en el artículo siguiente, excepción que no solamente puede ser reconocida por cualquiera de las Salas de la Corte, sino por cualquier Juez de la República, sin que ello entrañe usurpación de la jurisdicción privativa de la Corte Plena. (Casación Penal. 14 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 168, 1ª.

11

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

(Cuando la administración declara la caducidad de un contrato).

Artículo 1546 del Código Civil.

El que la acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contratos no pueda prosperar si no se ejercita como consecuencia de una de las dos acciones principales alternativas —resolución o ejecución— que establece el artículo 1546 del Código Civil, es deducción que tiene su fundamento en que la determinación de tales daños se hace imposible mientras no se defina la suerte del contrato, pues es notorio que tanto la naturaleza como la cuantía de ellos varían según que la convención alcance a la postre su cumplimiento, o que se llegue, por el contrario, a su resolución. De donde se infiere que no es ese el caso de la acción de daños cuando se funda en la infracción de un contrato administrativo cuya caducidad ha sido declarada por autoridad competente y por el procedimiento que determina la ley. La naturaleza del fenómeno de la caducidad, similar al de la resolución en cuanto rompe o extingue la relación jurídica contractual, permite que, tratándose de contratos caducados por resolución administrativa, pueda incoarse la acción de perjuicios sin sujeción a una de las principales consagradas en el mencionado artículo 1546. (Negocios Generales. 9 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 349, 2ª.

12

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

(Por incumplimiento de contratos).

Artículo 1546 del Código Civil.

Establece el artículo 1546 del Código Civil dos acciones principales alternativas: o la resolución o la ejecución del contrato, y una accesoria que, por naturaleza, sólo puede ejecutarse como consecuencia de la principal que se postule: la de resarcimiento. Este resarcimiento es apenas un efecto de la acción invocada como principal, por lo cual no puede proponerse independientemente, sino sólo en calidad de accesoria. Así se infiere claramente del texto de la disposición citada, que no habla de tres acciones principales sino de dos, de carácter alternativo. Ni podría ser de otra manera, pues, tratándose de responsabilidad contractual, el conocimiento de la suerte definitiva de la convención, cuando no aparecen extinguidas las obligaciones recíprocas correlativas de las partes, es premisa indispensable para la apreciación del daño causado con la infracción, ya que ese daño no puede ser el mismo cuando el contrato está destinado a ejecutarse, que cuando no lo está. (Negocios Generales. 9 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 349, 1ª.

13

ACCIDENTE DE TRABAJO

(Por culpa del patrono).

Artículo 216 del Código del Trabajo.

El artículo 216 del Código del Trabajo contempla la hipótesis de que el accidente ocurra por culpa comprobada del patrono, caso en el cual responde éste de la indemnización total y ordinaria de perjuicios, previo descuento del valor de las prestaciones en dinero a que el precepto se refiere. En el caso de autos no se persigue la indemnización total de perjuicios (daño emergente y lucro cesante), sino la que proviene de la responsabilidad objetiva, cuyo importe tasa la ley del trabajo, derivada del accidente ocurrido sin intervención del patrono, esto es, con exclusión de toda culpa del mismo en su producción. Interpretar el citado artículo 216 en el sentido de que en todo accidente de trabajo debe mediar

culpa del patrono sin la cual no pesa sobre éste obligación de repararlo, es darle a la norma una significación que no cuadra con su recto entendimiento. (Casación Laboral. 21 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 312, 1ª.

14

ACCION REIVINDICATORIA DE PREDIOS RURALES

(Competencia).

Artículo 22 del Decreto 291 de 1957.
Artículo 946 del Código Civil.

El Decreto 291 de 8 de noviembre de 1957 somete a los funcionarios del Trabajo los asuntos que menciona el artículo 1º del mismo, o sean "los conflictos rurales que se susciten entre propietarios o arrendadores de tierras y los ocupantes de ellas, arrendatarios, aparceros, colonos y similares", conforme al procedimiento que se establece en el mismo Decreto; de modo que, en tratándose de asuntos de tal índole, sujetos a las autoridades del Trabajo, es imperioso someterlos a las disposiciones del Decreto. Mas al disponer el artículo 22 del mismo que "las controversias sobre propiedad y posesión de predios rurales continuarán siendo de competencia de los Jueces Civiles", subsiste la competencia común para conocer de un negocio como el presente en que se solicita la declaración de propiedad y se ejerce la acción reivindicatoria. (Casación Civil. 16 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 95, 1ª.

15

ACCION RESCISORIA POR LESION ENORME

(Restituciones mutuas).

Toda demanda en que se ejercite la acción rescisoria por lesión enorme lleva implícita la solicitud de las restituciones mutuas como complemento obligado de la acción misma, esto es, sin necesidad de que los litigantes formulen petición expresa en este punto. Tal ha sido, como no podía ser de otro modo, la doctrina constante de la Corte, contenida en múltiples fallos. (Véase por ejemplo, Gaceta Judicial, Tomo LXXVIII, 113 a 116). (Casación Civil. 10 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 849, 1ª.

16

ACCION DE SIMULACION

(Calidad de tercero).

Artículo 1766 del Código Civil.

Si fue el causante quien, por medio de la simulación, menoscabó la legítima, el heredero asume calidad de tercero frente a su causante y frente a quien con él celebró el contrato con estigma de simulación; condición de tercero que le abre las puertas para probar sin restricciones, como podría hacerlo cualquier acreedor actual, en cuyo perjuicio el deudor se insolventara por medio de contratos simulados. (Casación Civil. 6 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 62, 1ª.

17

ACCIDENTE DE TRABAJO

(Requisitos de la definición legal).

La caída que sufre un trabajador es un accidente, pero para que lo sea de trabajo se requiere que dé por resultado o lesiones orgánicas o perturbaciones funcionales permanentes, reuniéndose los demás requisitos de la definición legal. (Casación Laboral. 27 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1070, 1ª.

18

ACCIDENTE DE TRABAJO

(Y seguro de vida).

Artículo 214 del Código del Trabajo.

Que el artículo 214 del Código del Trabajo, en caso de muerte por accidente, fije como cuantía de la deuda el valor doblado del seguro de vida, para pagar no sólo la indemnización por dicho concepto sino cualquiera otra prestación por incapacidad, enfermedad y seguro de vida, si a éste se halla obligado el patrono, no significa que la indemnización por accidente esté sujeta al mismo régimen del seguro de vida. Se trata de instituciones distintas, que la ley del trabajo reglamenta separadamente. La primera es prestación común, la segunda prestación especial; para el pago del seguro se toma en cuenta el valor de la nómina mensual de trabajadores y no el capital de la empresa (artículo 289); ni son iguales los titulares de los dos derechos (artículos 204 y 293), aparte de otras distinciones de mayor entidad que podrían señalarse. (Casación Laboral. 21 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 311, 2ª.

19

ACUMULACION DE ACCIONES

(Requisitos).

Artículos 209 y 202 del Código Judicial.

El artículo 209 del Código Judicial permite la acumulación objetiva de acciones, pero no ad libitum sino dentro de la debida unidad en el desarrollo del proceso; y así, si se trata de varios objetos —como la propiedad del subsuelo petrolífero de distintos inmuebles— impone la necesidad de una sola parte actora contra un solo demandado, porque la relación procesal, al igual que la material o sustancial, debe trabarse entre los mismos sujetos activos o pasivos, porque si intervienen otros, la pretendida acumulación objetiva conllevaría a la par la subjetiva, con evidente daño de la unidad procesal, cuya sentencia definitiva tendría que pronunciarse sobre varias situaciones jurídicas sin conexidad entre sí. Lo dicho no excluye la posibilidad de que las partes estén integradas por varias personas, siempre que tengan por fundamento un litis consorcio simple o necesario, lo cual presupone conexidad en los otros elementos de la relación, como por ejemplo, en el nexo por la unidad del título. (Negocios Generales. 27 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 780, 2ª y 781, 1ª y 2ª.

20

ACUMULACION DE ACCIONES

Artículo 209 del Código Judicial.

Fue indebida la acumulación de que da cuenta este proceso al tramitar conjuntamente las acciones de los dos demandantes contra su común patrono. La razón que se da para justificarla no vale, pues es erróneo sostener que la causa de hecho de las acciones es común, porque es de trabajo el contrato que cada uno de ellos celebró con el demandado. Contrato de trabajo es una expresión genérica, como lo es la de cualquier otro contrato nominado, v. gr., de venta, de arrendamiento, de sociedad, etc. Pero no es igual el contrato laboral entre A y B, y el contrato laboral entre A y C. Son dos contratos distintos: en cada uno son diferentes los sujetos de la relación, por lo cual entre ellos no hay conexidad en ninguno de los elementos estructurales de la acción: diversos son los sujetos, el objeto y el título o causa de hecho. (Casación Laboral. 22 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238): 317, 2ª.

21

ACUMULACION

(De acciones y de procesos).

Artículos 209, 397 y 398 del Código Judicial.

La pluralidad de acciones o de procesos dentro de una unidad de procedimiento, cuya finalidad es la economía procesal en cuanto a la acumulación objetiva, y el impedir la ruptura de la continencia de la causa en cuanto a la acumulación subjetiva, no es arbitraria. Ambas están sometidas a determinados requisitos, sin cuya observancia una y otra resultan improcedentes. (Casación Laboral. 22 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 317, 2ª.

22

ACUMULACION DE ACCIONES EN LA DEMANDA

(Tesis inadmisible).

Resulta del todo inadmisible la tesis del Tribunal a-quo, en cuanto sostiene que se acumularon indebidamente varias acciones en la demanda; porque "la que tiende a la indemnización de los perjuicios causados por la ampliación de la carretera", integra el todo de la acción de condena; mientras "la que pide la indemnización de una determinada zona de terreno", no alude o no comprende sino una parte o elemento de ese TODO; y mal puede existir incompatibilidad o indebida acumulación entre las partes y el todo. (Negocios Generales. 5 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1093, 1ª.

23

ACUMULACION INDEBIDA

(Petróleos).

Artículos 209 y 398, numeral 4º del Código Judicial.

En demandas sobre declaración de propiedad del subsuelo, la acumulación subjetiva procede cuando se cumple la unidad de causa petendi, prevista en el numeral 4º del artículo 398 del Código Judicial, con fundamento en el título originario emanado del Estado, que sería el nexo común entre los litigantes, para aprovechar las pruebas comunes y decidir el litigio en la misma sentencia, con la natural economía en cuanto al tiempo y los gastos. Los dos predios diferentes, a que se refiere la demanda de autos, pertenecen a distintos dueños, y en ella no se indicó el título común de las dos parcelas, luego no existiendo unidad en cuanto al título emanado del Estado, la acumulación así efectuada quebranta el artículo 209 del Código Judicial. (Sala de Negocios Generales. 3 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 335, 1ª.

24

ASESINATO

(Y homicidio).

Artículo 363 del Código Penal.

El asesinato no existe como entidad autónoma en el Código Penal. Es figura que surge del homicidio cuando se ejecuta dentro de determinadas modalidades, señaladas taxativamente por el legislador en los distintos numerales del artículo 363. Las que contempla el 1º de tales numerales ofrecen condiciones que pueden dar ocasión a circunstancias modificadoras, excluyentes o privilegiadas, pero en modo alguno discordantes con el delito de homicidio, cuando los motivos determinantes permiten atemperar la delincuencia por presupuestos diferentes de la denominación legal del hecho. (Casación Penal. 18 de marzo de 1961). Tomo XCV, número 2238). 210, 2ª.

25

ASISTENCIA MEDICA

(Indemnización cuando no se presta).

Artículo 1610 del Código Civil. Artículo 1º, parágrafo 2º, del Decreto 797 de 1959. Artículo 204, numeral 1º, del Código del Trabajo.

Es la asistencia médica una obligación de hacer, que las leyes imponen en los términos que ellas establecen, tanto a la administración pública como a los patronos particulares. Ahora bien, si con el asentimiento al menos implícito del patrono, se satisface por cuenta del mismo trabajador esta obligación, ya no será posible, por razones obvias, que el acreedor le pida al deudor la satisfacción de la obligación en especie, pues no hay ya otro medio de cumplirla que el pago del equivalente en dinero; y si esto es lo que se pide, la petición tendrá el apoyo de la ley, pues incumplida la obligación de hacer y satisfecha por un tercero por cuenta del acreedor, tiene éste derecho a que el deudor le cumpla por el equivalente en dinero, a título de perjuicio compensatorio. (Artículo 1610 del Código Civil). (Casación Laboral. 24 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 722, 2ª.

26

ASISTENCIA MEDICA

(En contratos de trabajo con la administración pública).

Artículo 1º, inciso 2º, parágrafo 2º, del Decreto 797 de 1949.

La asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, que la ley impone tanto a la administración pública como a los patronos particulares en la forma, términos y condiciones en ella establecidos, entraña una obligación de hacer, con la particularidad de que no es el deudor el encargado de cumplirla sino institutos de seguridad social. En lo que hace a la administración pública, el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en el inciso 2º de su parágrafo 2º, dispone que estará 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 de un fondo especial, el reconocimiento y pago al empleado, entre otras prestaciones, de la relativa a la asistencia médica. (Casación Laboral. 24 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 722, 1ª y 2ª.

27

AUTO DE PROCEDER

(Procedimientos en que se suprime).

Artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Decretos 0014 de 1955 y 0012 de 1959.

Si en los procesos extraordinarios y especiales, como los establecidos en el artículo 13 de la Ley 48 de 1936, en el Decreto 0014 de 1955 y en el 0012 de 1959, el legislador suprimió el auto de proceder, haciendo desaparecer el límite que en el procedimiento ordinario separa las etapas del sumario y el juicio o causa penal, no les corresponde a los funcionarios jurisdiccionales equiparar analógicamente otras providencias de aquellos procedimientos especiales al auto de proceder, haciéndoles producir efectos que solamente a éste ha señalado el legislador. (Casación Penal. 23 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 243, 1ª.

28

AUTOPSIA

Artículo 306 del Código de Procedimiento Penal.

El artículo 306 del Código de Procedimiento Penal establece que sin la práctica de la autopsia no se inhumará el cadáver. En el caso de autos, éste fue sepultado sin haberlo sometido previamente a la respectiva autopsia, circunstancia que, como es racional, no constituye nulidad de ninguna especie sino

una simple irregularidad, muy lejos de afectar las formas del juicio como se pretende. Ni era del caso, para la época en que se notó la deficiencia, ordenar la exhumación y autopsia, pues resultaba inútil dado el tiempo transcurrido desde el fallecimiento de la víctima del delito. (Casación Penal. 20 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 599, 1ª.

29

AUXILIO DE CESANTIA

(Liquidaciones parciales).

Artículo 1º de la Ley 48 de 1942.

Al fijarle la Ley 48 de 1942 el carácter de definitivas a las liquidaciones parciales de cesantía, les restó la posibilidad de ser consideradas como buenas cuentas o simples anticipos, ya que de otro modo quedaría esencialmente desvirtuado el sentido expreso de la propia norma. Es ese el entendimiento dentro del cual se ha pronunciado la jurisprudencia laboral. Por lo demás, tal interpretación se ciñe a la ley y está en consonancia con la realidad normativa en materia de cesantía para la época de la citada Ley 48, puesto que no debe olvidarse que esa prestación no se causaba en todos los casos de terminación del contrato de trabajo, como en principio general hoy existe, sino sólo en los de despido "no originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato" (Ley 10 de 1934). Lo cual pone de manifiesto que la liquidación anticipada del derecho era una garantía adicional porque aseguraba definitivamente su ingreso al patrimonio del empleado antes de que aquél se causara y, en virtud de tal carácter, afianzándole la subsistencia posterior, ante una eventual terminación justificada del contrato. (Casación Laboral. 27 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 728, 2ª y 729, 1ª.

B

30

BIENES DE USO PUBLICO

Las calles, plazas, puentes y caminos son bienes de uso público. Esta calidad depende de dos factores: que sean construídos en terrenos pertenecientes a una entidad de derecho público y que sean destinados al uso común de los habitantes (artículos 674 y 676 del Código Civil). De donde se sigue que tal especie de bienes puede pertenecer a las distintas entidades de derecho público, y no sólo a la Nación, con la excepción, sí, de las aguas que nacen y mueren en distintos predios, cuya pertenencia es exclusiva de la Nación (artículo 677 del Código Civil). (Casación Civil. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 923, 2ª.

31

BIENES DE USO PUBLICO

(Puentes y caminos que no lo son).

El artículo 676 del Código Civil niega el carácter de bienes de uso público a los puentes y caminos construídos en tierras particulares y a expensas de sus dueños. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 923, 2ª y 924, 1ª.

32

BIENES DE USO PUBLICO

(Son imprescriptibles e inenajenables).

Los bienes de uso público carecen del sentido patrimonial que distingue a los bienes fiscales. Estos se cotizan económicamente y tienen un valor pecuniario que los inventarios señalan en detalle. Por tratarse de elementos positivos de un patrimonio, se rigen por el derecho común, están en el comercio, son enajenables y prescriptibles; aunque más es-

pecialmente están sujetos al derecho fiscal, por pertenecer al Estado y demás entidades políticas. En tanto que los de uso público están fuera del comercio, son imprescriptibles e inenajenables, mientras en ellos subsista ese carácter, y están regidos por un derecho excepcional, impuesto por su propia naturaleza. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 925, 1ª.

33

BIENES FISCALES Y DE USO PUBLICO

La diferencia entre bienes fiscales y bienes de uso público se proyecta en la valoración jurídica del traslado de una propiedad que verifica una persona natural a una persona moral de orden público, cuando la cesión se hace para que el bien sea dedicado de manera estable a un uso común y la entidad así lo recibe. Es aquí la comunidad, es decir, los individuos que la componen los beneficiarios del traspaso. La entidad pública no aumenta con ellos su patrimonio, no crece su fisco; aumentan, sí, los bienes comunales, en el sentido de que los asociados pueden libremente servirse de ellos. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 925, 1ª.

34

BUENA FE CUALIFICADA

Cuando la conducta civil no desconoce el imperio de las normas sino que con el ánimo de cumplirlas incurre en yerro que un hombre cauto y experimentado no podría razonablemente ni prever ni evitar en las mismas circunstancias, la organización jurídica, por motivos de orden superior vinculados a la tranquilidad pública, concede efecto creador de derechos subjetivos a la buena fe cualificada, porque, en definitiva, la tutela de las normas se encamina directamente a proteger la honestidad, como requerimiento invariable y necesario de la convivencia humana en plano de sociedad civilizada. No se desvirtúa objetivamente el imperativo legal, cuya vigencia permanece incólume. Es sólo que en razón de la buena fe exenta de culpa y de la voluntad atemperada a derecho, se entienden cumplidas las exigencias de la ley y válidamente celebrados los negocios jurídicos, aunque en realidad el error que se excusa haya consistido precisamente en la omisión inculpable de algún requisito de forma sustancial exigido por el ordenamiento. (Casación Civil. 5 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 839, 2ª.

35

BUENA FE PATRONAL

(Pruebas atendibles para librarse de la indemnización moratoria).

A menos que el patrono, con razones valederas, discuta la existencia de la relación laboral dependiente y presente al juicio pruebas atendibles que abonen esa creencia, es impropio apelar a la buena fe para librarse de la indemnización moratoria. (Casación Laboral. 10 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1048, 2ª.

C

33

CAMARAS LEGISLATIVAS

(Excepción consagrada en el inciso 4º, artículo 68 de la Constitución Nacional referente a las atribuciones propias del Congreso).

Está escrito en la Constitución que por regla general las Cámaras Legislativas se reúnan por derecho propio cada año durante 150 días a partir del 20 de julio para desempeñar su función de hacer las leyes. Como está previsto que el Congreso se reúna por derecho propio dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se produjo la vacancia presiden-

cial, si el encargado es un Ministro o Gobernador que no lo convoca para que se reúna dentro de los diez días siguientes, pero entonces con el exclusivo, expreso y claro fin de elegir el Designado. En tanto que el Acto Legislativo número 1 de 1960 estatuye sin restricción alguna, antes bien con ampliación de sus atribuciones y facultades, que el Congreso se reúna por derecho propio, si en oportunidad no se convoca por el Gobierno, en situación de emergencia que ha hecho necesario el estado de sitio. Así, pues, en todas las hipótesis constitucionales de reunión del Congreso **por derecho propio**, se trata ciertamente de que las Cámaras quedan en la necesidad actual de cumplir las atribuciones que les incumben como cuerpo soberano de la Nación colombiana, sin otros límites que los señalados expresamente en la Carta.

Eso es lo **ordinario**, lo que comúnmente debe acontecer en el ámbito constitucional del estado de derecho: Que el Congreso pueda cumplir a cabalidad sus funciones, sin pauta, cortapisa o interferencia alguna. La excepción a este principio es lo **extraordinario**, y, para serlo, se requiere ineludiblemente expresa prescripción de la Carta Fundamental. Las excepciones, en efecto, nunca surgen por interpretación extensiva de las normas, menos por el criterio de analogía, inexistente, además, en el fenómeno que se analiza.

Si, pues, por excepción consagrada en el inciso 4º, artículo 68, el Congreso no puede reunirse sino por convocación del Gobierno, nada más que para ocuparse en los negocios y por el tiempo señalados en el respectivo decreto, es indudable que estas sesiones a que el Congreso no puede ir constitucionalmente por derecho propio, sino que están condicionadas a un acto del Gobierno, son las únicas extraordinarias dentro del contenido material referente al ejercicio de las atribuciones propias de las Cámaras Legislativas. (Sala Plena. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 809, 1ª.

37

CAREOS

Artículo 376 del Código de Procedimiento Penal.

De conformidad con el artículo 376 del Código de Procedimiento Penal, la práctica de careos corresponde a una facultad discrecional del funcionario instructor o del de conocimiento. Por lo mismo, si no se llevan a término, no es posible hablar de violación de ese texto legal, como lo pretende el recurrente. (Casación Penal. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 537, 1ª.

38

CAREOS

Artículo 376 del Código de Procedimiento Penal.

De acuerdo con el artículo 376 del Código de Procedimiento Penal, los careos en el proceso son facultativos. De ahí que si se prescinde de ellos, ni siquiera se incurre en una simple informalidad. (Casación Penal. 20 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 598, 1ª.

39

CASACION CIVIL

(Finalidad propia del recurso).

Artículo 519 del Código Judicial.

Dada la naturaleza del recurso de casación, que no constituye un tercer grado de juicio, sino un medio extraordinario de control sobre la observancia de la ley por los tribunales (artículo 519 del Código Judicial), las cuestiones de hecho sobre las cuales ha sido elaborada la decisión de segunda instancia no son susceptibles de ser revisadas en el recurso mismo, salvo el caso excepcional de que en la estimación de las pruebas del proceso vinculadas a tales cuestiones el sentenciador haya

incidido en yerro de valoración legal o en error evidente de hecho, determinativos de las conclusiones del fallo. (Sala de Casación Civil. 6 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 73, 1ª.

40

CASACION

(Sentencias sujetas a este recurso).

Artículo 519 del Código Judicial.

Sin embargo de la presencia de la demanda de casación, propuesta en oportunidad, la Corte no entra a su consideración, porque la forma decisoria incompleta adoptada por el Tribunal, no le da fundamento para estudiar el recurso de casación, el cual supone la existencia de una sentencia dictada por el Tribunal. En el caso de autos no la hay en sentido riguroso, sino en sentido formal, pues la simple forma revocatoria adoptada por el fallador no constituye la sentencia, ya que al revocar la de primer grado debió pronunciarse la que debía reemplazarla. (Sala de Casación Civil. 21 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 107, 1ª.

41

CASACION

(Limitado ámbito decisorio de la Corte).

Artículo 520 del Código Judicial.

Sabido es que en punto al recurso extraordinario, el poder decisorio de la Corte se circunscribe estrictamente a los límites de la impugnación, la que para ser atendida debe satisfacer las exigencias al efecto imperadas por la misma ley y que constituyen lo que en doctrina se ha llamado "técnica de la casación". Débese ello a que lo enjuiciado en este recurso no es la controversia en que los litigantes se trabaron, como thema decidendum, sino la sentencia del Tribunal de segunda instancia en sí misma considerada como thema decisum, a efecto de que por la Corte se resuelva si ese pronunciamiento, que le llega bajo presunción de acierto, se conforma, sí o no, con la ley sustancial en lo decisorio o con determinadas garantías de orden público en lo procesal. (Casación Civil. 28 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 507, 1ª.

42

CASACION

(Indicación precisa de preceptos violados).

Artículo 531 del Código Judicial.

No tiene mérito acusatorio alguno en casación, como indicación de preceptos violados, la que se hace por referencia a los concordantes de otros, sin individualizar esos concordantes, porque eso no concreta nada. La acusación se polariza en los artículos de la ley que singularmente se hayan citado como infringidos. (Casación Civil. 28 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 507, 1ª y 2ª.

43

CASACION

(Condiciones de admisibilidad).

Artículos 519 y 523 del Código Judicial.

La Corte ha dicho que el recurso de casación, además de no ser pertinente sino en los juicios a que se refiere el artículo 519 del Código Judicial, debe ser propuesto en tiempo y por persona hábil. "Esta habilidad comprende dos factores: el de la personería meramente adjetiva y el que atañe al interés jurídico de quien lo interpone. Ahora bien, ese interés puede no existir, desaparecer o hacerse imposible en su ejercicio, y en tratándose del recurso de casación por dos motivos: 1º Porque la sentencia del Tribunal no infiere ningún agravio al recurrente; y 2º Porque éste haya consentido la sentencia de

primer grado, puesto que el recurso no procede sino cuando se han agotado los medios de instancia que la ley autoriza y permite". (XLIX, 518). (Casación Civil. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 478, 2ª.

44

CASACION

(Concesión del recurso cuando se da litis consorcio).

Artículo 523 del Código Judicial.

Si se presenta un litis consorcio propio, el tratamiento de cada demanda, en lo referente a los presupuestos procesales y al estudio de mérito, se hace separada e independientemente. Esta la razón para que, en tal supuesto, la concesión del recurso extraordinario de casación deba considerarse en relación con la situación de cada uno de los litis consortes, por manera que si uno de ellos no apeló, en su oportunidad, de lo resuelto por el Juez de primer grado y los otros sí lo hicieron, es legal la providencia del Tribunal que concede a éstos el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia y no se lo concede a quien consintió la decisión de primer grado. (Casación Civil. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 478, 2ª.

45

CASACION

En repetidas ocasiones ha recordado la Corte que la casación no es una tercera instancia de los juicios, sino un recurso extraordinario con finalidades propias y específicas. Dicho recurso no autoriza el examen general de las pruebas para determinar si están o no demostrados los hechos constitutivos de la litis. Esa tarea se halla reservada a los juzgadores de mérito, y en forma tan autónoma que la Corte no puede variar la apreciación de los elementos probatorios realizada por el sentenciador de instancia, sino en los casos concretos en que se le demuestre que tal estimación adolece de un error evidente de hecho o de un error de derecho. (Casación Civil. 23 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 878, 2ª y 879, 1ª.

46

CASACION

Todos los artículos señalados por el recurrente de autos como violados por el sentenciador, constituyen regla de valoración o disciplina probatoria, sin que hubiera avanzado hasta señalar las normas de ley sustancial circunstancia que por sí sola es suficiente para que tenga que desestimarse la acusación. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 920, 1ª.

47

CASACION

(Errónea interpretación e indebida aplicación).

Es contrario a la técnica del recurso de casación acusar de quebranto de la ley, a un tiempo por errónea interpretación y por indebida aplicación. Si se interpreta erróneamente y por ello se aplica o no se aplica a la litis un precepto legal, el agravio de la ley se debe a la interpretación errónea, porque es ésta la causa de la aplicación o de la inaplicación de la ley. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 926, 1ª.

48

CASACION LABORAL

(Cuantía requerida).

Artículo 9º del Decreto 1762 de 1956.

La actora pidió en el libelo inicial el pago de los salarios insolutos durante todo el tiempo de servicio, la remuneración de horas

extras diurnas y nocturnas, primas de servicio, compensación en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas, suministro de zapatos y delantales, auxilio de cesantía e indemnización moratoria, y señaló, como cuantía de la demanda, la cantidad fija de $ 3.800.00. No obstante, hecha la liquidación de las peticiones principales, se obtiene un total de $ 6.179.50. Siendo, pues, la estimación que hizo la demandante, inferior a lo que se deduce de los hechos y acciones que ella misma plantea, tiene cabida el recurso de casación y en tal virtud deberá declararse mal denegado por el fallador de segunda instancia. (Sala de Casación Laboral. 11 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 295, 2ª y 296, 1º y 2º.

48

CASACION

(Materia del recurso).

Artículos 86 y 69 del Código de Procedimiento Laboral.

Acontece que en el caso sub lite no se alegó la compensación en la respuesta dada por el demandado a la demanda promotora del juicio: ella sólo se adujo en el libelo de reconvención. De otro lado, el fallo del Juzgado del conocimiento fue totalmente absolutorio no sólo en relación con las peticiones del trabajador, sino también respecto de los cargos formulados contra éste en la contrademanda. De esta decisión del a quo no apelaron las partes, lo que indica que el demandado la consintió como tal y como reconvencionista. De manera que al subir los autos al Tribunal para que se surtiera la consulta ordenada por la ley, el conocimiento del negocio quedó limitado a la demanda del trabajador y no a la reconvención patronal, porque la consulta está consagrada en beneficio del trabajador y no del patrono (artículo 69 del Código de Procedimiento Laboral) y además porque son cosas completamente distintas el libelo del trabajador y la contrademanda del patrono. En conclusión: el recurrente carece de interés jurídico para plantear en casación el tema de la compensación, definido ante el funcionario de primer grado. (Sala de Casación Laboral. 3 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 268, 2ª y 269, 1ª y 2º.

50

CASACION

(Por errónea interpretación de la ley).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

Según el derecho de casación, la violación de un texto legal sustantivo, por el concepto de errónea interpretación, es ajena a toda cuestión de hecho y, por consiguiente, a cualquiera actividad de valoración probatoria. Ello es así porque la labor interpretativa se realiza sobre la hipótesis legal, no sobre los supuestos de hecho que puedan considerarse incluídos en ella. (Casación Laboral. 15 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 299, 1ª.

51

CASACION

(Cuantía del juicio).

Artículo 9º del Decreto 1762 de 1956.

Las peticiones de la demanda que dio origen al presente juicio laboral, fueron formuladas en suma concreta, así: Por lucro cesante, $ 1.044; cesantía, $ 720; primas de servicio, $ 630; domingos y feriados, $ 1.524; vacaciones, $ 360; total, $ 4.278. Como se ve, las partidas anteriores —que no incluyen la petición indeterminada por salarios moratorios— exceden del límite legal que permite la concesión del recurso de casación, luego éste debe ser admitido porque las cantidades anotadas constituyen el valor exacto de las acciones incoadas en la demanda inicial. Y ello no obstante que en esa misma demanda

el actor señala la cuantía del juicio en suma inferior a $ 3.000, pues, como lo tiene dicho esta Sala, "las reglas que rigen la procedencia del recurso de casación no pueden supeditarse al error de tal señalamiento o al cálculo o deseo de alguno de los litigantes o de ambos". (Casación Laboral. 20 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 702, 2ª y 703, 1ª.

52

CASACION

(Error de derecho acusable en)

Error de derecho, acusable en casación laboral, sólo existe respecto de hechos que requieran prueba solemne para la validez del acto. (Casación Laboral. 4 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1025, 2ª.

53

CASACION

(Objeto específico de esta).

En razón del objeto específico de la casación laboral, son extrañas a este medio de impugnación disposiciones del Código Civil y de otras ramas de la legislación, a menos que estén en conexidad con normas laborales sustantivas. (Casación Laboral. 4 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1026, 2ª.

54

CASACION

(Técnica de)

No indica el recurrente si la norma sustancial fue violada de modo directo, por aplicación indebida o por interpretación errónea, o si el quebranto se produjo a causa de error de hecho o de derecho en la estimación probatoria, y estas omisiones le impiden a la Corte entrar al estudio del cargo. (Casación Laboral. 6 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1031, 1ª y 2ª.

55

CASACION

(Técnica de)

La Corte no puede suplir la actividad que corresponde exclusivamente al recurrente, a saber, precisar cuáles son los errores de hecho que le imputa a la sentencia y proceder a demostrarlos. (Casación Laboral. 9 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1041, 2ª.

56

CASACION

(Técnica de)

El recurrente ha debido acusar violación de los textos de la ley y no del decreto reglamentario de la misma, pues las normas de éste no tienen incidencia directa en casación y no operan con independencia del estatuto legal sustantivo en que hallan su fundamento. (Casación Laboral. 13 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1053, 2ª.

57

CASACION

(En este recurso no juegan las normas de derecho probatorio de manera exclusiva).

En casación no juegan las normas de derecho probatorio de manera exclusiva: es necesario asociarlas a preceptos de derecho sustancial, únicos que tienen incidencia directa en la parte resolutiva de la sentencia. (Casación Laboral. 13 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1052, 2ª.

58

CASACION

(Requisitos para quebrar el fallo).

No basta en casación acreditar la infracción de una norma legal sustantiva: para quebran-

tar el fallo se requiere, además, que el precepto violado tenga por objeto constituír, modificar o extinguir un derecho y que con esa significación lo aplique el fallador. (Casación Laboral. 13 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1053, 1ª.

58

CASACION

(Requisitos de orden legal y técnico).

No cumple el recurrente los requisitos de orden legal y técnico, pues no indica concretamente por cuál de los conceptos que prevé la ley reguladora del recurso, violó el Tribunal las normas de derecho sustancial que señala el cargo. (Casación Laboral. 18 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1061, 1ª, y 2ª.

59

CASACION

(Técnica de).

El cargo principal que formula el recurrente es ineficaz para quebrantar la sentencia, pues en él se señalan como infringidas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, que no regulan la materia controvertida, dada la categoría oficial del trabajador. Y si el Tribunal se apoyó en ellas para proferir el fallo, resulta claro que la acusación debió proponerse como violación directa, por haberlas aplicado a una situación no gobernada por el régimen establecido por el Código Sustantivo del Trabajo, y no por la vía indirecta, a través de errores de hecho, que fue el medio escogido por el recurrente, pues este motivo de violación de la ley obedece a un fenómeno de error en la apreciación probatoria, pero bajo el supuesto necesario de que las normas respectivas sean aptas para regular el derecho discutido. (Casación Laboral. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1088, 1ª.

61

CASACION PENAL

(Exigencias técnicas de la demanda).

Artículo 556 del Código de Procedimiento Penal.

Incurre en grave defecto técnico la demanda que impugna las sentencias de primera y segunda instancia, contrariando así la naturaleza del recurso extraordinario de casación, que implica que en él se pida únicamente la invalidación de la sentencia de segundo grado, según ya tuvo ocasión de sostenerlo esta Sala, en sentencia de 13 de septiembre de 1957. (Sala de Casación Penal. 3 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 135, 1ª y 2ª.

62

CASACION

(Técnica de la demanda).

Artículo 531 del Código Judicial.

Es cierto que la Corte, en ocasiones, ha procedido con un criterio de amplitud en favor del acusado, entrando a considerar ciertas demandas de casación técnicamente defectuosas, a fin de no sacrificar la justicia a un riguroso formalismo. Pero no puede llegar hasta el extremo de suplir las deficiencias esenciales en que haya podido incurrir el recurrente en su demanda, para entrar en un estudio de fondo. Lo contrario equivaldría a dar cabida a que el recurso de casación se convirtiera, de hecho, en una tercera instancia, lo que sería desvirtuar completamente la naturaleza y finalidad legal de este recurso excepcional. (Casación Penal. 15 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 185, 1ª.

63

CASACION

(Interpuesta por la parte civil).

Artículo 559 del Código de Procedimiento Penal.

El artículo 559 del Código de Procedimiento Penal indica que "la parte civil podrá interponer recurso de casación contra las **sentencias condenatorias** en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557 en lo referente a la indemnización de perjuicios..." Esto es, que respecto de los fallos absolutorios no procede el recurso de casación, si él se constriñe a la sola indemnización del daño privado causado por el delito. Es a esta materia a la cual se restringe la intervención de la parte civil dentro del proceso penal. Por consiguiente, la parte civil no puede recurrir en casación contra sentencias absolutorias. (Casación Penal. 22 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 232, 2ª.

64

CASACION

(Interpuesta por un Fiscal de Tribunal).

Decreto 1154 de 1954. Artículos 558 ss. del Código de Procedimiento Penal.

El Decreto Extraordinario 1154 de 1954 en su artículo 3º impuso, al Fiscal de Tribunal que interpusiere el recurso de casación en materia penal, la obligación de presentar la demanda respectiva, dentro del término establecido por el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, facultando al mismo tiempo al Procurador para ampliar dicha demanda. De los términos de la disposición mencionada se deduce, por consiguiente, que si el Procurador General de la Nación por una u otra causa no ejercita esa facultad, el recurso no podrá, por ese motivo, declararse desierto, siempre que por otra parte el Fiscal recurrente presente oportunamente la demanda de casación y ella reúna los requisitos legales. (Casación Penal. 23 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 240, 2ª.

65

CASACION

(Resumen de hechos en la demanda).

Artículo 531 del Código Judicial.

El resumen de los hechos en la demanda de casación ha de ser objetivo, escueto y frío, como se desprende del artículo 531 del Código Judicial, y por tanto, toda intercalación de conceptos, suposiciones o comentarios, por muy sensatos que aparezcan aisladamente considerados, pecan contra la técnica del recurso. (Casación Penal. 25 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 249, 1º.

66

CASACION

(De negocios en que ha intervenido el Jurado).

Artículo 567, numerales 2º y 3º, del Código de Procedimiento Penal.

Ha expresado la Corte en múltiples ocasiones que en los juicios en que interviene el Jurado no es pertinente proponer la causal segunda de casación, no sólo porque ésta goza de plena libertad para apreciar las pruebas del proceso conforme a su íntima convicción, sino porque tal examen probatorio conduciría a la declaratoria de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrado como causal de casación y cuyo estudio es exclusivo de las instancias. Por tanto, si ello es así tratándose de la causal segunda, a fortiori resulta improcedente, dentro de la causal tercera, la crítica que sobre el valor de las pruebas del proceso trata de promover en la demanda el recurrente. (Casación Penal. 6 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 521, 2ª.

BIBLIOTECA

67

CASACION

(Requisitos de la demanda).

Artículo 531 del Código Judicial.

Para que una demanda de casación pueda tener éxito, es necesario que quien interpone el recurso extraordinario lo sustente debidamente, ciñéndose estrictamente a las disposiciones legales que lo establecen y reglamentan, no solamente en su aspecto de forma sino en cuanto a los requisitos intrínsecos o de fondo. La reunión de estos factores es lo que, desde el punto de vista de la técnica procesal, constituye una demanda que sirva de fundamento para que la Sala pueda proceder a hacer el estudio de las cuestiones que en ella se plantean. (Sala de Casación Penal. 7 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 526, 2ª.

68

CASACION

(Falta de técnica en la demanda).

Artículo 531 del Código Judicial.
Artículo 565 del Código de Procedimiento Penal.

Si, como ocurre en el caso de autos, la demanda de casación no reúne los requisitos señalados en el artículo 531 del Código Judicial, norma pertinente al recurso de casación en materia penal, ya que el impugnante se limita a presentar un alegato, sin precisar los cargos que, con invocación de la causal segunda prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, anuncia hacerle a la sentencia recurrida, y no aporta la demostración del supuesto error del Tribunal en la interpretación de los hechos, es el caso de declarar desierto el recurso. (Casación Penal. 21 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 614, 1ª.

68

CASACION

(Materias ajenas al recurso).

Artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal.

Si la Sala de Casación Penal carece de facultad para declarar contraevidente el veredicto del Jurado, por ser esta atribución exclusiva y privativa de los Jueces y Tribunales de Instancia, de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, y por consiguiente es inoperante en casación la declaración de contraevidencia, lógica y consecuencialmente se deduce, que tampoco puede dicha Sala estudiar, para revisar o anular, el auto del Tribunal que declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto, pues al proceder de esta manera tendría que abrir nuevo debate sobre los hechos, desvirtuando de este modo, en su contenido esencial o formal, por una interpretación reñida con las normas legales, el recurso de casación. (Casación Penal. 27 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 667, 2ª.

70

CASACION

(Materias ajenas al recurso).

Artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal.

El recurso extraordinario de casación no puede servir de oportunidad o pretexto para reabrir el debate sobre cuestiones que fueron irrevocablemente decididas, en el curso del proceso, por medio de providencias de carácter interlocutorio; como es el caso del auto del Tribunal que en el presente juicio declaró contraevidente el primer veredicto. (Casación Penal. 27 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 666, 2ª.

71

CASACION

(Providencias no impugnables).

Artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal.

De conformidad con nuestro estatuto procesal penal (artículos 556 y 557), la casación solamente se puede interponer contra las sentencias de segunda instancia, pronunciadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, es decir, contra las resoluciones que deciden definitivamente sobre lo principal del juicio. Por lo tanto, este recurso no puede ser un medio para impugnar el fondo de providencias que no tiene la eficacia de decidir en definitiva sobre lo principal del juicio penal, como son, por ejemplo, el auto que ordena la detención del procesado, el que dispone o niega su libertad, el que califica el mérito del sumario, los que niegan la admisión o la práctica de alguna prueba, el que declara la contraevidencia de un veredicto, los que resuelven algún incidente del proceso, y las demás que contengan resoluciones análogas. (Casación Penal. 27 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 666, 1ª y 2ª.

72

CASACION

(Recurso limitado y regulado por la ley).

Artículos 556 y ss. del Código de Procedimiento Penal.

La casación es un juicio limitado y regulado por el legislador, en el que se efectúa un examen de los hechos de naturaleza jurídica distinta del que se realiza en las instancias. El recurso de casación es precisamente extraordinario, porque solamente procede contra determinadas resoluciones judiciales, en los casos y en las condiciones expresamente señalados en la ley. (Casación Penal. 27 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 666, 1ª.

73

CASACION

(Obligación del impugnador).

La Corte no puede suplir con argumentos propios la demostración que ha debido hacer el impugnador cuando afirmó que el Tribunal había errado al calificar de agravado el homicidio de autos. (Casación Penal. 9 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 964, 1ª.

74

CASACION

(Técnica de).

La Corte no puede suplir con razones propias la absoluta ausencia de esfuerzo dialéctico del impugnador en orden a tratar de demostrar la afirmación de que el motivo innoble que la sentencia le atribuye al acusado carece de respaldo probatorio. (Casación Penal. 24 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 992, 2ª.

75

CAUSA DE LAS OBLIGACIONES

(Su naturaleza).

Artículo 1524 del Código Civil.

La Corte ha aplicado reiteradamente el ordenamiento del artículo 1524 del Código Civil en la plenitud de su sentido, esto es, comprendiendo en la causa, al lado de su valor orgánico e intrínseco, la intención del sujeto al celebrar el acto. No es que la teoría de los móviles haya suplantado la concepción clásica de la causa, sino que en forma más humana, real y ponderada, dentro del desarrollo del Derecho y en seguimiento de una finalidad ética, ha aumentado el ámbito del viejo criterio; y, por lo mismo, en situaciones normales,

la causa, como elemento estable, tendrá un funcionamiento que necesariamente habrá de ceder cuando los móviles íntimos y determinantes se aparten de aquella concepción. (Casación Civil. 24 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 471, 1ª y 2ª.

76

CAUSA ILICITA

(Clasificación).

Artículo 1524 del Código Civil.

La causa de los actos y contratos debe ser lícita, de acuerdo con el artículo 1524 del Código Civil. Causa ilícita, según el mismo texto, es la "prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público". De manera que la ilicitud de la causa puede hallarse en el ámbito de la ley, del orden público o de las buenas costumbres. (Casación Civil. 24 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 472, 1ª.

77

CAUSA ILICITA

(En contratos bilaterales).

Artículos 1524, 1740 y ss. del Código Civil.

En el orden de la causa y tratándose de contratos bilaterales, el móvil viciado debe ser común a las partes (V. Josserand "Les Moviles", Nº 160). En el contrato de autos, este móvil ilícito, no obstante su indudable presencia en la conducta de la vendedora demandada en acción de nulidad, no aparece demostrado en el otro demandado, el comprador, quien por consiguiente no puede ser perjudicado con la nulidad del contrato, a menos que se hubiera demostrado fehacientemente su participación en la causa ilícita. (Casación Civil. 24 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 473, 1ª.

78

CAUSA ILICITA

(Por ser contraria al orden público).

Artículo 1524 del Código Civil.
Artículo 1º de la Ley 66 de 1945.

Requirió el Juez a la prometiente vendedora para que otorgara escritura al prometiente comprador, con prevención de que si no procedía así en el plazo señalado, el Juez daría cumplimiento a la disposición de la Ley 66 de 1945. Pero la requerida, en vez de perfeccionar el contrato prometido, hizo escritura de venta en favor de tercera persona y a ella entregó el inmueble; por manera que la que luego otorgó el Juez y la entrega que decretó, quedaron sin efecto. Se ve, en esta venta, sustituída la causa invariable de los clásicos, por un motivo o fin propulsor diverso, consistente en frustrar la orden del órgano judicial, dejando de antemano sin efecto la escritura otorgada por el Juez, y todo, además, para escándalo de las gentes y afrenta de la justicia. Lo cual afecta el orden público en lo que respecta al funcionamiento del órgano judicial y particularmente al encargo a él confiado dentro de la vida del Estado. Luego es indudable que, al menos por parte de la vendedora, tal contrato tuvo causa ilícita. (Casación Civil. 24 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 472, 2ª.

79

CAUSAL 1ª DE CASACION CIVIL

(Interpretación de la demanda).

Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial.

Interpretar la demanda es función del fallador de instancia, quien, como en la apreciación de pruebas, goza de autonomía; y esa interpretación prevalece, mientras contra ella no se demuestre un error de hecho evidente, o error de derecho. (Casación Civil. 6 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 59, 2ª.

80

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Violación de norma sustantiva).

Artículos 520, numeral 1º, y 531 del Código Judicial.

Cuando se impugna una sentencia por violación de la ley sustantiva y, en general, cuando los reparos se formulan a través de la causal primera de casación en cualesquiera de sus supuestos, como el desvío consistiría en transgresión de ley sustancial, es necesario, en razón del carácter riguroso de este recurso extraordinario y por mandato del artículo 531 del Código Judicial, citar la norma sustantiva que el recurrente estime infringido, pues de lo contrario el recurso está condenado al insuceso. (Casación Civil. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 415, 1ª.

81

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Error de hecho).

Artículo 520, numeral 1º, inciso 2º, del Código Judicial.

En repetidas ocasiones ha expresado la Corte que hay error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas "cuando se tiene por demostrado un hecho del cual en realidad no aparece prueba en el proceso; o cuando existiendo ella, no se le toma en cuenta o se le da por el fallador un significado manifiestamente contrario al contenido de la prueba, considerada en sí misma". También ha dicho la Corte que "La mera divergencia conceptual entre el fallador y el recurrente sobre los medios probatorios no genera por sí sola el error de hecho". (Casación Civil. 19 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 467, 1ª.

82

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Error de derecho en la valoración de pruebas).

Artículo 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

Impugnada en casación una sentencia del Tribunal por haber negado el mérito legal a una inspección ocular, a un dictamen pericial, a unos testimonios y a una escritura pública, deben citarse —pues la acusación es por error de derecho— las disposiciones legales que determinan el valor probatorio de cada uno de estos medios de prueba, porque si el recurrente no indica sino los artículos 722 y 730 del Código Judicial que atribuyen al dictamen pericial y a la inspección ocular el mérito de plenas pruebas y guarda silencio sobre las normas probatorias infringidas en la apreciación de los testimonios y de la escritura, la Corte tiene que limitarse a analizar la acusación sólo desde el ángulo de la inspección ocular y de la prueba pericial. (Casación Civil. 27 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 488, 2ª.

83

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Violación indirecta).

Artículo 520, ordinal 1º, del Código Judicial.

Es contradictorio, en principio, que la demanda de casación afirme simultáneamente la existencia de error de hecho y de derecho sobre una misma prueba. (Casación Civil. 27 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 483, 2ª.

84

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Error de derecho medio).

Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial.

Para la prosperidad del cargo por error de derecho medio, debe citarse la disposición

probatoria violada por el Tribunal y su incidencia sobre determinada norma o normas sustanciales, pues sin tal requisito queda incompleto. Si en la demanda de casación no se hace referencia a norma probatoria alguna, la censura no es idónea. (Cásación Civil. 27 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 483, 1ª y 2ª.

85

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Error de hecho).

Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial.

La afirmación de error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas, supone que a las presentes en el proceso se les dio un sentido evidentemente contrario al de su propio contenido, considerado en sí, lo cual se lograría demostrar con la sola comparación material entre la prueba y la sentencia que ese contenido tergiversara; pero no es de recibo, en tratándose de tal error, la presentación de un criterio contrario o diverso al que tuvo el Tribunal en la apreciación de pruebas. (Casación Civil. 27 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 483, 1ª.

86

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Motivos de violación de la ley sustancial).

Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial.

Sea que de la violación directa o de indirecta se cuestione, el recurrente debe, al indicar los preceptos sustanciales quebrantados señalar el motivo por el que lo fueron, es decir, si por omisión, cuando se dejaron de aplicar al caso del pleito habiendo debido serlo, o por aplicación indebida cuando se los empleó no siendo los pertinentes al caso, o por interpretación errónea cuando, siendo los adecuados, empero se los entendió y por lo tanto aplicó en un sentido distinto al de la mente de la ley. (Casación Civil. 28 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 507, 1ª.

87

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Violación de la ley sustancial).

Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial.

Tratándose de la acusación de un fallo por la causal primera de casación en cualquiera de sus fases, los cargos necesariamente tienen que contener la demostración de que el juzgador violó la ley sustancial, esto es, la determinante de los derechos subjetivos que fueron materia del litigio, violación que ha de ser tratada como directa cuando el impugnante esté conforme con la apreciación que el sentenciador haya hecho de las pruebas tanto in jure como in facto, y como indirecta cuando al sentenciador se le impute el error, ya de derecho, ya de hecho evidente, en la estimación de los medios probatorios, que lo condujo al término de quebrantar la ley sustancial en la solución de la controversia. (Casación Civil. 28 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 507, 1ª.

88

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Infracción indirecta).

Artículo 520, número 1º, inciso 2º, del Código Judicial.

Cuando de infracción indirecta se trata, el impugnante, además de indicar concretamente los preceptos sustanciales quebrantados y el motivo por el que lo fueron, debe señalar, en forma igualmente concreta, los medios probatorios en cuya apreciación cometiera el fallador el error de derecho o de hecho manifiesto que se le imputa, y demostrar el cargo. Lo cual significa que tendrá que indicar en

el primer caso, el precepto de valoración probatoria violado y el sentido en que lo haya sido, y en el segundo, el error de hecho, que solo cabe "o bien cuando existiendo en el proceso una prueba que demuestra evidentemente que un hecho ocurrió, el sentenciador no la ve, es decir, la ignora, concluyendo en consecuencia que tal hecho no está demostrado; o cuando no existiendo en el proceso una prueba, el sentenciador la presupone para, con base en ella, dar por probado un hecho"). (XCII, 868). (Casación Civil. 28 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 507, 2ª.

89

CAUSAL 1ª DE CASACION

A aquella amplitud de orden contencioso primario, conforme a la cual cumple a los litigantes probar los hechos, ya que el juez sabe el derecho, se sobrepone el recurso extraordinario de casación, cuando, montado en la primera de sus causales, constriñe al impugnante a señalar precisamente los preceptos de la ley sustancial que entienda violó el sentenciador, aparte de que, cuando el yerro imputado al juzgador sea de derecho en la estimación de la prueba, deberá, además, indicarse la norma de valoración que se pretenda vulnerada. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 919, 2ª.

90

CAUSAL 2ª DE CASACION CIVIL

(Incongruencia).

Artículo 520, numeral 2º, del Código Judicial.
Artículo 946 del Código Civil.

Las pretensiones de las partes en un proceso civil contencioso tocan en síntesis, con los presupuestos procesales, los elementos de la acción incoada y las excepciones oportunamente propuestas. En un litigio de reivindicación, comprenden los cuatro elementos de la acción —derecho en el actor, posesión en el reo, singularidad e identidad de la cosa— y en este caso particular, además, la prescripción propuesta como excepción al contestarse la demanda y como acción en escrito de mutua petición. Despachadas las peticiones de la reconvención, los demandados no apelaron, de modo que la segunda instancia se reducía a resolver sobre la acción reivindicatoria y la excepción propuesta. El Tribunal no halló probada la identidad y por ello negó la reivindicación. No se ha dado más de lo pedido **(ultra petita)**, ni menos de lo pedido **(minima petita)**, ni por fuera de lo pedido **(extra petita)**, que son las tres formas que asume la incongruencia entre lo fallado y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. (Casación Civil. 18 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 441, 2ª.

91

CAUSAL 2ª DE CASACION

(Fallo "extra petita").

Artículo 520, numeral 2º, del Código Judicial.

Solicitó el demandante que se declarara simulado el contrato contenido en la escritura en que él aparece vendiendo dos inmuebles diferentes, a saber, una casa urbana y una finca rural, y pidió también que se hiciera declaración de dominio a su favor con relación a la finca, sin hacer parecida solicitud respecto de la casa. La sentencia del Tribunal declaró, aparte de la simulación del contrato, que el actor era el dueño de los dos inmuebles, motivo que dio pie para que se le acusara de extralimitación, y el cargo es fundado. Porque si bien la declaración de simulación tenía que comprender en toda su extensión el contrato, que se ofrece como uno solo aunque versa sobre dos inmuebles, no obstante ello, como el objeto inmediato de una declaración semejante es el de borrar la ficción

para dejar al descubierto el verdadero estado de las cosas, y como una venta no implica por sí sola que el vendedor sea el dueño de lo que dice vender ya que la ley llega a admitir la validez de la cosa ajena, quiere decir que si el actor no pidió se le declarase dueño de la casa situada en el centro de la población, el sentenciador no tenía por qué adelantarse a hacer tal pronunciamiento. (Casación Civil. 28 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 496, 1ª y 2ª.

92

CAUSAL 2ª DE CASACION

(Fallo "extra petita").

Artículo 520, numeral 2º, del Código Judicial.

El haber prosperado el cargo de incongruencia, sólo porque el fallador procedió extra petita, otorgando una declaración que no le fue pedida, pero cuya supresión en nada afecta a las demás determinaciones del pronunciamiento, que son independientes de aquélla y que por no haber sido desvirtuadas deben quedar en pie, como así lo impone la índole del recurso, es hecho que implica el que los efectos de la casación del fallo se reduzcan a los límites de la incongruencia encontrada, esto es, eliminar la extralimitación, dejando subsistente el proveído en todo lo demás. (Casación Civil. 28 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 501, 2ª y 502, 1ª.

93

CAUSAL 2ª DE CASACION

(Incongruencia).

Artículo 520, numeral 2º, del Código Judicial.

El exceso o defecto de los límites de la autonomía del Tribunal que, en términos generales, origina la incongruencia, debe encontrarse en la parte resolutiva, porque allí se concentra el imperio de la sentencia. (Sala de Casación Civil. 6 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 39, 2ª.

94

CAUSAL 2ª DE CASACION

(Minima petita).

Artículo 520, numeral 2º, del Código Judicial.

No es exacto que la sentencia del Tribunal haya dejado de resolver sobre la personería sustantiva del actor, resultando inconsonante con los medios de defensa propuestos por el demandado. Ante todo, porque la carencia de acción o falta de personería sustantiva en el actor, no es estrictamente una excepción, y por otra parte, porque, como es sabido, para que una sentencia adolezca de insuficiencia respecto de las excepciones propuestas, no basta que se haya omitido una decisión especial al respecto, sino que es necesario que como consecuencia de esta omisión haya dejado de desatarse alguna de las cuestiones sometidas a controversia. En el caso de autos, en que la parte resolutiva de la sentencia se encuentra acorde con las consideraciones de la motiva tocantes con el derecho de acción deducido en la demanda, el fallo literalmente condenatorio comporta decisión de repulsa a la pretendida excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, sin que pueda por lo mismo hablarse de incongruencia en su especie de mínima petita. (Casación Civil. 28 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 495, 2ª y 496, 1ª.

95

CAUSAL 6ª DE CASACION

La nulidad del juicio, de que trata el ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial, elevada a causal sexta de casación por el artículo 520 ibídem, no es la de cualquiera actuación parcial dentro del proceso, sino la

producida únicamente por "la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio". En el caso de autos, el demandado fue debidamente citado al juicio y estuvo presente en la persona de su apoderado durante todo el debate, luego no hay campo a la causal sexta alegada. (Casación Civil. 10 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 847, 2ª.

96

CAUSAL 1ª DE CASACION LABORAL

(Tres motivos diferentes).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

Hasta el cansancio ha venido diciendo la casación del trabajo que la violación de la ley sustancial por infracción directa, por errónea interpretación y por aplicación indebida, configuran causales distintas, con fundamentos diversos, los cuales no pueden aducirse en forma simultánea sino independiente, y que, por tanto, la Sala no puede estudiar los cargos sino cuando éstos se presentan con la separación que la ley ordena. (Casación Laboral. 15 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 688, 1ª.

97

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Violación directa y violación indirecta de la ley).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

Saber si una relación jurídica puede o no configurar un contrato de trabajo, es cuestión de hecho que, como tal, debe demostrarse probatoriamente por los medios establecidos en la ley. Así, pues, el ataque que en casación pretenda quebrantar la sentencia del **ad quem**, por cuanto éste hubiera reconocido la existencia del contrato de trabajo, no puede realizarse invocando la violación directa de la ley, sino a través de posibles errores, de hecho o de derecho, como consecuencia de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba. No siendo ésta la vía escogida, la acusación resulta inestimable. (Casación Laboral. 25 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 321, 2ª.

98

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Distintos conceptos de violación de la ley).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

La violación directa de la ley y la interpretación errónea son motivos distintos de casación. Son diversos los principios que informan uno y otro concepto, que la ley orgánica del recurso extraordinario independiza. La infracción es directa cuando el texto de la norma es claro y la decisión impugnada contiene ordenaciones que lo contrarían. Se presenta la errónea interpretación de la norma cuando proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido. En ambas se excluye toda consideración sobre la prueba. Otro motivo distinto es el de la aplicación indebida del precepto, que ocurre, entre otros casos, según doctrinas de la casación, cuando entendida rectamente la norma, sin mediar errores de hecho o de derecho, se la aplica a hecho probado pero que ella no regula, o cuando se aplica la regla al hecho probado pero deduciendo consecuencias jurídicas contrarias a las admitidas por la ley. (Casación Laboral. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 680, 2ª y 681, 1ª.

99

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL

Artículo 567, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal.

Al analizar doctrinariamente la causal 2ª de casación, la Corte ha expresado en múltiples oportunidades el criterio de que la finalidad de aquélla consiste esencialmente en subsanar los ostensibles errores de hecho en que haya incurrido el juez **ad quem**, pero que en manera alguna se endereza a producir un replanteamiento valorativo de pruebas ya analizadas o examinadas con un mínimo de buen juicio o sindéresis, porque ello equivaldría a sustituir académicamente un discernimiento por otro, desquiciando la autonomía conceptual del fallador de instancia. (Casación Penal 8 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 153, 2ª.

100

CAUSAL 2ª DE CASACION

(En procesos con jurado).

Artículo 567, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal.

En sentencia de 3 de noviembre de 1944 dijo la Corte lo siguiente: "Por dos razones no es pertinente en los juicios en que interviene el jurado la causal segunda de casación: la primera, porque el jurado es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso, según su íntima convicción; y la segunda, porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrado como causal de casación, según lo dejó establecido la comisión redactora del Código de Procedimiento Penal. Es éste, por tanto, un problema de estudio exclusivo de las instancias". (Casación Penal. 13 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 158, 1ª.

101

CAUSAL 2ª DE CASACION

Artículo 567, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal.

Para que la causal segunda de casación prospere es necesario que el error en la apreciación de la prueba, sobre los elementos constitutivos de la infracción, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, sea un error ostensible, manifiesto, pero no aquél que se pretenda construir sobre diferencias de interpretación, que ineludiblemente surgen entre el juez y la defensa. (Casación Penal. 17 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 198, 2ª.

102

CAUSAL 2ª DE CASACION

(Técnica de alegarla).

Artículo 567, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal.

Es doctrina invariable de la Corte que la causal segunda de casación exige no simplemente la enumeración de ciertos hechos y la crítica, justificada o no, que le merezcan al recurrente, sino una demostración exhaustiva y estricta, de cada una de las circunstancias que concluyen a estructurar una errónea interpretación o aprobación de hechos. Debe hacerse un análisis cabal de los hechos, del estudio que ha cumplido el Tribunal, y de las equivocadas apreciaciones de ellos, para sostener legítimamente que, o bien se dejaron de tener en cuenta, o se les asignó valor probatorio del que carecen. (Casación Penal. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 637, 2ª.

103

CAUSAL 2ª DE CASACION

(Fundamentos de la demanda para que ésta prospere).

Cuando se invoca la causal 2ª de casación penal el demandante ha de hacer, si aspira

a que prospere el recurso, un análisis exhaustivo de las probanzas que sirvieron de base a la condena, de tal manera que salte a la vista que las conclusiones del fallo impugnado fueron evidentemente erróneas. (Casación Penal. 24 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 999, 2ª.

104

CAUSAL 3ª DE CASACION PENAL

(En juicios con jurado).

Artículo 567, numeral 3º, motivo primero del Código de Procedimiento Penal.

Correspondiendo al jurado, en los juicios en que interviene, la calificación de la responsabilidad, si se invalidara el fallo del juez de derecho con fundamento en el primer motivo de la causal tercera de casación, esto es, por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, se prescindiría del veredicto, **base inmodificable de la sentencia**, si fue admitido, arrogándose así el juzgador una facultad que la ley no le ha conferido. Por esto ha sostenido la Corte que en los juicios con intervención del jurado no es atinado proponer el primer motivo de la causal tercera "porque el desacuerdo que puede existir no es entre la sentencia y el auto de proceder, sino entre el veredicto y el mencionado auto". (Casación Penal. 6 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 521, 2ª y 522, 1ª.

105

CAUSAL 3ª DE CASACION

(Incansonancia con el veredicto).

Artículo 567, numeral 3º, del Código de Procedimiento Penal.

Si el cargo que se hace a la sentencia alude a la falta de consonancia de aquélla con el veredicto del jurado, el impugnante debe presentarlo con invocación de la causal tercera de casación. La misión del juez de derecho en los juicios en que interviene el jurado es la de interpretar el veredicto para encauzarlo dentro de las disposiciones que reprimen el hecho. La sentencia, por tanto, tiene por fundamento inmediato la respuesta dada al cuestionario por los jueces de conciencia. Si rebasa los límites del veredicto, es casable por la causal tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 531, 2ª y 532, 1ª.

106

CAUSAL 3ª DE CASACION

(Incongruencia).

Artículos 567 (numeral 3º), y 480 del Código de Procedimiento Penal.

Cuando el jurado afirma una responsabilidad criminal en circunstancias más gravosas a las que se le sometieron a su juicio, contraviene el pliego específico de cargos y lo que en tal sentido exprese no obliga al fallador, quien ha de tener por no escrito lo que el jurado exprese más allá de la cuestión sometida a su examen. Aceptar un pronunciamiento excedido, virtualmente coloca en pugna la sentencia con el auto de proceder, e incluso con el mismo veredicto, que sólo es atendible en lo pertinente y da fundamento a la causal tercera de casación. (Casación Penal. 17 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 570, 2ª.

107

CAUSAL 3ª DE CASACION

(Incongruencia).

Artículos 567 (numeral 3º), y 480 del Código de Procedimiento Penal.

Como lo ha afirmado la Corte al estudiar la causal tercera de casación, no es propio que en juicios con intervención de jurado, pueda presentarse el motivo de impugnación que

surge de la desarmonía de la sentencia con el auto de enjuiciamiento, dado que el Juez de derecho falla con base en el veredicto. Pero esa tesis no es posible mantenerla con un valor absoluto para concluír que sólo es dable confrontar la sentencia con la decisión del jurado, puesto que en su desarrollo progresivo la concordancia tiene que mantenerse entre el auto de proceder y la cuestión que se someta a los Jueces de hecho; entre el veredicto de éstos y los cargos formulados, para en última instancia saber si el fallo es fiel trasunto del proveído enjuiciatorio y del veredicto. (Casación Penal. 17 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 570, 1ª y 2ª.

138

CAUSAL 3ª DE CASACION

Artículo 567, numeral 3º, del Código de Procedimiento Penal.

En los juicios con intervención de jurado tienen que acoplarse y armonizarse tres actuaciones procesales básicas como son el enjuiciamiento, el veredicto y la sentencia. Esta, en primer término y salvo declaración de contraevidencia, debe acomodarse al veredicto, cuyo texto condiciona la condenación o absolución del condenado. El veredicto, a su turno, no es otra cosa que el pronunciamiento del jurado sobre la cuestión propuesta, cuestión que debe recoger todos los elementos específicos del cargo aceptados en el enjuiciamiento o, en algunos eventos, acreditados en el plenario de la causa. (Casación Penal. 17 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 570, 1ª.

139

CAUSAL 3ª DE CASACION

Artículo 567, numeral 3º, del Código de Procedimiento Penal.

En los juicios con intervención de jurado, como es de elemental conocimiento, la sentencia del juez de derecho debe de descansar en el veredicto, acto mediante el cual la sociedad, representada en los jueces de conciencia, define la responsabilidad del acusado. Pero esta manifestación o pronunciamiento popular tiene que producirse sobre los hechos que son materia de cargo y respecto de los cuales el auto de proceder señala el ámbito y límites del debate en la vista pública de la causa. (Casación Penal. 17 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 567, 2ª.

140

CAUSAL 4ª DE CASACION

(Nulidades procesales).

Artículos 567 (numeral 4º), y 198 del Código de Procedimiento Penal.
Artículo 26 de la Constitución Nacional.

La técnica del recurso de casación impone estudiar las causales que se invoquen, no en el orden en que aparezcan en la demanda sino según la mayor capacidad que ellas tengan con respecto al fin para el cual han sido establecidas. Y es indiscutible que la causal cuarta, entre las que enumera en forma taxativa el estatuto procesal penal, es la que corresponde con más propiedad a aquella condición. Lo cierto es que alegada una nulidad, sea ella legal o constitucional, por lo mismo que afecta el procedimiento que sirvió de base al fallo impugnado, resultaría inconducente darle preferencia al examen de otros cargos, toda vez que, al prosperar el recurso por aquel concepto, es inútil e inoficioso el estudio de los demás motivos. (Casación Penal. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 627, 1ª y 2ª.

141

CESION DE BIENES PARA USO PUBLICO

El poder jurídico que corresponde a las entidades de derecho público en relación con los bienes de uso público, no es el de propie-

dad, ya que de tal poder no podrían predicarse los elementos constitutivos ni los atributos que integran y distinguen la propiedad. El destino común, esencial en los bienes de uso público, se opone a la movilidad jurídica característica de aquellos sobre los cuales recae el dominio, y es además incompatible con la presencia de un derecho exclusivo, real, pleno y absoluto de un titular. Por ello se habla con más exactitud de una potestad administradora o supervigilante sobre ellos, en manos de las entidades de derecho público. Ello demuestra que en la cesión que se haga de una cosa con destinación al uso público, está muy lejos de aparecer el **aumento o enriquecimiento** a que alude el artículo 1445 del Código Civil, elemento necesario para configurar el acto donación. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 925, 1ª y 2ª.

112

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR O MENOR PELIGROSIDAD

(Coordinación del artículo 36 con los artículos 37, 38 y 39 del Código Penal).

La correcta aplicación del artículo 36 del Código Penal, tocante al arbitrio del juez para individualizar la pena, exige que no se tome aisladamente su texto sino que se coordine con lo establecido en los artículos 37, 38 y 39 del mismo Código. (Casación Penal. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 950, 2ª.

113

CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA

Acogida por el juez de derecho una circunstancia modificadora reconocida por el jurado, no es legítimo atribuírle un valor relativo y distinto del que la respectiva disposición legal le atribuye. (Casación Penal. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 949, 2ª.

114

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS Y CALIFICADORAS

(Del delito).

Artículos 362, 379, 28 y 382 del Código Penal.

La doctrina admite en las infracciones de la ley penal circunstancias que modifican la responsabilidad y circunstancias que la califican: aquéllas para efectos de atenuar la sanción; éstas casi siempre para agravar la culpabilidad. Ahora bien: el artículo 362 del Código Penal, para el homicidio y el 379 para las lesiones, hacen referencia a circunstancias calificadoras. En cambio, los artículos 28 y 382 implican circunstancias modificadoras para atenuar la sanción. Por ello, si se diferencian jurídicamente ambos términos, se comprende por qué es inaceptable, desde el punto de vista estrictamente legal, la tesis de que cuando se aplican los últimos artículos nombrados, no pueden tomarse en cuenta, para los aumentos de pena que ordena el Código, las circunstancias calificadoras contenidas en el ilícito. (Casación Penal. 18 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2233). 211, 1ª.

115

CLAUSULA PENAL

(Naturaleza y efectos).

Artículos 1592 y ss. del Código Civil.

Sobre la naturaleza de la cláusula penal se han expuesto varias teorías: unos la consideran como una garantía accesoria, otros como la estimación anticipada de los perjuicios, otros como una sanción y otros afirman que desempeña funciones diversas. Entre nosotros el artículo 1592 del Código Civil deja entender que la estima como una garantía al disponer que ella tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación. Los artículos 1594 y siguientes del mismo Código per-

miten concluir que la estipulación de la cláusula penal no entraña por sí misma la facultad del deudor de retractarse del contrato mediante el pago de la pena ni le impide al acreedor demandar el cumplimiento de la obligación principal si así lo prefiere. (Casación Civil. 6 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 82, 1ª.

116

CLAUSULA PENAL Y MULTA DE ARREPENTIMIENTO

(Diferencias).

Artículos 1592 y ss. del Código Civil.

Obvio es que las partes, en ejercicio de su autonomía contractual, puedan pactar lo que se denomina una multa penitencial o de arrepentimiento, para el caso de que alguno de los contratantes se retracte de la convención. Este pacto, sin embargo, no tiene el mismo alcance que la cláusula penal, ni se halla reglamentado como ésta en el Código Civil, de suerte que su regulación y sus efectos dependen por entero de las estipulaciones de las partes. Los dos pactos no pueden confundirse: la cláusula penal está consagrada en beneficio del acreedor y tiene por objeto evitar que el deudor se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones, en tanto que la multa de arrepentimiento favorece al deudor al facilitarle la retractación del contrato mediante el pago de la prestación acordada como multa. (Casación Civil. 6 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 82, 2ª.

117

CLAUSULA DE RESERVA

(Término del preaviso).

Artículo 48 del Código del Trabajo.

En lo que se refiere al término del preaviso de que trata el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, los 45 días constituyen límite mínimo, ya que la propia disposición prevé que no debe ser inferior a esa cifra. De manera, pues, que bien puede pactarse un preaviso superior al anotado. (Casación Laboral. 24 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 715, 2ª.

118

CLAUSULA DE RESERVA

(Prórroga del término del preaviso).

Artículo 48 del Código del Trabajo.

Haciendo uso de la cláusula de reserva que se había pactado, la empresa procedió a darle al trabajador el preaviso de 45 días, pero ocurrió que, antes de cumplirse el plazo, las partes convinieron por escrito en prorrogar el término del preaviso y fijaron la nueva fecha de la expiración del contrato, un mes más tarde de lo resuelto en principio. Sobre el particular debe decirse que no hay disposición que prohiba tal prórroga, ni se ve que ella sea contraria a los intereses del trabajador, puesto que el desahucio es un período de tiempo que, aparte de la notificación de terminación del contrato, significa también el lapso que le permite al trabajador buscar otra colocación. De manera que si éste ha encontrado, durante ese intervalo, una nueva y estable posición, no tendrá interés en prolongar el término del preaviso que se le ha dado. Pero si acepta voluntariamente la prórroga del preaviso, durante un tiempo fijo, como en el caso de autos, no alcanza a comprenderse cómo este hecho pueda catalogarse como ilícito y perjudicial a sus intereses. (Casación Laboral. 24 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 715, 2ª.

119

CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR

(No mantuvo el fuero para delitos comunes).

El actual Código de Justicia Penal Militar —Decreto 250 de 1958— no mantuvo el fuero

castrense para los delitos comunes, salvo las excepciones de que trata el artículo 308 del mismo. (Casación Penal. 8 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 253, 2ª.

120

COLISION DE COMPETENCIAS

(Sobre juicios de sucesión).

Artículos 416 y 152, ordinal 5º, del Código Judicial.

Ha entendido la jurisprudencia de la Corte que el artículo 416 del Código Judicial no prohíbe que el Juez que tramita una mortuoria promueva competencia positiva a otro que adelanta un sucesorio del mismo de cujus. Ni los términos del texto legal, ni razón superior alguna, se oponen a esta solución y, por el contrario, su negativa daría lugar a problemas de difícil desenlace. Porque no puede evitarse que un juicio sucesorio sea abierto en más de un juzgado, y sin embargo, es lo cierto que el juicio debe quedar radicado en el que corresponda de conformidad con el ordinal 5º del artículo 152 del Código Judicial. Sin que el incidente de acumulación, como acaso pudiera pensarse, ofrezca un medio expedito a este respecto, ya que tal incidente llevaría los juicios al juzgado que esté conociendo del más antiguo, pero éste puede no coincidir con el del foro que en realidad corresponde según el precepto acabado de citar. (Negocios Generales, 2 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 325, 2ª.

121

COMPENSACION

(Por medio del mandamiento judicial).

Para que opere la compensación por medio del mandamiento judicial es preciso, entre otros requisitos, que el patrono acredite la obligación a su favor, de acuerdo con el principio que distribuye la carga de la prueba (1757, Código Civil) y que la deuda tenga su origen en la relación de trabajo. (Casación Laboral. 13 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1058, 1ª.

122

COMPENSACION

Artículos 59 y 149 del Código del Trabajo.

Extinguido el contrato de trabajo, la compensación puede ser reconocida por el Juez, siempre que el crédito a cargo del trabajador tenga por causa el contrato laboral. (Casación Laboral. 21 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 313, 2ª.

123

COMPETENCIA DE LA CORTE

(En controversias originadas en contratos con la Nación).

Artículo 40 del Código Judicial.
Artículo 2º de la Ley 67 de 1943.

En cuanto a la competencia de la Corte para conocer de las controversias provenientes de un contrato en que tenga parte la Nación, el punto fue definido en sentencia proferida por esta Sala el 11 de mayo de 1960 (G. J., T. XCII, 1164), en la cual se llegó a la conclusión de que, mientras la ley no reglamente de modo diferente lo relativo a esa competencia, continúan vigentes las normas legales, sobre la materia, anteriores al Acto Legislativo número 1º de 1945, entre ellas las de los artículos 40 del Código Judicial y 2º de la Ley 67 de 1943 que confieren a la Sala de Negocios Generales de la Corte competencia para conocer "de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido en todo o en parte, sus derechos". (Negocios Generales. 9 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 344, 1ª.

124

COMPETENCIA DE LA CORTE

(En materia de demandas sobre inexequibilidad).

Artículos 121, 214 y 216 de la Constitución Nacional.

Mediante el artículo 41 del Acto Legislativo número 1º de 1945 (artículo 216 de la Constitución Nacional), a la regla general de competencia de la Corte en materia de exequibilidad, se le introdujo una excepción, consistente en que adscribió a lo Contencioso Administrativo el conocimiento de algunos decretos dictados por el Gobierno; pero para diferenciar estos actos, no tomó como norma o criterio que se tratara de decretos administrativos o legislativos, sino la facultad invocada para dictarlos. Por tanto, corresponde conocer a la Corte de la acusación contra los decretos dictados con base o en ejercicio de las facultades o atribuciones conferidas al Gobierno por los ordinales 11 y 12 del artículo 76 y del artículo 121 de la Constitución, cualquiera que sea su naturaleza, porque no se puede establecer una limitación no prevista en la disposición comentada, cuya claridad y precisión no permita desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del Código Civil). (Sala Plena. 25 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 51, 2ª.

125

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

(Juzgamiento de miembros de las Fuerzas de Policía).

Repite la Corte que el artículo 12 del Decreto 1426 de 1954, al hacer extensiva la competencia de la justicia penal militar, que en este decreto se establece en relación con los miembros de las Fuerzas de Policía, a hechos anteriores a su vigencia, consagra una retroactividad inaceptable por ser violatoria del artículo 26 de la Carta. (Casación Penal. 8 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 953, 1ª.

126

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES JUDICIALES

(Por ocupación permanente de la propiedad inmueble con trabajos públicos).

Cuando se trata de indemnización por ocupación permanente de la propiedad inmueble con trabajos públicos, la competencia de los tribunales judiciales resulta inobjetable e indudable, según la sentencia de la Corte Plena de fecha 20 de junio de 1955. (Negocios Generales. 5 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1093, 1ª.

127

COMPLICIDAD CORRELATIVA

Artículo 385 del Código Penal.

No es del caso hablar de complicidad correlativa cuando el homicidio ha sido previamente concertado y estudiado, cometido en complicidad y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión. Porque la complicidad correlativa es figura que se refiere comúnmente al delito —de homicidio o de lesiones— cometido y originado en forma imprevista, en la que, por haber participado activa y confusamente un número plural de contrincantes, no hay manera de determinar de modo nítido las consecuencias de la acción física de cada uno de ellos; y en virtud de esa incertidumbre dispone la ley (artículo 385 del Código Penal), que todos ellos deben quedar sometidos a la sanción correspondiente disminuída de una sexta parte a la mitad. (Casación Penal. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 636, 1ª.

128

COMPRAVENTA Y PERMUTA

(Obligaciones del vendedor y el permutante).

Artículos 1880, 1884, 1627 y 1649 del Código Civil.

El artículo 1880 del Código Civil, aplicable a la permuta, impone al vendedor o permutante la obligación de hacer entrega o tradición del bien enajenado, obligación cuyo cumplimiento, cuando se trata de inmuebles, se cristaliza en dos actos, la tradición por medio del registro y la entrega material. Pero no es esto sólo, sino que dicho cumplimiento ofrece otras peculiaridades que vale recordar. El artículo 1884 **ibidem** prescribe en efecto que el vendedor es obligado a entregar lo que reza el contrato, y los artículos 1627 y 1649 disponen que el pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación. De acuerdo con estos preceptos el cumplimiento o pago de una obligación debe reunir, entre otros requisitos objetivos, los de la identidad y la integridad de la prestación. De donde se deduce que la declaración expresa de los contratantes sobre la libertad de los bienes permutados o vendidos, no es una manifestación vana y superflua, sino que entraña un acuerdo de las mismas partes para hacerse tradición de esos bienes exentos de gravámenes. (Casación Civil. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 433, 1ª.

129

COMPRAVENTA Y PERMUTA

(Cláusula sobre libertad de los inmuebles).

Artículos 1849 y ss. y 1955 y ss. del Código Civil.

La cláusula contractual de común ocurrencia entre nosotros, en la cual expresan las partes que los bienes vendidos o permutados se encuentran libres de todo gravamen, implica un acuerdo de los contratantes sobre la transferencia de los bienes sin gravamen alguno. Con esa estipulación sobre libertad de los bienes buscan los interesados evitar que, por la existencia de gravámenes desconocidos o no declarados, llegue a romperse el equilibrio convencional que tuvieron en mientes al celebrar el contrato respectivo. La cláusula en mención no es, pues, un pacto caprichoso o anodino, sino que tiene un valor contractual que las partes no pueden echar en olvido sin someterse a las sanciones consiguientes. (Casación Civil. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 432, 2ª y 433, 1ª.

130

CONDENA CONDICIONAL

(Como materia de ataque en casación).

Artículo 80 del Código Penal. Artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala ha sostenido la siguiente jurisprudencia: En el otorgamiento de la condena condicional, por medio de la cual se confiere al Juez la facultad de suspender la ejecución de la pena impuesta en la sentencia, la ley (artículo 80 del Código Penal), atribuye al juzgador una facultad muy amplia, toda vez que en último término somete a la convicción de éste la solución del problema, es decir, a algo muy íntimo y subjetivo de él, que rara vez podrá desconocer la Corte en el recurso extraordinario de casación. (Sala de Casación Penal. 3 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 138, 2ª.

131

CONFESION

(Divisible e indivisible).

Artículo 255 del Código de Procedimiento Penal.

La presencia en un proceso penal de una confesión calificada, esto es, aquella en que se aceptan hechos que perjudican a quien confiesa y al propio tiempo se agrega una modalidad favorable que constituye una excusa,

trae como consecuencia el que se discuta en el proceso sobre su divisibilidad o indivisibilidad, o lo que es lo mismo, si se acepta tanto en lo que perjudica y favorece al confesante, o por el contrario, sólo en lo perjudicial, desechando lo que pueda favorecerlo. Aquel primer aspecto es el que prevalece en materia criminal cuando a la modalidad agregada favorable nada la contradice. Y ello obedece, aparte de un sentido de indudable equidad, a que psicológicamente nadie conoce mejor un hecho que quien lo ha ejecutado. Si pues, lo acepta y ratifica su ejecución, pero agrega algo que modifica sus consecuencias, debe aceptársele, siempre que por lo menos sea verosímil y esta verosimilitud encuentre amplio respaldo en el proceso. (Casación Penal. 20 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 607, 1ª.

132

CONFESION

(Simple y calificada).

Artículo 255 del Código de Procedimiento Penal.

La confesión simple y escueta en materia criminal no viene a ser otra cosa que el reconocimiento de una determinada responsabilidad de quien la hace, aceptando ser el autor de un delito. Es, pues, la aceptación de un hecho personal y propio del confesante que puede dar lugar a un reproche de carácter penal a éste. Pero puede acontecer, y acontece con frecuencia, que a la aceptación de los hechos que perjudican a quien confiesa, al propio tiempo se agregue una modalidad favorable que constituye una excusa. Esta es la confesión que toma la denominación de calificada, que en último término no es sino la disculpa de una acción imputada, pero no punible, porque a eso tiende la disculpa. (Casación Penal. 20 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 607, 2ª.

133

CONFESION E INDAGATORIA

(Del procesado).

Artículos 255 y 346 y ss. del Código de Procedimiento Penal.

La confesión es un medio de prueba expresamente reconocido por nuestro Código de Procedimiento Penal; en cambio, la indagatoria del sindicado tiende más bien a proporcionar a éste una manera de probar sus descargos o de ejercitar su derecho de defensa. El hecho de que ordinariamente la confesión se produzca en la indagatoria no es razón para confundir ésta con aquélla. (Sala de Casación Penal. 17 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 202, 2ª.

134

CONFESION DIVISIBLE

Artículo 255 del Código de Procedimiento Penal.

Puede suceder que la prueba íntegra de la responsabilidad esté tan concretamente establecida que la confesión calificada de nada sirva para modificar la responsabilidad, porque pesa de tal manera sobre el delincuente que impide el que pueda creérsele en la versión favorable a sus intereses personales. Pero en total desacuerdo con los demás elementos recogidos durante la investigación que comprometen su conducta. (Casación Penal. 20 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 607, 2ª.

135

CONFESION INDIVISIBLE

Artículo 255 del Código de Procedimiento Penal.

La confesión calificada carece de importancia cuando el acervo probatorio gravita íntegro contra el procesado, sin medios ningunos para eludir la fuerza de convicción que surge del proceso. Pero cuando no ocurre así, cuan-

do la prueba da margen a la duda, cuando surgen oscilaciones o vacíos en la prueba de cargos que permitan discrepancias en materias fundamentales que se rozan con la responsabilidad o no responsabilidad, entonces la confesión calificada puede recuperar su fundamental importancia, ya que entonces resulta cierto lo que la doctrina admite, en el sentido de que tal clase de confesión actúa y sirve para los menesteres de la justicia cuandoquiera que ésta se encuentre en circunstancias dudosas y exista manifiesta deficiencia probatoria. (Casación Penal. 20 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 607, 2ª y 608, 1ª.

136

CONFESION INDIVISIBLE

Artículo 255 del Código de Procedimiento Penal.

El artículo 255 del Código de Procedimiento Penal reglamenta el valor probatorio de la confesión, que no es otra cosa que la declaración del sindicado en que reconoce explícitamente su participación en el hecho criminoso, es decir el reconocimiento de su autoría y, por lo tanto, de su responsabilidad. De donde se deduce que cuando el sindicado niega rotundamente toda participación en los hechos delictuosos, no puede hablarse en forma alguna de confesión, ni alegarse que el sentenciador, en obedecimiento a la norma citada, debe tomar en su integridad el dicho del sindicado, puesto que la consideración de sus palabras como un todo indivisible sólo es pertinente cuando se trata de una confesión, la que en este caso no ha existido. (Casación Penal. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 636, 2ª.

137

CONGRESO

(El último inciso del artículo 68 de la Constitución Nacional no es compatible con el artículo 1º del Acto Legislativo número 1 de 1960).

A juicio de la Corte, el último inciso del artículo 68 de la Constitución Nacional no es compatible con el artículo 1º del Acto Legislativo número 1º de 1960, por los siguientes motivos: a) Porque tal Acto confiere al Congreso la facultad de reunirse **por derecho propio,** luego las consecuencias deben ser iguales al caso a que se refiere el inciso 1º del citado artículo 68, en el que igualmente el Congreso se reúne por derecho propio, y ejerce sus funciones de legislar sin restricción alguna. b) Porque cuando el Congreso se reúne por derecho propio, tal atribución emana directa e inmediatamente del constituyente; en cambio cuando se reúne según el inciso final del artículo 68 lo hace por voluntad directa e inmediata del Gobierno, con el fin de estudiar los negocios que tenga a bien someterle a su consideración. c) Porque el libre y completo ejercicio de las atribuciones que el artículo 76 de la Carta confiere al Congreso, constituye la regla general, al paso que la restricción o limitación impuesta en el inciso final del artículo 68 tiene el carácter de excepcional que no puede aplicarse por analogía. d) Porque la reforma contenida en el artículo 1º del Acto Legislativo, en contraposición con lo que ocurre en el evento previsto en el último inciso del artículo 68, conlleva una orden imperativa para el Ejecutivo, quien al convocar el Congreso no hace cosa distinta de cumplir con un deber impuesto por la Constitución, sin que le sea permitido condicionarlo en ninguna forma, ni menos limitar la normal competencia del Congreso, ya que el cumplimiento de un deber no puede modificarse a voluntad del obligado. e) Finalmente, porque el artículo 1º del Acto Legislativo de 1960 no

tiene vacío u oscuridad, para que sea menester completarlo, mediante la aplicación de otra norma de la propia Carta. (Sala Plena. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 810, 1ª y 2ª.

138

CONGRESO

(Las omisiones en el decreto de convocatoria a sesiones no tiene trascendencia jurídica pues se reúne por derecho propio).

Como el Congreso, en el caso del Acto Legislativo número 1º de 1960, se reúne por derecho propio, los vacíos formales o las omisiones en el decreto de convocación no tienen, en este caso, trascendencia jurídica, pues las sesiones se cumplen o se realizan por ministerio de dicha norma constitucional. De manera que resulta del todo indiferente que el decreto lleve las firmas de todos los Ministros o solamente la de alguno o algunos, comoquiera que con decreto o sin él, el Congreso tiene el deber de reunirse. (Sala Plena. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 811, 1ª.

139

CONGRESO

(Limitación del constituyente a los poderes propios del).

Por el aspecto meramente formal las sesiones del Congreso se dividen en **ordinarias** y **extraordinarias**, según sea en el tiempo la oportunidad de efectuarse: a) O porque de ordinario, según el precepto de la Carta, se inicien cada año el 20 de julio para durar 150 días; b) O porque en cualquier otro tiempo, no previsto determinadamente en la Constitución sino que está subordinado a eventualidades extraordinarias, el Congreso haya de reunirse también en forma extraordinaria. Esto último, o sean las sesiones extraordinarias, tienen lugar en los siguientes casos: Cuando el Gobierno convoca las Cámaras Legislativas para que actúen durante cierto tiempo y nada más que sobre los asuntos predeterminados en el correspondiente decreto (artículo 68, inciso 4º, de la Constitución Nacional); cuando por vacancia presidencial debe reunirse el Congreso para elegir Designado (artículo 125 de la Constitución Nacional y artículo 9º del Acto Legislativo número 1 de 1959); o cuando se declare turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, en conformidad con el artículo 121 de la Carta para el caso de guerra exterior y de acuerdo con la reforma introducida por el Acto Legislativo número 1º de 1960, tanto por causa de guerra exterior, como de conmoción interna. Esta división de las reuniones del Congreso, si bien nada más que formal, reviste trascendencia considerable en el campo del derecho público interno. Y así, para dar solemnidad, validez y firmeza a las reformas de la propia Constitución política de la República, la única vía admitida por el Plebiscito de 1º de diciembre de 1957 es la de que sean aceptadas por el Congreso en dos legislaturas ordinarias sucesivas, en los términos del artículo 218 de la Constitución. Es esta una clara y perentoria limitación del constituyente a los poderes propios de las Cámaras Legislativas. (Sala Plena. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 808, 1ª y 2ª.

140

CONGRESO

(Sesiones ordinarias y sesiones extraordinarias).

Si no se contemplan exclusivamente las circunstancias externas de la periodicidad o eventualidad en el tiempo, para darle a las reuniones del Parlamento el carácter de ordinarias o extraordinarias, sino que se examina integralmente el fenómeno a la luz de la doctrina constitucional que organiza en Colombia el estado de derecho como República demo-

crática, representativa y con tres Ramas señaladas del Poder Público para la realización armónica de los fines de la sociedad, aparece de inmediato el criterio para dividir por su aspecto material las sesiones del Congreso en ordinarias y extraordinarias. Porque entonces lo ordinario consiste en que las Cámaras Legislativas se reúnan por derecho propio emanadó directamente de la Carta para cumplir su misión constitucional de hacer las leyes. Lo extraordinario, en que por mandato expreso de la Constitución el Congreso encuentre limitada su tarea legislativa, o condicionada su actividad por actos que dependen exclusivamente del querer gubernamental. (Sala Plena. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 808, 2ª y 809, 1ª.

141

CONGRESO

(Sesiones extraordinarias).

En las sesiones extraordinarias de que trata el artículo 68, inciso 4º, de la Constitución, la actividad legislativa del Congreso se encuentra determinada por la voluntad de la convocación gubernamental, en el tiempo y por las materias a que las leyes deben referirse. En las previstas por el artículo 121 de la misma Constitución y su Reforma, el Congreso se reúne por derecho propio, en cumplimiento de su deber y en función constitucional como Rama Legislativa del Poder Público sin otros límites que los expresamente determinados por la Carta. Y si bien debe colaborar con el Gobierno para restablecer el orden público, nunca podría entenderse, sin perturbación del equilibrio institucional en que se inspira el artículo 55, que el Presidente de la República estuviese capacitado para limitar la actividad legislativa del Congreso como si se tratara de sesiones extraordinarias convocadas por obra de su exclusiva voluntad. Menos todavía cuando la notoria finalidad de la reforma de 1960 al artículo 121 consiste, no en limitar la acción del Congreso, sino precisamente la del Gobierno para evitar distorsión, abuso o desvío de las facultades extraordinarias de emergencia que le competen en estado de sitio. (Sala Plena. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 809, 2ª.

142

CONGRESO

(Veto establecido en el Acto Legislativo de 1960).

El veto atribuído al Congreso en el Acto Legislativo número 1 de 1960, no excluye el ejercicio de la acción pública, consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, para acusar decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias de estado de sitio, porque el veto, en el primer caso, y el ejercicio de la acción en el segundo, son de distinta categoría y, además, la enmienda del artículo 121 de la Carta por medio del mencionado Acto Legislativo, en lugar de restringir, amplía la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia. No se opone a la acción pública, ni a la excepción de inconstitucionalidad, el establecimiento de una nueva vía, como el veto del Congreso, para asegurar la intangibilidad de la Carta. (Sala Plena. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 807, 1ª y 2ª.

143

CONSTITUCION NACIONAL

(Control jurisdiccional atribuído a la Corte Suprema de Justicia).

La Constitución Nacional en los artículos 214 y 216, respecto de los actos allí determinados, atribuye a la Corte Suprema la facultad de decidir sobre su exequibilidad, mediante sentencia que produce efecto erga omnes, con ocasión del ejercicio de la memorada acción pública. Sin embargo, aun cuando no

lo dicen los artículos citados, el dicho control jurisdiccional debe comprender no sólo los vicios materiales o sustanciales, sino también los puramente formales, cuando fueren de tal entidad e importancia que influyen en la existencia o eficacia del acto o tengan consecuencias jurídicas. (Sala Plena, 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 807, 2ª.

144

CONTRABANDO

(Finalidad propia y específica del Decreto 1228 de 1959.

La finalidad propia y específica del Decreto 1228 de 1959 es la de prevenir el contrabando, así que, una vez consumado el delito, deja de ser aplicable, en especial en lo tocante a determinar la competencia y la pena imponible. (Casación Penal. 26 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1003, 2ª.

145

CONTRAEVIDENCIA DEL VEREDICTO

(Sólo los jueces de instancia pueden declararla).

Artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal.

La contraevidencia de un veredicto —como lo ha expuesto la Corte en diversas oportunidades— corresponde declararla sólo a los juzgadores de instancia, ya que ésta es cuestión sobre la cual nada puede remediarse en casación, toda vez que la libertad de dichos juzgadores para declarar o no contraevidente la decisión del jurado, "no está sometida a crítica o enmienda sino en las etapas ordinarias y es función que se extingue con ellas". (Casación Penal. 27 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 666, 1ª.

146

CONTRATO

(Ley de los contratantes).

Artículo 1602 del Código Civil.

El artículo 1602 del Código Civil consagra el principio de la fuerza obligatoria de los contratos entre las personas que los celebraron. Las partes contratantes quedan sujetas a cumplir indefectiblemente las obligaciones que por acuerdo mutuo contraen, pero la misma ley les otorga el medio de desvincularse de esas obligaciones mediante su propio y recíproco consentimiento o alegando causas especiales, tales como la nulidad o la resolución del contrato. Mientras no ocurra uno de estos fenómenos, la convención legalmente celebrada se impone a las partes y debe ser ejecutada por ellas: **pacta sunt servanda.** (Casación Civil. 6 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 82, 1ª.

147

CONTRATOS

(Limitaciones de la voluntad contractual).

Artículo 1604 del Código Civil.

El artículo 1604 del Código Civil señala las causas generales que determinan la responsabilidad en que incurre quien incumple sus obligaciones. Este artículo autoriza a los contratantes, lo mismo que el 1602 del mismo Código, para modificar esas causas y sus efectos, pero sin poder llegar a eliminar por anticipado la responsabilidad que dimana del dolo o de la culpa grave. (Sala de Casación Civil. 6 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 82, 1ª.

148

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

(Condicionados a aprobación superior).

Artículos 1502 y ss. del Código Civil.

Cuando, por voluntad de la ley o de las partes, la validez de un contrato administrativo

queda condicionada a la aprobación de un organismo superior, debe evitarse el confundir tal **aprobación** con la simple **revisión.** Consiste ésta en comprobar que el contrato se ciñe a las prescripciones legales y que al celebrarlo se cumplieron las formalidades exigidas, al paso que la aprobación envuelve una nueva manifestación de voluntad que **confirma** la ya emitida en principio; o sea que el consentimiento no se forma sino mediante un proceso de integración que se consuma con la aprobación del organismo superior, que no es el competente para celebrar el contrato, pero sin cuyo asentimiento tampoco llega éste a perfeccionarse. La adjudicación no tiene entonces más valor que el de un procedimiento técnico para seleccionar al mejor postor y, como ha dicho Jèze, el de acto condición unilateral cuyo cumplimiento permite a los organismos autorizados para concluír el contrato ejercitar la respectiva competencia, por lo cual esa adjudicación no crea ninguna situación jurídica general ni individual. (Negocios Generales. 10 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 358, 1ª.

149

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

(Efectos de la aceptación de la oferta).

Artículo 188 del Código de Comercio.

La oferta y su aceptación producen los efectos jurídicos que indican los artículos 184 y siguientes del Código de Comercio, entre ellos la conclusión definitiva del contrato cuando la aceptación ha sido pura y simple, a tenor del artículo 188, siempre que la ley no provea condiciones especiales para su validez, condiciones que pueden ser también materia del contrato. Cuando ello acontece, es decir, cuando la ley o el contrato condicionan la validez de éste al cumplimiento de formalidades especiales, la oferta aceptada no produce efecto alguno mientras no se cumpla la formalidad pendiente, sino que se limita a crear una situación precontractual, que cuando genera derechos y obligaciones correlativas no son las que se derivarían del contrato, ya que éste carece de los requisitos indispensables para tener consecuencias jurídicas. (Negocios Generales. 10 de marzo de 1961. (Tomo XCV, número 2238). 357, 2ª.

150

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

(Formación del acuerdo de voluntades).

Artículo 1502 del Código Civil.

Artículos 184 y ss. del Código de Comercio.

En lo tocante al acuerdo de las voluntades, en materia de contratos celebrados con la administración, cabe anotar que cuando el reglamento que rige la convención o la misma voluntad de los contratantes disponen que las estipulaciones convenidas en principio no produzcan efecto sino mediante la **aprobación** de un organismo superior dentro de la organización jerárquica del servicio, se entiende que, dada la estructura orgánica de las entidades o instituciones públicas, y en consideración a los fines que ellas persiguen y al motivo determinante de la actividad administrativa, que es el interés público, la voluntad contractual no se forma mediante un acto simple, sino de manera compleja, por medio de operaciones sucesivas encaminadas, más que a **revisar** el acto con el fin de establecer que se han cumplido formalidades de carácter externo, a asegurarse de que él responde a las necesidades o conveniencias del respectivo servicio. (Negocios Generales. 10 de marzo de 1961). 358, 1ª.

151

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

(Licitación).

Artículos 184 y ss. del Código de Comercio.

Los doctrinantes distinguen la oferta de la invitación a formularla. El acto mediante el

cual la Administración hace un llamamiento a intervenir en la licitación, y señala las condiciones en que puede realizarse esa intervención, no es una oferta al público, sino simple invitación a formularle propuestas al servicio que hace el llamamiento. La oferta es la que recibe el servicio, esto es, la propuesta, que al ser aceptada mediante el acto de adjudicación consumaría el acuerdo de voluntades, siempre que la ley o el contrato mismo no condicionen la validez de éste al cumplimiento de formalidades especiales. (Negocios Generales. 10 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 357, 2ª.

152

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

(Su prueba).

La redacción de un escrito deja memoria del acuerdo de voluntades, pero ninguna virtud posee para transformar el contrato de arrendamiento de eminentemente consensual que es, en contrato solemne. Por manera que si el escrito no aparece en papel sellado ni con los timbres necesarios y los apremios fiscales disponen que el documento no podrá ser tenido como prueba, nada hace sin embargo con la naturaleza jurídica del negocio, que bien puede probarse por otros medios y especialmente por confesión judicial, desde luego que no se trata de exigencias ad substantiam. (Casación Civil. 12 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 858.

153

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

(Alcance del convenio de las cláusulas del).

Si el demandante afirma y el demandado reconoce que al tenor del testimonio por ellos mismos suscrito fueron convenidas las cláusulas de un contrato de arrendamiento, la comprobación plena no surge de lo que aparece en el escrito, que en sí mismo sería apenas un principio de prueba literal, sino del reconocimiento de ambos litigantes, cuya aquiescencia coloca al hecho por fuera de la controversia. (Casación Civil. Mayo 12 de 1961. Tomo XCV, número 2240). 858.

154

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

(Efectos del reconocimiento de la existencia del).

Reconocida la existencia del contrato, no de modo vago y general, sino precisamente como fue consignado en cláusulas inmodificables, la confesión al respecto es integral y por consiguiente indivisible: rige para todas y cada una de las estipulaciones recíprocas, favorables o adversas, dentro del contenido propio de los vínculos ajustados bilateralmente en la convención.

Pero si no se mira ya la estructura concreta del pacto, sino lo atañedero a su incumplimiento, la cuestión se desarrolla y divide, de manera que entonces cualquiera circunstancia invocada en su favor por el confesante para legitimar su conducta, constituye una alegación independiente que, en principio, debe probar. (Casación Civil. Mayo 12 de 1961. Tomo XCV, número 2240). 858, 1ª.

155

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

(La entrega).

El artículo 1983 del Código Civil contempla la situación en que el arrendador por hecho o culpa suya se colocó en la imposibilidad actual de efectuar la entrega en el momento debido, y no en otro cualquiera. Estuvo al tiempo del contrato obligado a prever todos los factores capaces de impedir por su parte la oportuna ejecución del acuerdo de voluntades. Así, si en el terreno de los hechos el

contrato no llegó a tener siquiera un principio de ejecución dentro de su equilibrio bilateral, por causas imputables al arrendador, es de equidad natural que indemnice el daño al arrendatario, quien, a su albedrío, está facultado de plano para desligarse de la contratación que vino a serle de efectos negativos. Pero es también claro que si a sabiendas de la imposibilidad de entrega en determinada fecha, el arrendatario sin embargo contrata, ya no ha de tener derecho alguno a ser indemnizado y a desligarse del vínculo contraído con esa especial fisonomía. (Casación Civil. 12 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 858, 2ª.

156

CONTRATO ESCRITO DE TRABAJO

(Ejemplares en que se extiende).

Artículo 39 del Código del Trabajo.

Previene el artículo 39 del Código Sustantivo que el contrato de trabajo escrito "se extiende en tantos ejemplares cuantos sean los interesados, destinándose uno para cada uno de ellos". Esos ejemplares pueden ser manuscritos o impresos, en todo o en parte, por cualquier medio mecánico y fuera del requisito esencial a la validez de todo documento privado que es la firma de las partes que intervienen en el contrato, no tienen más limitaciones que las que puedan imponer la facilidad de su lectura, su presentación y su buena conservación, puesto que, primordialmente, su finalidad es la de preconstituir una prueba del contrato en favor de ambas partes. Como consecuencia, los ejemplares en que se extiende el documento contentivo del contrato, llámanse original o duplicado, tienen un mismo valor probatorio, y pueden ser aportados al juicio directamente por las partes en su oportunidad procesal. No se trata de copias, que es un concepto distinto, ni es pertinente tomar pie en ese equívoco para deducir pretendidas violaciones del artículo 648. (Casación Laboral. 22 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 711, 2ª.

157

CONTRATO DE TRABAJO

(Destrucción de la presunción legal).

Artículo 24 del Código del Trabajo.

Estima el recurrente que el juzgador aplicó indebidamente el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, mas lo evidente es lo contrario a tal afirmación. Como se deduce del contenido del fallo acusado, el Tribunal se vió precisado a abstenerse de dar aplicación a la presunción consagrada por la norma citada, no obstante estar demostrada la existencia de una relación de trabajo personal entre las partes, porque la confesión del demandante destruyó, o a lo menos enervó, la presunción —contrato de trabajo— que había podido deducirse del hecho indicador. (Casación Laboral. 10 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 293, 1ª y 2ª.

158

CONTRATO DE TRABAJO

(Con agentes colocadores de pólizas, etc.).

Artículo 23 del Código del Trabajo.
Artículos 1º y 3º del Decreto 3129 de 1956.

La ley del trabajo exige la continuada dependencia en los contratos con agentes colocadores de pólizas de seguros y de títulos de ahorros o cédulas de capitalización, en el artículo 94 del estatuto laboral sustantivo, modificado por el 1º del Decreto 3129 de 1956; y en los contratos con representantes, agentes vendedores y agentes viajeros, en el artículo 98 del Código del Trabajo, modificado por el 3º del citado Decreto. Debe, pues, rectificarse el concepto según el cual, en tratándose de

este género de actividades, ha desaparecido la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo. (Casación Laboral. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 681, 1º.

159

CONTRATO DE TRABAJO A DOMICILIO

(Subordinación).

Artículos 23 y 89 del Código del Trabajo.

No se refiere el Código Sustantivo del Trabajo, de manera expresa, a la dependencia o subordinación al definir el contrato de trabajo a domicilio (artículo 89), pero el hecho de decir el ordenamiento que "hay contrato de trabajo con la persona que presta habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, sola o con la ayuda de miembros de la familia, por cuenta de un patrono", es suficiente para estimar incluído el citado elemento entre los integrantes de la relación de trabajo dependiente, ya que la expresión "contrato de trabajo", en la modalidad que regula el precepto, comprende la totalidad de las notas que estructuran la referida convención. Así que en el contrato de trabajo a domicilio, no obstante la aparente autonomía de tales trabajadores, existe el elemento subordinación que tipifica todo contrato de trabajo. (Casación Laboral. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 681, 2ª.

160

CULPA

(In contrahendo).

La teoría de la **culpa in contrahendo**, como causa de responsabilidad en el campo de la ineficacia contractual a consecuencia de conducta errónea de una de las partes, es la culpa coetánea a la contratación. Y el daño indemnizable consiste en la privación del interés legítimo que la parte inocente habría derivado del contrato que no alcanzó a tener oportunidad de ejecución por culpa de la otra parte contratante, quien debe resarcir el perjuicio. (Casación Civil. 12 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 656, 2ª.

161

CURADOR AD LITEM

(El cargo debe ser discernido)

Artículos 246 y 242 del Código Judicial.
Artículos 463, 465 y 583 del Código Civil.

El curador **ad litem**, conforme a los artículos 246 y 242 del Código Judicial, tiene la representación del incapaz en el juicio en que se le ha asignado, a fin de que atienda a la defensa de los intereses de su pupilo. El cargo de curador **ad litem** debe ser discernido, pues el artículo 463 del Código Civil, que es de carácter general, dispone: "Toda tutela o curaduría debe ser discernida". Los actos "del tutor o curador que aún no han sido autorizados por el decreto de discernimiento son nulos" (artículo 465 ibidem). La curaduría que se da para un negocio particular es especial y dativa, como es la llamada **ad litem**, que la da el juez para un pleito según los términos de los artículos 423 y 583 del Código Civil. No queda, pues, duda alguna de que, buscando la curaduría **ad litem** la representación del menor en el juicio, la falta del derecho de discernimiento afecta de nulidad la actuación judicial adelantada por un curador en tales condiciones. (Casación Civil. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 437, 2ª.

162

CURADOR AD LITEM

(Error al hacer el discernimiento).

Artículos 463, 465 y 1116 del Código Civil.

En el juicio sucesorio de autos, tanto en la diligencia de posesión del curador **ad litem** del heredero menor de edad, como en el auto

por el cual se le discernió el cargo, se incurrió en el error de hacer figurar al citado heredero con el nombre de Francisco Luis Correa en vez de Francisco Díaz Correa. Tratándose de una sucesión en que el único heredero menor era el mencionado Francisco, el yerro no alcanza a afectar el auto de discernimiento hasta el punto de que se considere como si éste no se hubiera dictado, pues el simple error en el nombre de una persona no llega hasta estimar inexistente el acto de que se trata, cuando no hay duda acerca de la identidad de ella (véanse artículos 746 y 1116 del Código Civil). De otra parte, tanto el curador como el apoderado designados por el heredero cuando llegó a la mayor edad, cumplieron a cabalidad sus deberes. En una palabra el error no acarrea la nulidad alegada. (Casación Civil. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 438, 1ª.

D

163

DACION EN PAGO

(En materia laboral).

Artículo 14 del Código del Trabajo.

Es cuestión de hecho la de saber si cuando el trabajador o su sucesión recibe, en pago de obligaciones en dinero, bienes de otra clase, hay equivalencia entre el valor de éstos y aquellas, y si por consiguiente, a través de la dación, hay un sacrificio de derechos del trabajador, que en el fondo envuelva una renuncia. No es, pues, admisible la acusación que pretende que la sentencia violó directamente el artículo 14 del Código del Trabajo, conforme al cual los derechos del trabajador son irrenunciables, pues el quebranto directo de la ley excluye el estudio de cuestiones de la índole indicada. (Casación Laboral. 21 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 313, 1ª.

164

DACION EN PAGO

(Su naturaleza jurídica según la doctrina jurisprudencial).

Tres tesis se destacan en la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza de la figura de la dación en pago. Según ellas se trata de una novación de la primitiva obligación por una nueva, que el deudor satisface con la entrega de otra cosa; de un modo de extinguir las obligaciones equivalente al pago, con caracteres propios, o como una simple variación del pago; y de una compraventa, en que el deudor vende al acreedor la cosa que da en pago, por el crédito debido, que resulta compensado por el precio de la venta, a cargo del mismo acreedor.

Hay un evidente interés en dilucidar el punto relativo a la naturaleza jurídica de la dación en pago, a efecto de resolver determinadas situaciones, tales como la del acreedor que resulta evicto o la cosa adolece de defectos internos, o hay un distanciamiento pecuniario notable entre el valor de la prestación debida y la cosa con que ha sido satisfecha, aparte de otros temas como son los referentes a la capacidad, a la acción pauliana y a los riesgos que la cosa pueda sufrir antes de la entrega.

La dación en pago se presenta: Primero, como la convención entre un acreedor y un deudor de dinero u otra cosa o hecho, en virtud de la cual la prestación se satisface con la entrega de una cosa mueble o inmueble. Segundo, como acuerdo de voluntades, ya que sin el consentimiento del acreedor no puede el deudor operar ese cambio (artículo 1627 del Código Civil), y además como forma objetiva que consiste en la entrega o tradición de la cosa que se da en pago. La DACION no se produce sino mediante acuerdo y entrega, la cual siempre ha de implicar tradición del derecho real. Tercero, como operación en que si la cosa que se da es mueble, pueden llegar a

ser simultáneos acuerdo y tradición; si inmueble, no, porque la convención demanda escritura pública, que antecede necesariamente a la tradición, que sólo realiza el registro. Cuarto, como forma que no obstante satisfacer al acreedor y liberar al deudor, presenta desarrollos ulteriores sometidos a regímenes distintos, según la tesis que se adopte sobre la naturaleza de la dación y los textos que prevean esos desarrollos.

En la tesis según la cual la dación en pago es una novación, no se ven con claridad ciertos puntos. Si se nova es para que una nueva obligación reemplace a la vigente, y viva por lo tanto, de manera que pueda ser extinguida después. Pero repugna que todo ello se ejecute en un instante, siendo así que han de verificarse hechos que necesariamente exigen un proceso cronológico, como son la desaparición del vínculo, la creación de otro y el fenecimiento de este último. Aparte de esto, el aniquilamiento de la primera obligación destruye sus garantías, con graves consecuencias para el caso de que la cosa sea evicta en manos del acreedor. Y en el evento de una marcada disparidad de valores entre la prestación satisfecha y el bien transferido, no hay posibilidad de que el deudor, como el acreedor, sean protegidos a causa de la lesión.

Del mismo modo, la dación en pago se distancia profundamente del pago efectivo, porque en realidad no lo es, ya que no satisface la prestación tal como fue pactada. Si esa culminación natural y necesaria, el cumplimiento, se frustra, el nuevo vínculo no puede menos de ser la negociación de la obligación primitivamente contraída, pero la teoría del pago efectivo "no da cuenta de la convención que tiene lugar entre el acreedor y el deudor y que ha mudado el objeto de la deuda". De otra parte, los efectos ulteriores de la dación en pago, si el acreedor resulta evicto o la cosa contiene vicios ocultos, o una de las partes llega a soportar una lesión desproporcionada, no pueden resolverse de una manera que satisfaga la equidad.

La tesis de la venta —dando una cosa por una prestación en dinero— ofrece la explicación llana del fenómeno de la dación en pago, aparte de que el carácter de conmutativo que es propio de aquel contrato, le presta a la dación un fundamento axiológico preponderante. La tesis no afirma que la dación sea una compraventa, sostiene la semejanza entre tales actos, como enseñaron los romanos de la época justinianea, y más tarde Pothier al ver en la nueva prestación de dar, la cosa del contrato de venta, y el precio, a cargo del acreedor, en el crédito primitivo compensado con aquél. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 930, 931 y 932.

166

DACION EN PAGO

(Su semejanza con la compraventa).

Dado el paralelismo existente entre los elementos esenciales de la compraventa y los que se destacan en la dación en pago de una cosa mueble o inmueble por un crédito de dinero, y el carácter conmutativo de ambas operaciones, la Corte reconoce que hay una clara analogía entre las expresadas convenciones, y que son aplicables, por tanto, las normas que rigen la venta y sus efectos, a la dación de cosas en pago de obligaciones de aquella especie. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 933, 1ª y 2ª.

167

DACION EN PAGO

(Cuándo se presenta).

Véase el aparte **Dación en pago. (Su naturaleza jurídica según la doctrina jurisprudencial)**, en el número 164 de este Indice. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961).

168

DAÑO

(Por incumplimiento de una de las partes).

El régimen contractual obedece a intereses jurídicamente protegidos, lo cual exige firmeza y seguridad en las transacciones. Así, en la celebración del contrato va implícito para las partes el deber de evitar todo lo que pueda comprometer su validez y ejecución práctica. Se requiere que estén exentas de culpa a tiempo de su contratación. Cuando el daño se origina en el incumplimiento de alguna de las partes, se contempla el interés contractual positivo. Y cuando la firmeza de la contratación se afecta por causa imputable a la conducta de alguna de las partes, surge a su cargo y a favor de la otra parte la obligación de indemnizarla por el interés contractual negativo, esto es en razón de negocio jurídico que por culpa de uno de los contratantes no alcanzó a recibir siquiera un principio de ejecución. (Casación Civil. 12 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 858, 1ª y 2ª.

169

DECLARACION DE DOMINIO

(Identificación de predios).

Artículo 946 del Código Civil.

Por cuanto en la diligencia de inspección ocular no consta que el personal actuante hubiera recorrido los límites de los terrenos sobre que versa la acción de declaración de dominio, para compararlos con los expresados en la demanda y títulos de propiedad; ni tampoco que se hubiera hecho lo mismo con la finca de la parte demandante, de la cual, según reza la demanda, hacen parte aquellos terrenos, es indiscutible que el fallador incurrió en evidente error de hecho al aceptar como demostrada la identidad de dichos bienes, basado en un medio probatorio que evidentemente no la establece. (Casación Civil. 6 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 409, 1ª.

170

DECLINACION DE COMPETENCIA

(Planteamiento del conflicto).

Entiende la Sala que planteado el conflicto con la declinación de competencia de ambos tribunales, la decisión del superior no puede pronunciarse por la vía de la revisión del interlocutorio de primer grado. (Negocios Generales. 15 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1096, 2ª.

171

DECRETO 012 DE 1959

(No es aplicable a hechos anteriores a su expedición).

El procedimiento especial establecido en el Decreto 012 de 1959, mucho más restrictivo que el ordinario, no es aplicable, de acuerdo con el artículo 26 de la Constitución, a hechos ocurridos con anterioridad a su expedición. (Casación Penal. 9 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 956, 2ª.

172

DECRETOS EXTRAORDINARIOS

(Inexequibilidad).

Artículo 76, ordinal 12, de la Constitución Nacional.
Artículos 18, 19 y 20 del Decreto 3348 de 1959.

Las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la Ley 19 de 1958, no comprenden la de introducir reformas en el ordenamiento del servicio público de Notariado y Registro; y aun en el supuesto de que esta conclusión ofreciera alguna duda relativa a la imprecisión de aquellas facultades, por

causa de las referencias que en la misma Ley 19 se hacen a los servicios públicos nacionales, tal duda habría que resolverla en el sentido de tener por inexequibles los preceptos acusados. Así, los artículos 18 y 19 del Decreto 3346 de 1959, violan, en cuanto modifican la retribución de los Notarios y Registradores, los artículos 76 y 188 de la Constitución Nacional. El artículo 20 del mismo Decreto, que crea en realidad una fuente de ingresos al Presupuesto Nacional y establece su destinación, sin estar ello consagrado por las leyes anteriores ni encontrarse claramente comprendido dentro de las facultades extraordinarias conferidas por la citada Ley, es asimismo inexequible por quebrantar los artículos 76, 207 y 210 de la Carta Constitucional. (Sala Plena. 17 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 13, 1ª y 2ª.

173

DECRETOS EXTRAORDINARIOS

(Interpretación de las facultades conferidas).

Artículo 76, ordinal 12, de la Constitución Nacional.

Correspondiendo de ordinario al Congreso la potestad de hacer las leyes, la investidura de facultades extraordinarias al Gobierno para que éste asuma esa potestad legislativa, entraña un régimen de excepción que no se explica y justifica ante la Carta, sino en aquellos casos especiales y transitorios en que la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen. De ahí que ese régimen deba ser tratado con criterio estricto y no de manera extensiva y elástica, porque de lo contrario se desquiciarían los fundamentos de la organización institucional de la Nación. Para evitar esa consecuencia funesta el texto constitucional exige que las facultades extraordinarias sean precisas y temporales y no vagas, generales ni permanentes. (Sala Plena. 17 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 10, 2ª y 11, 1ª.

174

DECRETOS EXTRAORDINARIOS

(Limitaciones a que deben sujetarse).

Artículo 76, ordinal 12, de la Constitución Nacional.

Las facultades extraordinarias que el Congreso puede otorgar al Gobierno conforme al ordinal 12 del artículo 76 de la Carta, revisten a éste de potestad legislativa, en tal forma que le es dado dictar leyes y modificar, suspender o derogar las existentes, con dos condiciones primordiales, a saber: a) Que al obrar así se ciña a los preceptos de la Constitución, porque el legislador no puede conceder al Gobierno facultades de constituyente; b) Que también se ajuste a las materias precisas, determinadas y específicas que señala la ley de autorizaciones. El olvido de cualquiera de estos dos requisitos constituye un quebranto de la Carta que vicia de inexequibilidad el respectivo acto del Gobierno. (Sala Plena. 17 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 10, 2ª.

175

DECRETOS EXTRAORDINARIOS

(Y decretos administrativos).

Artículos 120 y 121 de la Constitución Nacional, Acto Legislativo número 1º de 1960.

El decreto por medio del cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o una parte de ella, no tiene la calidad de simple acto administrativo, ni casa con las atribuciones ordinarias adscritas al Presidente de la República en el artículo 120 de la Constitución Nacional. (Sala Plena. 25 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 54, 1ª.

176

DECRETOS LEGISLATIVOS QUE RECIBIERON FUERZA DE LEY

Ley 2ª de 1958, Ley 105 de 1959, Ley 78 de 1960.

Demandada la inexequibilidad de la Ley 2ª de 1958, la Corte declaró su constitucionalidad por sentencia de fecha 11 de agosto de 1959 y estimó, en ese fallo, que los Decretos a que se refiere el artículo 1º de la citada Ley, dejaron de existir como tales y su contenido quedó incorporado por referencia en el texto de la ley, de modo que actualmente rigen como leyes y derivan de ella su fuerza obligatoria. (Sala Plena. 24 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 41, 1ª.

177

DEFENSOR DE OFICIO

Artículo 57 del Decreto 0014 de 1955.

El emplazamiento y designación de apoderado de oficio a que se refiere el artículo 57 del Decreto 0014 de 1955 tiene aplicación solamente cuando el sindicado no ha nombrado apoderado. Por el contrario, si a pesar de haber designado el sindicado libremente su apoderado para que lo represente en todo el proceso, el juez lo emplazare para designarle un defensor de oficio, desconocería con esto el derecho que le otorga la ley de nombrar libremente su defensor con lo cual incurriría en acto arbitrario. El nombramiento de defensor de oficio está condicionado, en todo caso, al hecho de que el sindicado no quiera o no pueda nombrar su propio defensor. (Casación Penal. 23 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 234, 2ª y 235, 1ª.

178

DELITO

(Su sanción cuando se hallan acreditadas varias circunstancias de menor peligrosidad).

Si no logra establecerse ninguna circunstancia de mayor peligrosidad en la comisión del delito, la sanción debe ser la mínima, sobre todo cuando se hallan acreditadas varias circunstancias de menor peligrosidad. (Casación Penal. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 950, 2ª.

179

DELITOS CONTRA LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

(Delito per se).

Artículo 184 del Código Penal.

No requiere el delito de que trata el artículo 184 del Código Penal que el acto del funcionario público o encargado del servicio público se ejecute o se deje de realizar, pues esta violación punible se consuma por el simple comportamiento externo del agente, sin que se exijan especiales resultados. Es un delito **per se**, que no toma en cuenta la lesión del interés jurídico tutelado (en este caso la administración pública, sino solamente la situación de peligro para ese bien amparado penalmente, vale decir, la sola posibilidad o probabilidad de daño (delito de peligro). (Sala Penal. 22 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 231, 2ª.

180

DELITOS CONTRA LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

(Elementos).

Artículo 184 del Código Penal.

El delito contra los funcionarios públicos previsto en el artículo 184 del Código Penal,

que bien puede ser cometido por un funcionario público o por persona que no lo sea, requiere: 1º Que el sujeto pasivo sea un empleado, un funcionario público o persona encargada de un servicio público. 2º Que el agente realice violencias o amenazas contra el sujeto pasivo; y 3º Que con esos medios coercitivos de la libertad del funcionario público, el sujeto activo se proponga obtener que la víctima ejecute u omita algún acto de sus funciones. (Sala Penal. 22 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 231, 2ª.

181

DEMANDA

(Causa petendi).

La causa petendi no es otra cosa que los hechos relacionados en la demanda, que deben comprobarse plenamente con el fin de provocar la actividad concreta de las normas sustanciales mediante el pronunciamiento. Y es precisamente el poder jurisdiccional del Estado quien define la trascendencia y efectos de los hechos, aunque el actor no haya acertado a darles el calificativo jurídico que en realidad les corresponda. Esta es misión del juez, que por autoridad de la ley dice el derecho; pero no de las partes, a quienes solo incumbe probar los hechos generadores o extintivos de las relaciones jurídicas. (Casación Civil. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 818, 2ª.

182

DEMANDA

(Planteamiento ilógico).

Es planteamiento ilógico el que se hace en la demanda cuando se intenta demostrar que los errores atribuidos a la sentencia tienen como causa el que "se interpretaron defectuosamente las pruebas o se dejaron de apreciar", puesto que se trata de supuestos tan diferentes que no admiten un procedimiento común de demostración. (Casación Laboral. 18 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1061, 2ª.

183

DEMANDA DE CASACION

Artículo 531 del Código Judicial.

En casación la censura ha de ser de carácter concreto, y por tanto se deben señalar cada una de las disposiciones violadas y el concepto de su transgresión, según lo crea el recurrente. Así que no puede limitarse la demanda a señalar como violada una disposición sustancial 'y siguientes del Código Civil' porque en tal caso el cargo sería de carácter indefinido. Casación Civil. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 416, 2ª.

184

DEMANDA DE CASACION

(Defecto de orden técnico).

Incurre en defecto de orden técnico la demanda de casación que predica violación directa de la ley sustantiva y fundamenta el cargo en error de hecho por falta de estimación de una prueba. (Casación Laboral. 13 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1053, 1º y 2ª.

185

DEMANDA PRINCIPAL

(Inadmisibilidad de la demanda).

Artículo 738 del Código Judicial.

La inadmisión de la demanda —que procede cuandoquiera que se está en presencia de un defecto que no es de los a que se refiere el artículo 738 del Código Judicial, en cuyo caso hay lugar a la simple suspensión del acto de admisión—, es uno de aquellos

actos que causan la cesación del procedimiento, o sea, que excluyen el pronunciamiento sobre la respectiva pretensión; en otras palabras, que la inadmisión no solamente hace la demanda ineficaz "como negocio jurídico, sino incluso como hecho", conforme a la expresión de Carnelutti, por lo cual es "como si nunca se hubiera propuesto". De ahí que la corrección o enmienda en ese caso deba ser tratada como una nueva demanda. Lo que no ocurre cuando sólo se trata de **suspender** la aceptación de la demanda, pues que este acto sólo difiere esa aceptación para cuando se realice la corrección o aclaración que indica el artículo 738, por lo cual dicha suspensión no excluye la posibilidad del pronunciamiento, ni determina, por tanto, la cesación del procedimiento. (Negocios Generales. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 732, 1ª y 733, 2ª.

186

DEMANDA PRINCIPAL

(Inadmisibilidad provisional y definitiva).

Artículos 205, 737 y 738 del Código Judicial.

La omisión de las designaciones que debe contener la demanda (artículos 205 y 737 del Código Judicial) y la oscuridad en lo que se pide autorizan al Juez para que se abstenga de darle curso, hasta tanto no se satisfagan los requisitos omitidos o se aclare el **petitum.** Pero si la deficiencia que impide tramitarla no es de la especie de las citadas, sino que se refiere a los elementos mismos de la acción, entonces el defecto constituye no ya un motivo de **suspensión** de admisibilidad, sino de **inadmisibilidad** pura y simple. En otras palabras: la aclaración o corrección que autoriza el artículo 738 del mismo Código es de simple forma, pues que la oscuridad a que él se refiere y las omisiones que permite subsanar son de ese carácter, lo que significa que la aclaración o corrección excluyen el cambio o modificación de cualquiera de los elementos de la acción, pues ello implica un nuevo planteamiento que rebasa la enmienda de errores o deficiencias de carácter meramente formal. (Negocios Generales. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 731, 2ª y 732, 1ª.

187

DEMANDA PRINCIPAL.

(Correcciones de forma y de fondo).

Artículos 208 y 738 del Código Judicial.

Son tres las oportunidades en que puede haber lugar a corrección o enmienda de la demanda: 1º Cuando el Juez la ordena de oficio (artículo 738 del Código Judicial) suspendiendo la admisión mientras no se aclare la petición oscura o se satisfaga una exigencia de orden estrictamente formal, caso en el cual la corrección no implica alteración de la demanda, y ésta se entiende presentada en su fecha y no en la de la corrección. 2º Cuando una vez presentada la demanda pero antes de su admisión, se le introducen modificaciones que alteran sus elementos constitutivos, en cuyo caso hay transformación o cambio de la demanda, por lo cual la fecha de la presentación no puede ser sino la de la corrección, pues en el fondo se trata de una nueva demanda. 3º Cuando aceptada la demanda y surtido el correspondiente traslado, se le introducen modificaciones que pueden no ser de simple forma, pero que sí han de estar de acuerdo con la naturaleza de la acción incoada, en cuyo caso puede llegarse a alteraciones en los elementos de la acción, aunque no sustanciales. (Negocios Generales. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 732, 1ª.

188

DEMANDANTE EN CASACION

(La Corte no puede suplir las omisiones ni cumplir la actividad que le corresponde a éste).

Se abstiene el recurrente de indicar concretamente cuáles de las disposiciones contenidas en las leyes y decretos que cita, fueron infringidas por el juzgador, y la Corte no puede suplir esa omisión, ni cumplir la actividad que corresponde al demandante. (Casación Laboral. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1089, 1ª.

183

DERECHO DE DEFENSA DEL PROCESADO

(Defensa técnica).

Artículo 26 de la Constitución Nacional. Artículos 104, 107 y 432 y 433 del Código de Procedimiento Penal.

No sólo la Constitución Nacional establece el derecho de defensa, sino que el Código de Procedimiento Penal regula su ejercicio, como se deduce de la lectura de los artículos 25 y 26 de la Carta y del 104, 107, 432 y 433 del Código citado. La Sala subraya en particular las siguientes disposiciones contenidas en el artículo 107 ya nombrado: "El cargo de defensor es de forzosa aceptación. En consecuencia, tanto los nombrados por el procesado, como los que designe el Juez o funcionario de instrucción estarán obligados a aceptar y desempeñar el cargo...". Porque no es suficiente, para decir que el procesado contó con la asistencia técnica que el derecho de defensa le confiere, que el apoderado o defensor haya tomado posesión del cargo, sino que es menester que esa asistencia técnica tenga cumplimiento, que la defensa se realice, en fin, que el cargo sea ejercido. La efectividad de la defensa formal es la que se propone tanto la Constitución como la ley, en las normas citadas. (Casación Penal. 27 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 658, 2ª.

190

DERECHO DE DEFENSA DEL PROCESADO

(En qué consiste).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

El descubrimiento de la verdad y la aplicación justa de la norma penal sustantiva, como objetivos primordiales del proceso penal, sólo son legítimos si se asegura una efectiva defensa de la persona incriminada. El derecho de defensa se concreta en las distintas facultades que la ley de procedimiento le confiere al sindicado y consiste, como lo anota Manzini, en una "actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado". Es el derecho de alegar y de probar la inocencia o cualquiera circunstancia atenuante de la responsabilidad. (Casación Penal. 27 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 657, 2ª.

191

DERECHO DE DEFENSA DEL PROCESADO

(Defensa material y formal).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

Al hablar del derecho de defensa del procesado, conviene distinguir entre defensa material y defensa formal. Alfredo Vélez Mariconde, en su obra "La Situación Jurídica del Imputado", dice que la primera es la que éste realiza "mediante manifestaciones que puede hacer en el proceso, declarando cuantas veces quiera en la instrucción y en el juicio, siempre que ellas sean pertinentes", o bien, guardando silencio, ya que "también puede abstenerse de declarar"; que la formal

o técnica "se ejerce mediante instancias, alegatos y observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal" y que ella "exige lógicamente conocimientos jurídicos de que el imputado, en la mayoría de los casos, carece; sin ellos, él no podría defenderse eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución". (Casación Penal. 27 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 657, 2ª y 658, 1ª.

192

DERECHO DE DOMINIO SOBRE INMUEBLES

(Su prueba en juicio).

El derecho de dominio sobre inmuebles no puede probarse en juicio, sino mediante la normal presentación del respectivo instrumento público. (Negocios Generales. 5 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1093, 2ª.

193

DERECHO DE RETENCION

Si el derecho real del verdadero dueño no puede contraponerse con éxito al derecho de retención de quien de buena fe edifica, planta o siembra en tierra ajena, si no es por efecto del pago del valor del edificio, plantación o sementera, con razón más poderosa todavía ese mismo derecho de retención se predica **erga omnes**. Con énfasis mayor aún contra el tercero usurpador, quien por grave yerro de conducta se coloca voluntariamente por fuera de la tutela jurídica. (Casación Civil. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 817.

194

DERECHO DE RETENCION

(Alcance de la titularidad de quien por ministerio de la ley está dotado del).

Si quien retiene queda privado del objeto por obra de su voluntad o por vías de derecho, es indudable que la garantía legal desaparece por sustracción de materia. Pero cuando es despojado por vías de hecho, el orden jurídico exige que sea restituido, precisamente para que pueda hacer valer su posición exceptiva absoluta contra todo el mundo, mientras el crédito que garantiza no se extinga por alguna causa legal. Lo que en su origen o por pasiva constituye una excepción tan poderosa que se enfrenta con éxito a toda persona y vale aun contra el dueño del objeto, dejaría de ser facultad legal inviolable, si por activa, la justicia denegara la acción restitutoria del acreedor ante las vías de hecho del deudor o de terceras personas. La titularidad de quien por ministerio de la ley está dotado del derecho de retención sobre un bien determinado, lo legitima obviamente para la súplica restitutoria, salvo renuncia voluntaria o extinción del crédito así garantizado. La acción restitutoria, en efecto, no se da por la tenencia como hecho, sino por la retención como derecho, que por modo inviolable relaciona directamente al sujeto activo con el objeto y, por lo mismo, se predica **erga omnes**. (Casación Civil. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 818.

195

DERECHO DE RETENCION

(Su aplicación restrictiva).

Artículo 2417 del Código Civil.

En nuestro sistema civil, a diferencia de lo que acontece en el francés, el derecho de retención no es oponible a toda especie de obli-

gaciones, sino que, por razón de lo dispuesto en el artículo 2427 del Código Civil, sólo puede ejercitarse en los casos en que la ley expresamente lo consagra; es decir, que no constituye una regla general, sino que tiene claro carácter de excepción, siendo por tanto de aplicación restrictiva. (Negocios Generales. 9 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 352, 1ª.

196

DESCANSO DOMINICAL Y FESTIVO

(Su pago se incluye en el sueldo).

Artículos 133, 134 y numeral 2º, del 174 del Código del Trabajo.

Basta que la asignación se pague por períodos que no excedan de un mes para que se las estime como **sueldo** al tenor de la definición legal (artículos 133 y 134 del Código del Trabajo). Los documentos acreditan que el empleado recibía periódicamente, dentro de cada mes, partidas a cuenta de comisiones, esto es, que el pago obedecía al sistema de remuneración denominada sueldo; y cuando él se adopta, entiende la ley (artículo 174, numeral 2º del Código del Trabajo) que la retribución comprende el pago del descanso "en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado". (Casación Laboral. 7 de marzo de 1961. Tomo XCV. número 2238). 277, 2ª.

197

DOCUMENTOS EN COPIA

Artículos 2590 a 2608 del Código Civil.
Artículos 630, 631, 633 y 648 del Código Judicial.

La copia, tomada esta expresión dentro del concepto que le corresponde en el campo jurídico, es el "traslado de cualquier escrito o documento hecho por funcionario competente y con las formalidades que la ley determina", y constituye un recurso jurídico arbitrado por el legislador para prevenir pérdidas o extravíos de documentos, con la finalidad de mantener siempre incólumes la existencia y probanza de los derechos, en los momentos que fueren necesarios. Precisamente, para esos fines, la ley atribuye a determinados funcionarios la facultad de expedir trasuntos de documentos originales, que reciben el nombre de copias, y que, sólo de esta manera, adquieren plena efectividad, como si fueran las escrituras preexistentes de donde se trasladan. De allí que, en cuanto a su eficacia jurídica, están sometidas, tanto en el derecho sustancial como en el procesal, al riguroso disciplinamiento establecido por el legislador, según los distintos planos en que pueda desarrollarse esa actividad. Así, tanto el Código Civil como el de Procedimiento contemplan supuestos diversos y precisan las formalidades para su expedición, como ocurre según se trate de documentos públicos o de privados, o que exista o no matriz o protocolo. (Código Civil, 2599 a 2608; Código Judicial, 630, 631, 632 y 648, entre otros). (Casación Laboral. 22 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 711, 1ª.

198

DOCUMENTOS PRIVADOS RECONOCIDOS

Artículos 643, 645 y 646 del Código Judicial.
Artículo 1761 del Código Civil.

De conformidad con las normas legales contenidas en el Código Judicial, el reconocimiento de un documento privado puede hacerse de varios modos: de manera explícita ante funcionario competente (artículo 646), de modo ficto (artículo 643), en forma tácita (artículo 645), o por incorporación, cuando la parte obligada lo hace copiar en un registro público o lo ha hecho protocolizar ante Notario. Una vez reconocido o mandado tener por tal, en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se

reputar haberlo suscrito, conforme el mandato del artículo 1761 del Código Civil. (Casación Laboral. 22 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 710, 2ª y 711, 1ª.

199

DOCUMENTOS PRIVADOS

(Reconocimiento tácito).

Artículo 645 del Código Judicial.

Desde luego que el instrumento privado no hace fe en sí mismo y puede ser objeto de impugnación por la parte contra quien se invoca en juicio. Pero ello requiere una actividad procesal de quien lo impugna u objeta, realizada en su oportunidad legal, para que la parte que lo presentó pruebe su legitimidad. De lo contrario, el silencio de la parte obligada o de su representante respecto del documento que ha obrado en autos con su conocimiento, produce el efecto jurídico de tenerse por reconocido, de acuerdo con el artículo 645 del Código Judicial. (Casación Laboral. 22 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 710, 2ª.

200

DOCUMENTOS PUBLICOS

Artículo 632 del Código Judicial.

No todo acto de la administración pública es documento público con valor de plena prueba. Reviste tal carácter el que expide la administración dentro de los límites de sus facultades legales, sea que tenga por objeto la creación de una situación jurídica impersonal o una específica, individual y concreta, pero no el acto que ejecute con fundamento en un contrato. En la órbita contractual la administración se encuentra en un plano de igualdad con el otro contratante y, por tanto, si aquélla ejecuta un hecho capaz de modificar o extinguir la relación jurídica bilateral, está en el deber de acreditarlo, según los principios que dominan la carga de la prueba en el derecho de obligaciones. (Casación Laboral. 21 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 306, 2ª.

201

DOLO GENERICO Y DOLO ESPECIFICO

Artículo 12 del Código Penal.

Es sabido que el dolo equivale al aspecto subjetivo de la infracción, y que se califica como la plena conciencia que tiene el sujeto activo de que con su acción viola la ley penal, si se trata de dolo genérico; y como esa conciencia, cuando se encamina a la comisión específica de un delito determinado, si se hace referencia al dolo específico. (Casación Penal. 14 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 171, 2ª.

202

DOLO PENAL

(No se presume).

Artículo 12 del Código Penal.

No es posible hoy, a la luz de las modernas tendencias del derecho penal, sostener la existencia de delitos cuyo dolo esté implícito o vaya envuelto en la acción misma del delito, como ocurría en la época de los prácticos, cuando campeaba la famosa **presunción de dolo**, que se expresaba diciendo que en algunas infracciones, la acción criminosa **in se dolum habet**. El dolo, pues, debe demostrarse. (Casación Penal, 14 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 171, 2ª y 172, 1ª.

203

DONACION

(Artículo 1458 del Código Civil).

El artículo 1458 del Código Civil exige la insinuación pero sólo respecto de los actos que reúnen los elementos esenciales de la donación. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 925.

234

DONACION

(No la constituye la cesión gratuita de terreno para que se abra una vía pública).

En la cesión gratuita de terreno al Municipio para que se abriera la vía pública, no hubo donación. Porque si bien es cierto que se dio la disminución del patrimonio del cedente, faltó el enriquecimiento de la entidad cesionaria, como elemento esencial de la donación, falta que no es sino la consecuencia de la destinación perpetua al uso de los habitantes, impuesta por el cedente, de un lado, y aceptada y realizada por la entidad cesionaria, del otro. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 923.

E

205

EJIDOS

El solo reconocimiento por los ocupantes de ejidos, del dominio del respectivo municipio en éstos, es prueba contra tales ocupantes, de la verdad de esta circunstancia, como se deduce del contenido del artículo 22 de la Ley 41 de 1948. (Casación Civil. 26 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 900.

206

EJIDOS

(Concepto de).

Entre nosotros el concepto de ejido —palabra que se deriva de la latina exitus, que significa salida— es el mismo que nos legara la tradición jurídica española. Conforme a ésta, los ejidos son campos o tierras que están a la salida del lugar y no se plantan ni se labran, pues están destinados al uso común de sus moradores: nadie puede apropiárselos, ni ganarlos por prescripción, ni edificar en ellos, ni mandarlos en legado. (Casación Civil. 26 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 900.

207

EJIDOS

(Enajenación de).

No obstante el carácter inalienable de los terrenos ejidos, ello no obsta para que el legislador, como regulador de la administración municipal, pueda, cuando lo juzgue conveniente, ampliar las facultades de los Concejos respecto de la administración de los terrenos comunales, permitiéndoles enajenar aquéllos que no sean necesarios para algún uso público. (Casación Civil. 26 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 901.

208

EJIDOS

(Imprescriptibilidad de los).

En tanto que las ciudades o municipios conserven sin enajenar sus terrenos ejidos, éstos, como bienes de uso público que son, gozan del fuero de la imprescriptibilidad. (Casación Civil. 26 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 901.

209

ERROR ARITMETICO

(Su corrección es facultad del Juez que profiere la sentencia).

No le es permitido al Tribunal, so pretexto de corregir un error aritmético, variar la condena de primer grado por cesantía, de manera oficiosa, aumentando su importe, pues esta facultad es del Juez que pronuncia la sentencia, no del superior que la revisa (artículo 483 del Código Judicial). (Casación Laboral. 4 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1027, 1ª.

210

ERROR CULPABLE

(No excusa el cumplimiento de la ley).

Es tratamiento de excepción, exigente y estricto, el que permite convalidar aquello que en abstracto sería nulo por inobservancia de la ley. Por esto, si el proceso no demuestra yerro excusable por escapar a las precauciones razonables de un hombre esmeradamente diligente en la administración de sus negocios importantes; que en esa virtud el error estuvo compartido por varias personas y habría sido susceptible de generalizarse indefinidamente, no existirá base firme que permita crear derechos subjetivos ante la norma incumplida. Dentro de la **teoría de la apariencia** se trata, en efecto, de salvar la buena fe y la equidad sin desconocer el correcto sentido de las normas a fin de evitar que el **summum ius** se convierta en **summa iniuria**. (Casación Civil. 9 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 840.

211

ERROR DE DERECHO

Si el sentenciador no le da a una prueba el valor que la ley le asigna, el error en que incurre no es de hecho sino de derecho, según la noción que de esta clase de vicio tiene la doctrina y la jurisprudencia. (Casación Laboral. 27 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1075, 2ª.

212

ERROR DE DERECHO

El concepto de error de derecho no comprende todo aquel en que haya podido incurrir el tribunal sentenciador en la estimación de los elementos probatorios que determinaron su convicción, sino que es necesario que el error implique la violación de un precepto legal sobre prueba. (Casación Laboral. 18 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1063, 1ª.

213

ERROR DE DERECHO EN LA ESTIMACION DE PRUEBAS

Artículos 520, numeral 1º, y 531 del Código Judicial.

La prosperidad de la acusación a una sentencia por error de derecho en la apreciación de una o más pruebas exige que el demandante en casación cite no solamente las disposiciones sustanciales que considere violadas, sino también las que fijan el valor probatorio de los medios indebidamente estimados. El artículo 531 del Código Judicial le impone al recurrente indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la impugnación y citar "los textos legales que el recurrente estime infringidos". Esto obedece a que la Corte en el recurso extraordinario de casación no tiene facultad para entrar en nueva valoración de una prueba sino cuando se le demuestre el error de derecho proveniente de que el sentenciador le dio al medio probatorio el mérito que no le reconoce la ley, o de atribuírle el que le fija la norma violada, lo que es imposible sin el señalamiento de ésta. (Casación Civil. 15 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 88, 2ª.

214

ERROR DE HECHO

(Como motivo de casación).

Artículos 520, numeral 1º y 568 del Código Judicial.

No es posible sustentar en casación error de hecho en la apreciación de la prueba cuando el fallador parte de la base de su presencia en el proceso y para no estimarla aplica en interpretación extensiva una disposición legal. Bien es cierto que la Sala de Casación Civil ha sostenido que el artículo 568 del Código Judicial —60 de la Ley 63 de 1936— solamente es aplicable a los juicios de sucesión; pero la equivocada aplicación de tal norma hecha por el Tribunal, no puede dar funda-

mento al ataque de la sentencia por error de hecho. (Casación Civil. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 415, 1ª y 2ª.

215

ERROR DE HECHO EN CASACION

(Técnica).

Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial.

La Corte no puede acometer el examen general de las pruebas para investigar si la sentencia acusada incurrió o no en un error cualquiera, sino que debe contraer su labor a estudiar si se cometió el yerro que de manera concreta y precisa debe señalar el impugnante en su demanda de casación. (Casación Civil. 6 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238): 81, 2ª.

216

ERROR DE HECHO EN CASACION

(Dos modalidades).

Artículo 87, ordinal 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

La infracción de la ley por error de hecho ofrece dos modalidades: la que proviene de la apreciación errónea de determinada prueba o la que tiene por causa su falta de apreciación (artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral). Resulta, pues, notoriamente defectuosa la formulación de cargos cuando, en relación con unas mismas y determinadas pruebas, se pretende que el error de hecho que se atribuye al sentenciador proviene a la vez de haberlas estimado erróneamente y de haber dejado de apreciarlas. Se advierte, sin mayores esfuerzos de dialéctica, que la actividad probatoria del sentenciador es distinta según que estime o deje de estimar determinada prueba. En el primer caso el error de juicio es por comisión, en el segundo por omisión. De ahí el deslinde que de ellos hace la ley del recurso extraordinario, que no es simplemente conceptual sino real y objetivo. (Casación Laboral. 16 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 301, 2ª y 302, 1ª.

217

ERROR DE HECHO

(Al estimar los indicios).

Artículos 210 y 567, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal.

Especialmente en cuanto a la estimación y crítica de la prueba indiciaria, aparte de la libertad de criterio y exégesis de que goza el juzgador, el recurrente en casación ha de tener en cuenta, como lo ha expresado la Sala, que "el estudio crítico de los indicios que consista en atacar cada indicio para demostrar que por sí solo no es prueba cabal del hecho que se pretende averiguar, quebranta la naturaleza de esta clase de pruebas, pues que de suyo no puede cada uno serlo. Romper la relación con uno u otros, es ir contra la rectitud del raciocinio que requiere el enlace para producir las conclusiones del conjunto". (Casación Penal. 1º de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 119, 1ª y 2ª.

218

ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO

(En la estimación de pruebas).

Artículo 520, numeral 1º, inciso 2º, del Código Judicial.

Cuando la sentencia acusada le niega valor al fallo que se adujo como prueba, lo hace por considerar que, dados sus términos, está lejos de demostrar lo que pretende la demandante. Tal interpretación es para la Corte de ineludible imperio, a menos que se hubiese incurrido en ella en manifiesto error de hecho, no de derecho como lo propone el recurso, dado que no es que el Tribunal niegue a las sentencias el valor propio que les señala

el artículo 473 del Código Judicial, sino que, por los motivos y la resolución de la de que se trata, no la estimó al interpretarla, como prueba del dominio exclusivo de la demandante sobre la pared divisoria. (Casación Civil. 24 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 112, 2º.

219

ESTADO DE SITIO

(El artículo 121 de la Carta con la reforma del Acto Legislativo número 1 de 1960. Juicio Jurídico).

El artículo 121 de la Constitución, con la reforma del Acto Legislativo número 1º de 1960, está integrado por dos actos distintos: el uno, la declaración del estado de sitio, a juicio del Ejecutivo; y el otro, la convocación del Congreso, en forma imperativa, como una necesaria consecuencia del primero. Por tanto, si la declaración del estado de sitio como acto de gobierno expedido en debida forma, no está sujeto al control jurisdiccional, no ocurre lo propio con la convocación del Congreso, pues sí limita o restringe la actividad de las Cámaras a los negocios que el Gobierno someta a su consideración, y al hacerlo así invoca el último inciso del artículo 68 de la Constitución Nacional, hay ya un juicio jurídico en cuanto el Ejecutivo considera compatible el mencionado inciso del artículo 68 con el artículo 1º del Acto Legislativo número 1º de 1960. Y este juicio jurídico está sujeto al control jurisdiccional de la Corte para decidir si viola o no las normas de la Carta. (Sala Plena. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 810, 1ª.

220

EXENCION DE RESPONSABILIDAD Y PERDON JUDICIAL

Artículo 382 del Código Penal

No es que al asesino se le exima de responsabilidad en el caso del artículo 382 del Código Penal, sino que esta disposición autoriza a declarar irresponsable una conducta humana por obrar el agente en las circunstancias que consagra la eximente, cuando ellas existen. Ni es al asesino a quien se otorga el perdón judicial, es al delincuente sin ninguna peligrosidad. En ambos casos, sin recurrir a la figura jurídica del delito ni a las circunstancias de agravación del mismo. Consideraciones de otra índole hacen que el legislador otorgue exenciones o privilegios, que no desnaturalizan el tipo del delito, sino que lo marginan por razones que nada tienen que ver con su denominación legal. (Casación Penal. 18 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 210, 1ª y 2ª.

221

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Artículo 215 de la Constitución Nacional.

Desde el momento mismo en que el ordenamiento legal ostensiblemente contraviene el precepto constitucional y marca una franca incompatibilidad, la propia Carta impone al Juez, cualquiera sea su categoría, adoptar para el caso concreto que decide y donde el conflicto surge, la excepción de inconstitucionalidad a que alude el artículo 215. (Casación Penal. 15 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 181, 1ª.

222

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

(Aplicada por los jueces).

Artículo 215 de la Constitución Nacional.

La doctrina de los constitucionalistas, tanto nacionales como extranjeros, concuerda con la facultad de atribuir a los jueces, en cada caso determinado, la excepción de inconstitucionalidad de un precepto legal, cuan-

doquiera que exista incompatibilidad entre las normas de la Carta y de la ley, en cuyo evento se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales (artículo 215 de la Constitución). Conforme a las doctrinas de tales tratadistas, no cabe la menor duda de que una ley inconstitucional no es obligatoria, por lo menos para la Rama Jurisdiccional, cuando en un caso particular tenga que aplicarla y así se solicite por parte legítimamente interesada en el juicio. (Casación Penal. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 629, 2ª.

223

EXCEPCIONES

(Falta de personería sustantiva).

Artículos 328 y ss. del Código Judicial.

La personería sustantiva o legitimación ad causam concierne, no al proceso como instrumento técnico para la protección o efectividad del derecho subjetivo, sino a la acción como presencia o expresión per se del mismo derecho ante el Poder Jurisdiccional. Así, la carencia de acción o falta de personería sustantiva en el actor, no es estrictamente una excepción, porque esta presupone la existencia de la acción que tiende a destruir o enervar. (Casación Civil. 28 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 495, 2ª y 496, 1ª.

224

EXCESO EN EL CASTIGO

(Ocasionando muerte o lesiones).

Artículos 25 y 27 del Código Penal.

Comoquiera que "por disposición de la ley", los padres, o quienes hagan sus veces, pueden "moderadamente" castigar y corregir a sus hijos (artículos 262 y 263 del Código Civil), las violencias que no produzcan lesiones de alguna gravedad o la muerte, no les acarrean ninguna responsabilidad, ya que el hecho se justifica, conforme al artículo 25 del Código Penal, cuando se comete por "disposición de la ley". Pero como en estos medios de corrección, es decir, en el ejercicio de ese derecho, pueden ocurrir excesos que produzcan lesiones graves y aun la muerte, la ley sanciona los responsables en la forma atenuada prevista en el artículo 27 del mismo Código. (Casación Penal. 25 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 264, 1ª y 2ª.

225

EXCESO EN EL CASTIGO

(Ocasionando muerte o lesiones).

Artículo 27 del Código Penal.

El deber, y por tanto el derecho, de corregir y castigar a los hijos, por parte del padre y, a falta de éste, por la madre o por cualquier persona a quien corresponda el cuidado personal del hijo, está expresamente consagrado por nuestra ley (artículos 262 y 263 del Código Civil); sólo que ésta exige que ello se haga "moderadamente", lo que significa, con templanza y de manera razonable. Cuando esta facultad no se ejerza en dicha forma y se exceda en el ejercicio de ella a falta de norma especial que disminuya la pena, que sí existía en el Código Penal derogado, se juzgará conforme al resultado que se cause, muerte o lesiones, pero teniendo en cuenta que este resultado se debió al exceso en el ejercicio de una facultad otorgada por la ley, situación prevista y sancionada por el artículo 27 del Código Penal. (Casación Penal. 25 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 260, 2ª y 261, 1ª.

226

EXPERTO Y ARBITRO

(Su deslinde entre una y otra actividad).

Es claro el deslinde entre la actividad del experto y la del árbitro: aquél actúa como

auxiliar de la justicia, éste la reemplaza y obra como Juez. (Casación Laboral. 27 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1072, 1ª.

F

227

FALSEDAD EN DOCUMENTOS

(Imitación de firma).

Artículo 231, numeral 1º, del Código Penal.

El ordinal 1º del artículo 231 del Código Penal se refiere a dos formas distintas de consumación del delito de falsedad en documentos. La una dice relación a contrahacer "letra, firma o rúbrica" y la otra a fingir "letra, firma o rúbrica". La primera de ellas envuelve, sin duda, la idea de imitación, puesto que contrahacer significa "hacer una cosa tan parecida a otra, que con dificultad se distingan". No sucede lo mismo con respecto a la segunda, ya que fingir tiene como acepción "dar existencia ideal a lo que realmente no la tiene", efecto que se logra a través de la simple apariencia, de la simulación o del engaño, sin necesidad de echar mano de la imitación. Es posible, pues, que se dé el delito de falsedad aunque falte la imitación. (Casación Penal. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 621, 1ª.

228

FALSEDAD EN DOCUMENTOS PUBLICOS

(Mutación de la verdad).

Artículos 231 a 240 del Código Penal.

Consiste la acusación en que el Juez, al firmar la diligencia de absolución de unas posiciones, aseveró que se había surtido en forma legal, lo que no ocurrió, pues el funcionario no intervino en tal acto con su presencia como lo demanda la ley, de modo que hubo una alteración ideológica de la verdad. Pero no sobra apuntar, en cuanto a este primer elemento del delito de falsedad en documentos públicos, la alteración de la verdad, que para que sea jurídicamente importante, debe versar sobre uno o varios elementos esenciales de aquéllo sobre que recae como sería, en el caso presente, las preguntas o las respuestas que componen las posiciones. Lo que existió fue una omisión formal, es decir, atinente al rito que exige la ley para la absolución de posiciones, y no a la parte esencial, sustancial o de fondo. De suerte que no existiendo mutación de la verdad material, faltó una de las exigencias de ese elemento formativo del delito. (Casación Penal. 14 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 171, 1ª.

229

FALSEDAD Y ESTAFA

(Concurso de delitos).

Artículos 233 y 408 del Código Penal.

El delito de falsedad en instrumentos negociables, conforme a lo dispuesto en el artículo 233 del Código Penal, se equipara al de falsedad en documentos públicos, lo que quiere decir que participa del carácter formal que corresponde a estos últimos y entonces, como es lógico, no necesita para su configuración, que su autor logre el provecho que pudo determinar su conducta de falsario. De ahí que si el instrumento, luégo de ser falsificado, se emplea como medio engañoso, así sea por el mismo que le ha dado esa vida, para obtener en perjuicio de otro un provecho económico, se hace indispensable proclamar el concurso de dos delitos, uno de falsedad y otro de estafa, sin que con ello se viole el principio **non bis in idem**, puesto que, de un lado, la acción que integra la falsedad, tanto en el orden psíquico como en el orden físico, es distinta de aquella otra que viene a culminar, con la denominación de estafa, en el atentado contra

el derecho de propiedad y, del otro, los bienes jurídicos que se lesionan también son distintos, ya que en el primero es la fe pública y en el segundo el patrimonio. (Casación Penal. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 641, 2ª.

230

FILIACION NATURAL

(Habiendo constituido apoderado judicial en tiempo, el deceso del padre no altera su legitimación en la causa).

Véase el aparte **Legitimación en la causa (Exigencias de la)** en el número 278 de este Indice. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961).

231

FILIACION NATURAL

(Legitimación en causa).

Véase el aparte **Legitimación en Causa. (Exigencias de la)**, en el número 278 de este Indice. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961).

232

FONDO ROTATORIO JUDICIAL

(Aportes).

Artículos 7º y 8º del Decreto 0048 de 1957.

Habiendo resuelto la Corte en anterior oportunidad que el Ejecutivo no recibió autorización expresa, de la Ley 19 de 1958, para disponer sobre los rendimientos de las Notarías y Oficinas de Registro; como tampoco la obtuvo para derogar el aporte y distribución establecidos en el Decreto número 0048 de 1957, en favor del Fondo Rotario Judicial, y proveniente aquél de las Oficinas de Registro, lógico es concluir que el artículo 23 del Decreto 3346 de 1959 que se respalda en aquella Ley para suprimir dicho aporte, contraría el numeral 12 del artículo 76 de la Carta y, consecuencialmente, debe ser declarada inexequible. Igual suerte debe seguir el artículo C, del mismo Decreto, en vista de su estrecha vinculación con el 23 que se acaba de examinar, ya que modifica la destinación original del referido aporte. Por lo mismo, siguen vigentes los artículos 7º y 8º del Decreto número 0048 de 1957. (Sala Plena. 24 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 36, 1ª.



233

HOMICIDIO

(Ya no es calificado y atenuado).

Artículo 382 del Código Penal.

Cuando las circunstancias del homicidio corresponden a alguno de los casos previstos en el artículo 382 del Código Penal es preciso, para atemperar la pena en la proporción en él señalada, atenerse a las modalidades propias del hecho cometido. Si este es un homicidio simple, a sus límites encuadra la pena; pero si tiene circunstancias que la ley considera susceptibles para señalar una modalidad más alta —el vínculo entre ellas no es factible desasirse de este concepto buscando pretextos en la denominación legal del delito, porque no es la consideración de la manera como se denomina, sino otras razones de índole distinta, las que operan para que la sanción se ajuste a lo que el legislador fijó como pauta: las "respectivas sanciones". Estas no son otras que las que surgen del delito con sus modalidades propias, modificadoras no de la responsabilidad (nótese bien para no extraviar el criterio), sino de la pena, que es un concepto distinto. (Sala de Casación Penal. 16 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 212, 1ª y 2ª.

234

HOMICIDIO

(A la vez calificado y atenuado).

Artículos 363, ordinal 1º, 28 y 382 del Código Penal.

La pena se aumenta en el homicidio conforme al ordinal 1º del artículo 363 del Código Penal, por circunstancias externas que se relacionan con el parentesco o con el vínculo matrimonial, y se disminuye con los artículos 28 y 382 en consideración a los factores psicológicos que intervienen en el acto, ira o intenso dolor causados por grave e injusta provocación. Pero esto no quiere decir que ambos aspectos se interfieran hasta anularse recíprocamente pues aquellas disposiciones no se excluyen sino que se complementan de manera recíproca, cuandoquiera que en un caso dado haya margen para darles cumplida aplicabilidad. (Casación Penal. 18 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 211, 1ª y 2ª.

235

HOMICIDIO CALIFICADO

(Determinación de la pena).

Artículo 363 del Código Penal.

El artículo 363 del Código Penal contempla un delito tipo cuya denominación exacta es la de homicidio con características de asesinato. Son éstas las que agravan la responsabilidad y sirven como elementos mensuradores de la penalidad, la cual para su determinación precisa forma la pena básica. Si, pues, en un homicidio dado concurre la primera de tales circunstancias, es desde este punto desde el cual debe partir el juez para imponer la sanción dentro de las circunstancias calificadoras que el caso señale, porque no le es dable otro procedimiento de conformidad con la ley. (Casación Penal. 18 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 210, 2ª.

236

HOMICIDIO

(Ocasionado por el exceso y la crueldad del castigo).

Artículos 363 y 27 del Código Penal.

No es acertado suponer, como lo hacen los falladores de instancia, que si el jurado manifestó expresamente que la acusada obró sin la intención de matar, de hecho desaparecen las circunstancias agravantes por las cuales se llamó a juicio, pues en el exceso del derecho de castigar se puede llegar al extremo de torturar al menor y abusar de las evidentes condiciones de inferioridad personal de la víctima, circunstancias que no fueron excluidas por el veredicto, a pesar de que la defensa lo solicitó expresamente en la audiencia pública. De acuerdo con esto, la graduación de la pena que establece el artículo 27 del Código Penal debe referirse a la infracción señalada en el artículo 363 del mismo Código. (Casación Penal. 25 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 262, 1ª y 2ª.

237

HOMICIDIO

(Ocasionado por el exceso del castigo).

Artículo 27 del Código Penal.

El exceso del ejercicio del derecho de castigar supone inicialmente una acción lícita, pues si no existiera un límite lícito establecido por la ley, no podría hablarse de exceso. De aquí que la acusada, al ejercitar el derecho de castigar al menor, seguramente entendía que hacía uso de una facultad, a su manera, lo cual descarta el propósito o la intención de lesionar o matar. Si ello es así, y si la acusada obró únicamente con la intención de imponer castigos al menor que estaba bajo

su inmediato cuidado personal, la frase empleada por el jurado "sin intención de matar", encuadra perfectamente dentro de los requisitos del artículo 27 del Código Penal. (Casación Penal. 25 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 261, 2ª.

I

238

IMPEDIMENTOS

Artículos 72, 73 (numeral 5º), y 74 del Código de Procedimiento Penal.

Por medio de un escrito, el apoderado de uno de los sindicados le solicitó al Magistrado del Tribunal que se declarara impedido por causa de enemistad. Este manifestó nunca haber abrigado enemistad para con el peticionario, pero que no obstante, y por razones de delicadeza en el cumplimiento de su deber, consideraba que valía la pena declararse impedido, como lo hizo en efecto. Los Magistrados del mismo Tribunal a quienes correspondió calificar el impedimento manifestado, lo declararon infundado y la Sala de la Corte encuentra acertadas las razones que alegan. Pues si el Magistrado de modo categórico expresa que nunca ha abrigado ni abriga enemistad para con dicho abogado y, por otra parte, éste ninguna prueba presentó de dicha enemistad, es necesario estarse a lo manifestado por el Magistrado, ya que en este caso es éste quien mejor puede apreciar los estados afectivos que experimenta. (Casación Penal. 7 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 524, 1ª y 2ª.

239

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Artículos 72, 73 (numeral 5º) y 76 del Código de Procedimiento Penal

El procedimiento **sui generis** empleado en este caso por el abogado con respecto al Magistrado del Tribunal, consistente en instarlo a que se declarara impedido para seguir conociendo del negocio penal, es procedimiento que no prevé ni autoriza nuestra ley procesal. Si el abogado considera que existe realmente enemistad grave por parte del Magistrado hacia su persona, lo legalmente indicado es que proceda a recusarlo y no acudir al expediente de pedirle que se declare impedido. (Casación Penal. 7 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 524, 2ª.

240

INCAPACES

(Su representación en juicio).

Artículo 240 del Código Judicial. Artículo 62 del Código Civil. Artículo 13 de la Ley 45 de 1936.

Matrimonio y nacimiento son hechos constitutivos de estado civil, los cuales se demuestran con copias de las actas sentadas en el registro, civil o eclesiástico, según el caso, de modo preferente y, en su defecto, con las supletorias que admite la ley. En el caso de autos, las partes no discutieron en el juicio la representación legal que de sus menores hijos se atribuye la demandante, pero su asentimiento al respecto es ineficaz, pues el estado civil de las personas no puede probarse en forma distinta de la anotada. Se trata de solemnidad **ad sustantiam actus** que, por lo mismo, no puede ser reemplazada por otras pruebas, sin excluir la de la confesión. (Casación Laboral. 21 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 314, 1ª y 2ª.

241

INDEBIDA APLICACION DE LA LEY

(Cuándo se produce).

La indebida aplicación de un texto legal no se produce porque el Tribunal deje de apreciar una prueba, sino en el caso de que su inactividad lo conduzca a un error de hecho

manifiesto o a un error de derecho. (Casación Laboral. 6 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1031, 2ª.

242

INDEMNIZACION MORATORIA

Artículo 65 del Código del Trabajo.

El artículo 65 del Código de Trabajo no condiciona la sanción moratoria allí establecida, cuando el contrato termina por retiro voluntario del trabajador, al reclamo por éste al patrono de las deudas a su cargo. El precepto es claro al estatuir (inciso 1º) que si a la terminación del contrato el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención a que alude, debe cubrir al asalariado, como indemnización, la suma de dinero de que habla el ordenamiento; y que si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda (inciso 2º) o si el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple con sus obligaciones consignando la suma que confiese deber ante la autoridad que señala la disposición, mientras la justicia del trabajo decide la controversia. Por tanto, condicionar la aplicación del precepto a la formulación de reclamos, verbales o escritos y a que tal reclamación la acredite el empleado, es interpretación que no se ajusta al recto entendimiento de la norma. (Casación Laboral. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 685, 1ª y 2ª.

243

INDEMNIZACION MORATORIA

(En contratos de trabajo con la Administración Pública).

Artículo 1º, parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949.

La norma contenida en el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, ha sido objeto de interpretaciones diversas en la casación laboral. Ha prevalecido últimamente la de que la subsistencia del contrato de trabajo, de que habla su último inciso, no tiene otra consecuencia que la de mantener a cargo de la entidad oficial la obligación sobre pago de los salarios que se causen desde la expiración del término de gracia hasta que aquélla satisfaga las deudas insolutas, siempre que emanen de cualquiera de las tres causas que la disposición señala. Así que el referido ordenamiento legal "no envuelve la obligación de pagar salarios durante el término de gracia (el de 90 días), pero sí desde que éste concluye hasta que se efectúe el pago de las obligaciones pendientes o la consignación, si es el caso. Esta es la doctrina acogida por esta Sala de la Corte en sentencia de 11 de junio de 1959 (G. J. XC, 886), reiterada, sin alteración, en decisiones posteriores. (Casación Laboral. 24 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 721, 2ª y 722, 1ª.

244

INDEMNIZACION MORATORIA

(Fecha inicial).

Artículo 65 del Código del Trabajo.

El artículo 65 del Código del Trabajo fija con precisión la fecha inicial de la mora: la de la terminación del contrato. No la subordina el precepto al acaecimiento de la presentación de la respectiva demanda del trabajador, supuesto este que, aparte de no estar previsto en la norma, es variable en cada caso, y trae como consecuencia, en la práctica, la desigualdad en su aplicación, contra el principio democrático de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, en la cual se inspira la Carta Política en su tratado sobre derechos civiles y garantías sociales, reiterado, por lo que hace a los trabajadores, en el artículo 14 del Código del ramo. (Casación Laboral. 17 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 700, 2ª.

245

INDEMNIZACION MORATORIA

Artículo 65 del Código del Trabajo.

De la buena fe se ha valido la jurisprudencia para eximir al patrono de la sanción prevista en el artículo 65 del Código del Trabajo, sobre indemnización moratoria. Se ha dicho por ella que cuando el patrono niega la existencia del contrato de trabajo con razones valederas y por ese motivo no paga ni consigna lo que en el juicio le reclama el trabajador por salarios o prestaciones sociales, y así lo demuestra en el proceso, puede el juzgador eximirlo de la sanción establecida en el ordenamiento legal. (Sala de Casación Laboral. 15 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 299, 1ª y 2ª.

246

INDEMNIZACION MORATORIA

(Fecha inicial).

Artículo 65 del Código del Trabajo.

Es equivocada la interpretación que se hace del artículo 65 del estatuto del trabajo, cuando se pretende que la sanción que allí se establece debe empezar a contarse solamente a partir de la fecha en que el trabajador presente su demanda. Lo que la citada norma previene, de modo claro y expreso, es que tal sanción rige desde la terminación del contrato, si para entonces el patrono no le paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo en los casos de retención de que habla el precepto; o si no consigna en favor del empleado la suma que confiese deberle, en los eventos de que no haya acuerdo sobre el monto de la deuda o de que el trabajador se niegue a recibir. (Casación Laboral. 15 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 693, 1ª y 2ª.

247

INDEMNIZACION MORATORIA

(Desde cuándo empieza a contarse).

La indemnización moratoria, establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, comienza a contarse a partir de la terminación del contrato de trabajo y no desde la fecha de la notificación de la demanda. (Casación Laboral. 29 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1080, 1ª y 2ª.

248

INDEMNIZACION POR RUPTURA UNILATERAL DEL CONTRATO

(Ineficacia de la acusación).

Resulta ineficaz la acusación a que se refiere el primer cargo, porque el recurrente no cita, entre las normas que considera violadas, aquella que establece la indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, derecho éste que, conforme a la imputación contenida en tal cargo, desconoce la sentencia. (Casación Laboral. 27 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1067, 2ª.

249

INDICIOS NO NECESARIOS

(Mérito probatorio).

Artículo 217 del Código de Procedimiento Penal.

Es reiterada la doctrina como la jurisprudencia, y concretamente la de la Corte, en el sentido de considerar como plena prueba un indicio no necesario cuando se une a otros, que en su conjunto son precisos, graves y conexos, y tienden todos al señalamiento de cierta persona como autor del delito. En el caso presente, el indicio que resulta de las huellas dactilares, es cuando menos un indicio no necesario, que en unión con todos los

demás que encontró el juzgador, forman un todo único, una pluralidad que al presentar las condiciones que se han enunciado, adquiere el rango lógico y jurídico de plena prueba. (Casación Penal. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 635, 1ª.

250

INDIGNIDAD

(Para heredar).

La indignidad para recibir asignación hereditaria proviene de las causas taxativamente señaladas en la ley y puede tener lugar tanto en la sucesión testada como en la intestada y comprende lo mismo las herencias que los legados. Pero la indignidad, cuyo estatuto obedece al interés privado de los particulares, no existe, para los efectos de la ley, mientras no sea declarada por sentencia que cause ejecutoria, según lo estatuye el artículo 1031 del Código Civil. Una vez pronunciada, se extingue en el asignatario la aptitud legal para recibir toda herencia o legado, como si no la hubiese tenido jamás, y la restitución debe comprender todos los bienes, con las accesiones y frutos producidos durante el tiempo que los haya gozado. (Casación Civil. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 887.

251

INDIGNIDAD PARA SUCEDER

(No hay atentado contra el patrimonio del causante, si se trata de hechos posteriores a su muerte).

La conducta del demandado posterior a la muerte de sus progenitores, que la aludida sentencia de la Corte halló censurable y merecedora del fallo antes mencionado, no podría tomarse en cuenta para efectos de la indignidad. Porque con el fallecimiento desaparece el sujeto de un patrimonio que pasa por ello mismo a pertenecer inmediatamente a los sucesores, por el modo de adquirir que actúa al morir la persona y merced al efecto retroactivo de la partición, que une el patrimonio del **de cújus** con el del heredero, sin solución de continuidad. En consecuencia, no hay atentado contra el patrimonio del causante, si se trata de hechos posteriores a su muerte, sino contra el haber de los sucesores, ya personalmente considerados. El artículo 1025, ordinal 2º, habla del cónyuge o de cualquiera de los ascendientes o **descendientes** legítimos del **de cujus**, pero no de los herederos que son ciertamente los mismos, pero ya investidos de la condición de sucesores o causahabientes por la muerte de su autor y la delación de la herencia. De hechos de esa clase se defienden los herederos mediante otros instrumentos, v. gr., los previstos en los artículos 1238 y 1824 del Código Civil, pero no con la acción de indignidad.

Según la súplica primera de la demanda con que se dio comienzo al presente litigio, la causa de indignidad invocada se funda en "haber atentado el demandado gravemente **contra los bienes** de sus padres". Si el atentado se mira en relación con los bienes de éstos, de él fue absuelto en las respectivas memorias testamentarias; y si a los bienes de la universalidad herencial, naturalmente ya fallecidos aquéllos, se trataría de bienes de los herederos y no de los padres. Salvo las excepciones aludidas, a la muerte del causante se cortan cuentas por conceptos de indignidad, de forma que no se juzga sino de aquellos actos ejecutados antes de la apertura de la sucesión, fenómeno que determina los derechos de quienes son llamados a recibir asignación del sujeto fallecido. (Casación Civil. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 891.

252

INDIGNIDAD PARA SUCEDER

(El perdón contenido en el acto testamentario posterior al hecho causante de la).

Acerca de la norma del artículo 1030 del Código Civil, es evidente que el perdón, expreso o tácito, contenido en el acto testamentario posterior al hecho causante de la indignidad, redime a su autor de la falta y la pena. Por ello, la institución testamentaria de heredero o legatario, cancela el pretérito y reduce el ámbito de la indignidad en la sucesión testada, a hechos que se sucedan con posterioridad al testamento, pero no a la muerte del causante, salvo algunos pocos hechos que no pueden acontecer sino después, como es la falta de aceptación del albaceazgo o del cargo de partidor o curador. (Casación Civil. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 891.

253

INDIGNIDAD PARA SUCEDER

(Exigencias de la prueba del atentado grave como causal de).

El ordinal 2º del artículo 1025 del Código Civil prescribe que el atentado se pruebe por medio de "sentencia ejecutoriada", pero no exige un fallo que previamente demuestre el atentado, y otro que luego lo califique y pronuncie la indignidad. Es natural que si el hecho generador de ésta no puede establecerse sino mediante decisión de los jueces penales, no puede acumularse ante ellos la acción de indignidad, que es estrictamente civil. Mas, si el hecho causante se puede acreditar por medio del fallo de los jueces civiles, como en el caso de atentado prevalido de la simulación, que a ellos concierne declarar, no se ve la razón que impida ejercer las dos acciones dentro de una misma litis. (Casación Civil. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 889.

254

INDIGNIDAD PARA SUCEDER

(Prueba del atentado grave como causal de).

Según el ordinal 2º del artículo 1025 del Código Civil, el atentado grave contra la vida, el honor o los bienes del de cujus, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos debe acreditarse mediante "sentencia ejecutoriada". Se pregunta si dicho texto se refiere únicamente a las decisiones de carácter penal. La Corte tiene sentada doctrina (LXXXII, 548), según la cual ello no es así rigurosamente, porque el texto no hace distingo alguno, con acierto indudable, ya que un atentado de tal especie puede también aparecer de una providencia civil; y en algunos casos es imposible que conste en sentencia penal, como acontece con el adulterio, que hoy no es delito. La doctrina en mención reconoce a este hecho el alcance legal de atentado grave, probado que sea ante la jurisdicción civil mediante una sentencia de divorcio quad thorum et cohabitationem, de origen eclesiástico o civil, esto es, una decisión judicial, pero no de carácter penal. (Casación Civil. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 888.

255

INDIGNIDAD PARA SUCEDER

(Purga de la).

La depuración del título requiere "la posesión de la herencia o legado", según el artículo 1032 del Código Civil. ¿A qué especie de posesión se refiere? ¿A la posesión concreta de los bienes de la herencia viciada, con base en el acto de adjudicación o partición? El artículo habla de "la herencia" no de los bienes. ¿A la posesión efectiva? Puede ser que no se haya conferido al heredero. ¿A una posesión de hecho, sin mediar aún adjudicación ni posesión efectiva? ¿O a la posesión legal, con origen en la delación? Como el artículo 1032

pide posesión **de la herencia** y no de los bienes, se refiere ante todo a la posesión legal, sin excluir la efectiva, si la **hubiere**, ni la de los bienes en concreto al serle adjudicados al heredero. Pero bien puede ocurrir que los diez años transcurran sin que se haya obtenido la efectiva y aun sin haberse verificado la partición del haber hereditario, y sin embargo, el decenio legal **habrá** transcurrido con la **sola** posesión legal. (Casación Civil. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 887 y 888.

256

INDIGNIDAD PARA SUCEDER

(Purificación de la misma por el transcurso del tiempo).

Hay una marcada disparidad doctrinaria sobre la naturaleza del fenómeno contemplado en el artículo 1032 del Código Civil, que dice: "La indignidad se purga en diez años de posesión de la herencia o legado". Los autores van desde la prescripción adquisitiva (Claro Solar, XIII, 149), hasta la simple prescripción de la pena (Carrizosa Pardo, Sucesiones, 146), pasando por la prescripción extintiva de índole civil (Fernando Vélez, IV, 110), y la caducidad (Luis De Gásperi, Derecho Hereditario, 1, 43).

a) No se trata desde luego de una prescripción adquisitiva, porque la fórmula del texto: "la indignidad se purga en diez años", no corresponde a dicha noción, y es completamente diferente de la que emplea la ley en el artículo 1326 con respecto al heredero aparente. Ello se explica, porque el sucesor putativo no es verdadero heredero, sino que aparenta serlo y por ello puede adquirir por usucapión lo que no tiene; al paso que el heredero que ha cometido un acto causante de indignidad, mientras ésta no sea declarada judicialmente, es verdadero titular de la herencia. De esta suerte, los diez años del artículo 1032 tienen el cometido de purificar su vocación hereditaria, su título sucesorio, del vicio resultante de un hecho previsto en la ley como generador de indignidad. Por donde se ve que la posesión de que habla el artículo 1032, no es allí, lo que en la prescripción adquisitiva, la entraña misma, sino simplemente la señal ostensible con que el asignatario aplica su vocación: mueve a quien interese, a provocar un pronunciamiento de indignidad, y purga su derecho de la falta cometida y de la pena.

b) Las demás tesis, al localizar el lapso referido partiendo de la delación de la herencia, coinciden en lo sustancial, al punto de que para todas corre sin suspensión de ninguna especie, sin duplicación de días por ausencia y sin distingo alguno de buena o mala fe del heredero. (Casación Civil. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 887.

257

INDIGNIDAD PARA SUCEDER

(Sus diferencias con las acciones fundadas en los artículos 1288 y 1824 del Código Civil).

No son consecuenciales de la petición de indignidad, las acciones fundadas en los artículos 1288 y 1824 del Código Civil. La de indignidad tiende a sancionar el hecho del heredero con la exclusión completa de todo derecho en la masa hereditaria del causante agraviado; en tanto que aquellas otras acciones se enderezan a sancionar al sucesor que sustrae, distrae u oculta bienes pertenecientes a una sucesión o a una sociedad conyugal. Se explica por ello que en el caso de autos, hayan sido propuestas como principales todas, sin que valga argüir que se trata de unos mismos hechos, porque los ejecutados antes de la muerte de los causantes atañen a la indignidad, y los cumplidos después, a las sanciones por ocultación, sustracción o distracción de bienes de una sucesión o de una sociedad conyugal. (Casación Civil. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 894.

258

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL PROCESO CIVIL

(Sentido y alcance del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal).

De lo estatuído en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal se deduce que mientras no se le acredite la preexistencia de un proceso criminal al respecto, es al juez o funcionario que conoce del juicio civil o administrativo, a quien corresponde dentro de éste, estimar si, a la luz de los elementos y pruebas en el mismo existentes, se ha configurado hecho alguno "que pueda considerarse como delito perseguible de oficio", y en todo caso si el fallo en lo penal puede influir en la solución de la controversia, pues de no ser así procedería arbitrariamente al suspenderla, a virtud de la simple apreciación en contrario de cualquiera de las partes. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 919.

253

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

(Por la aplicación práctica de ellos).

Artículo 1622, inciso 3º, del Código Civil.

Para indagar la voluntad interna de las partes contratantes, en relación con aquellas cláusulas cuyo ámbito o sentido sea motivo de desacuerdo, el inciso 3º del artículo 1622 del Código Civil aconseja acudir, entre otros medios, a la aplicación práctica que ambas partes, o una de ellas con aprobación de la otra, hayan dado a la respectiva cláusula, ya que lo que importa saber para los fines del proceso no es tanto lo que dijeron las partes sino lo que quisieron decir, esto es, qué se propusieron realmente con la declaración de voluntad; y aquella aplicación revela en ocasiones, con más fidelidad que la literalidad de una cláusula, la extensión de los derechos y obligaciones que emanan de ella. De ahí que si bien un texto claro no puede dejar de aplicarse so pretexto de averiguar su espíritu, en caso de que se demuestre que él no refleja la verdadera intención de las partes, debe preferirse ésta a la que resulta del tenor literal. (Negocios Generales. 9 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 351, 1ª.

260

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

(Intención real e intención declarada).

Artículo 1618 del Código Civil.

El artículo 1618 del Código Civil expresa que "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras", con lo cual se consagra la prevalencia de la voluntad interna sobre la externa o declarada. Esta, aun cuando sea clara y precisa, crea apenas una presunción, la de reflejar la voluntad real, presunción que puede ser desvirtuada mediante el examen de los elementos intrínsecos o extrínsecos del contrato. La declaración de voluntad no es sino uno de los medios de descubrir la intención recíproca de las partes, el de mayor valor, sin duda alguna, pero que no por eso excluye otros que en el caso concreto pueden conducir al mismo fin con mayor probabilidad de acierto. (Negocios Generales. 9 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 351, 1ª.

261

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL DESFAVORABLE

Artículo 26 de la Constitución Nacional. Artículo 5º del Código de Procedimiento Penal. Artículo 44 de la Ley 153 de 1887.

El texto del artículo 26 de la Constitución Nacional, el artículo 5º del Código de Procedimiento Penal y el 44 de la Ley 153 de 1887 en una forma categórica consagran y

reiteran el canon de la retroactividad de la ley permisiva o favorable en materia penal y, por lo tanto y a **contrario sensu**, el canon de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable. Pero debe observarse que ni el texto constitucional, ni los textos legales citados, hacen distinción alguna entre leyes sustantivas o adjetivas ni procesales. (Casación Penal. 14 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 166, 2ª.

262

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PROCESAL PENAL DESFAVORABLE

Artículo 26 de la Constitución Nacional.
Artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Existe una generalizada tendencia a suponer que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en cuanto dispone que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir", restringe o limita el canon constitucional de la retroactividad de la ley penal más favorable y, por tanto, el de la no retroactividad de la restrictiva, únicamente al campo de las leyes penales sustantivas; que por consiguiente, las leyes procesales, aunque sean más desfavorables que la ley anterior, tienen efecto inmediato aun sobre hechos ilícitos cometidos con anterioridad a su vigencia. Pretender darle este alcance al citado artículo de la Ley 153, equivale, desde luego, a darle una aplicación preferente a un texto legal sobre un precepto constitucional, como es el artículo 26 de la Carta. (Casación Penal. 14 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 166, 2ª y 167, 1ª.

263

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PROCESAL DESFAVORABLE

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

Sería contrario a la Constitución Nacional (artículo 26), imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, si cuando ese acusado delinquió regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa. El **juicio previo** debe descansar en ley anterior al hecho del proceso, y la aplicación de una ley posterior a ese evento está condicionada a su carácter permisivo o favorable para el acusado. (Casación Penal. 15 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 176, 2ª.

264

INSPECCIÓN OCULAR

(Documento o instrumento presentado durante la diligencia de).

Para que un documento o instrumento presentado en una diligencia de inspección ocular, practicada dentro de un juicio ordinario, pueda estimarse como prueba, se requiere que haya sido pedido dentro del primer lapso a que alude el artículo 746 del Código Judicial. (Negocios Generales. 5 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1093, 2ª.

265

INSPECCION OCULAR

(Reconstrucción de los hechos).

Artículos 210 y ss. del Código de Procedimiento Penal.

No siempre en el proceso penal es indispensable la inspección ocular, llamada de reconstrucción de los hechos. Así en el caso de autos, en que nadie presentó la menor duda

de que los testigos presenciales pudieron observar los acontecimientos desde el sitio desde donde afirmaron haberlos visto, no era necesaria la reconstrucción para establecer este punto, y por tanto no hubo violación de la ley por el hecho de no haberla practicado. (Casación Penal. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 537, 2ª.

256

INSPECCION OCULAR

(Valor probatorio).

Artículo 730 del Código Judicial.

Expresa el acta de la diligencia de inspección ocular practicada por el mismo Tribunal fallador, que el terreno de propiedad de quien demanda la restitución fue fácil de identificar por la objetividad de los puntos de referencia; que lo mismo ocurrió respecto al lote poseído por el demandado, ya que los puntos dados en la demanda e indicados en la diligencia, fueron fácilmente establecidos. Agrega el acta que, obtenidas las dos identificaciones, apareció notoriamente que el predio poseído por el demandado se encontraba comprendido dentro del lote de propiedad del demandante, "lo que fue fácil dada la extensión de éste y su incorporación ostensible dentro del mismo, con los meros datos que proporcionan los sentidos". Pues bien: lo fácil, lo ostensible, lo notoriamente apreciable con los meros datos que proporcionan los sentidos —como lo dice el Tribunal—, determina la evidencia externa, la verdad inmediata, y ésta a su vez, constituye la plena prueba en el caso de inspecciones judiciales. Como la evidencia destruye la duda y excluye lo que teóricamente pudiera aparecer contradictorio, el sentenciador, por no dar valor a su propia inspección, incurrió en error de valoración de esta prueba de identificación. (Casación Civil. 19 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 453, 1ª y 2ª.

257

INSPECCION OCULAR

(Valor probatorio).

Artículo 730 del Código Judicial.

La inspección judicial efectuada de acuerdo con las normas que la regulan hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez. Y como de la inspección cumplida por el juzgado de primera instancia aparece el testimonio del Juez respecto de lo que fue objeto de apreciación por sus sentidos, el Tribunal debió tener como plena prueba la que le suministraba el acta de inspección. Y si a eso se agrega el concepto de los peritos que intervinieron en tal diligencia, quienes con el funcionario afirman que el fundo poseído por el demandado, que constituye el objeto de la reivindicación, está comprendido dentro del inmueble de propiedad del demandante, es indudable el error de valoración en que cayó el juzgador de segunda instancia. (Casación Civil. 19 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 452, 2ª y 453, 1ª.

J

268

JUICIO DE CUENTAS

(Fases del).

El juicio de cuentas está organizado de manera que en su fase preliminar sea discutida la cuestión conducente a saber si el demandado se encuentra en la obligación de rendirlas. Si termina con fallo condenatorio, la segunda fase de la controversia no vuelve atrás. Tiene ya por objeto exclusivo el examen de las cuentas hasta deducir el saldo líquido a cargo de cualquiera de las dos partes, o hasta declarar que los litigantes se encuentran en paz y a salvo por causa de la administración respectiva. Así, la extensión

y el contenido de las cuentas que el responsable debe rendir, se medirá por el alcance concreto del fallo condenatorio que clausuró la primera fase del pleito. De suerte que la segunda parte gira ya en definitiva sobre la órbita judicialmente señalada dentro del proceso. (Casación Civil. 15 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 868.

269

JUICIO DE CUENTAS

(Finalidad del ordinario a que da lugar).

Si el cuentadante rechaza las objeciones formuladas por el actor, el debate prosigue por la vía ordinaria en el estado en que se encuentra, y no para revisar lo hecho hasta entonces. El juicio ulterior plenario en modo alguno tiene por finalidad discutir la existencia o el alcance preciso de la obligación de rendir cuentas. Versa sobre las presentadas, para saber si la orden judicial fue cumplida en conformidad con la ley. Porque si en el pronunciamiento del Juez aparece admitido que las cuentas de una administración fueron dadas y aprobadas antes del juicio hasta liquidar en determinada fecha cierto saldo a cargo del responsable, no hay duda de que la cuenta por rendir sólo puede referirse a hechos ulteriores que por abono o cargo hayan conducido a modificar el saldo. (Casación Civil. 15 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 868.

270

JUICIO DE SUCESION

(Quiénes tienen derecho de iniciarlo).

Artículo 835 del Código Judicial.
Artículo 1312 del Código Civil.

Obró correctamente el Juez al abrir el juicio mortuorio, puesto que la correspondiente solicitud provino de los hermanos legítimos del **de cujus**, o sea, de herederos presuntos, a quienes el artículo 835 del Código Judicial, en concordancia con el 1312 del Código Civil, confiere derecho a iniciar el juicio sucesorio. El que posteriormente puedan verse desplazados por otros de mejor derecho, no les quita su condición de herederos presuntos, que es la sola calidad que exige la ley para que una persona pueda pedir la iniciación de un juicio sucesorio y por ende, llegue a ser parte en ese juicio, sin perjuicio de terceros, naturalmente. (Negocios Generales. 2 de marzo de 1961 Tomo XCV, número 2238). 325, 1ª.

271

JUICIOS CON INTERVENCION DE JURADO

(Improcedencia en casación de abrir debate sobre pruebas).

En los juicios con intervención de jurado es improcedente, por extemporáneo, abrir en casación un debate sobre las pruebas que sirvieron de fundamento para dictar el auto de proceder. (Casación Penal. 24 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 990, 2ª y 991, 1ª.

272

JURADO DE CONCIENCIA

(Y Juez de derecho).

Artículos 480 y 499 del Código de Procedimiento Penal.

El jurado es el que califica los hechos, verdad sabida y buena fe guardada, en los juicios en que debe intervenir. La determinación de la responsabilidad, en esta clase de juicios, es función privativa del jurado, y al juez de derecho sólo compete declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, si fuere el caso, o interpretar la respuesta del Tribunal popular, para encauzarla dentro de la ley penal que reprima el hecho. Esa omnímoda atribución del jurado únicamente quiebra su rigor en cuanto se refiere a la indivi-

dualización de las sanciones, tarea que incumbe, por modo exclusivo, al juez de derecho. (Casación Penal. 6 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 521, 2ª.

273

JURADO DE CONCIENCIA

(Límites a sus facultades).

Artículo 29 de la Ley 4ª de 1943.

El jurado no puede rebasar en su gravedad los cargos contenidos en el enjuiciamiento sin exceder su misión juzgadora. Puede sí, por el contrario, atenuarlos o modificarlos en favor del procesado. Así se considere que la calificación hecha en el auto de enjuiciamiento es provisional, que no obliga sino en la denominación genérica del delito, para apreciar circunstancias modificadoras agravantes no enunciadas en dicho proveído sería imperativo que se acreditaran o demostraran en el plenario y que de modo concreto se sometieran a la decisión del jurado. (Casación Penal. 17 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 568, 1ª.

274

JURISDICCION CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Para zanjar colisiones entre las Ramas Ejecutiva y Legislativa, para moderar la acción de la una y de la otra y, principalmente, para evitar el abuso de los Poderes respectivos, quedó ampliada en la reforma contenida en el Acto Legislativo número 1º de 1960 la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia, para emitir por vías de derecho juicio inmediato, bajo apremio de mala conducta, por no fallar dentro del término de seis días. Es la armonía del artículo 55 en la realización de los fines del Estado. (Sala Plena. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 809, 2ª.

275

JUSTIFICACION DEL HECHO

(Si se comete por disposición de la ley).

Artículo 25, numeral 1º, del Código Penal.

En cuanto a la expresión "por disposición de la ley", que se lee en el ordinal 1º del artículo 25 del Código Penal, empleada también por el Código italiano, dice Alimena, al explicar su sentido, que debe entenderse por ley "no sólo la personal sino cualquier otra propiamente dicha, hasta los actos del poder administrativo, reglamentos, decretos, leyes, los bandos, etc.", y que "no es preciso distinguir entre los casos en que se imponga un deber o se conceda un derecho o acuerde una facultad". (Casación Penal. 25 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 261, 1ª.

276

JUZGADOR

(Función principal que le compete).

Función principal que compete al juzgador es la de afirmar o determinar, ante todo, en forma clara y precisa, la existencia de la norma o régimen legal regulador del conflicto que debe decidir. (Casación Laboral. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1085, 2ª.

L

277

LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA

Artículo 23, ordinal 2º, del Código Penal.

La legítima defensa subjetiva o putativa no viene a ser otra cosa que el miedo o el temor producido por un peligro imaginario o aparente que el sujeto exagera por la exaltación psíquica que padece en el momento de obrar. Esa aparente proporcionalidad entre

la agresión que se espera y la reacción con que se rechaza, es lo que le otorga a la legítima defensa putativa la subjetividad que coloca la acción dentro de los presupuestos necesarios para la irreprochabilidad penal de la conducta, con base en un error de hecho esencial, que por no provenir de negligencia, indica que el agente obra non contra jus, esto es, sin antijuridicidad, comoquiera que está comprendido dentro del marco legal que el Código Penal establece en el ordinal 2º del artículo 23. (Casación Penal, 20 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239)- 609, 2ª.

278

LEGITIMACION EN CAUSA

(Exigencias de la).

a) La legitimación en causa o titularidad de la relación jurídica concreta, exige que, por activa y pasiva, las personas que figuran con calidad de partes demuestren en el proceso la legitimidad respectiva. El problema de quién o contra quién se puede incoar una acción en nombre propio pertenece particularmente al Código Civil, y, para el caso de autos en que el pretenso hijo natural busca la definición de su estado en una sentencia, la facultad para hacer valer ese derecho y perseguirlo judicialmente, como también frente a quien debe hacerse valer, resulta de los artículos 402 y 403 del Código citado, que legitima al actor y al demandado y les atribuye capacidad jurídica haciéndolos sujetos de la relación procesal.

b) Determinado el momento de la legitimación en causa por la contestación de la demanda, pueden ocurrir en el proceso diversos fenómenos, uno de ellos el de cambio o sustitución de partes que se verifica, entre otros casos, por muerte de una de ellas durante la tramitación del negocio, transmitiéndose a los herederos automáticamente la situación litigiosa, de tal modo que el sustituído está en el sustituto, sin operarse por eso ni suspensión ni interrupción del procedimiento, si quien fallece tiene constituído apoderado judicial y radicándose en los herederos el derecho de revocar el poder en virtud de que el mandato judicial no termina por la muerte del mandante si la demanda ya está notificada, como no termina por la renuncia si no queda sustituto en reemplazo. Código Judicial, 264, 265). Adquirido el derecho a revocar el mandato, el no ejercicio de esta facultad obliga a los herederos del fallecido a las consecuencias de la sentencia respectiva.

c) Si legítimo contradictor es el padre frente al hijo y éste frente a aquél en los juicios sobre reclamación de estado y la demanda fue notificada al legítimo contradictor —en el caso de este pleito al padre—, el cual constituyó apoderado judicial oportunamente, su deceso no alteró su legitimación en la causa, y al deferirse la situación procesal a sus herederos, éstos ocuparon en el litigio el lugar de aquél y estuvieron representados judicialmente por el abogado que el causante personó oportunamente, y cuyo mandato no revocaron.

d) En relación con el alcance del artículo 264 del Código Judicial, la Comisión Redactora del Código, en la correspondiente exposición de motivos, dijo:

"Respecto a los casos en que expira el mandato judicial, que la Ley 105 enumera en su artículo 267, hemos creído más acertado dejar que obre la disposición general contenida en el artículo 2189 del Código Civil y señalar en el proyecto que presentamos los casos en que no expira; o sea por muerte del mandante, a no ser que los herederos revoquen el poder, o fenezca por otra causa; o por cesación de funciones del que lo constituyó si ha sido notificada la demanda, a menos que finalice por otro motivo. Así se consultan mejor los intereses del poderdante y la celeridad de los juicios".

f) No podría, pues, alegarse válidamente que de acuerdo con el artículo 2189 del Código Civil el mandato termina con la muerte del mandante, porque este artículo es de carácter general al paso que el 264 del Código Judicial es especial para el mandato judicial y también de carácter sustancial.

La Corte ha dicho:

"... De la misma manera, el artículo 264 del citado Código Judicial establece, a diferencia de lo que al respecto estatuye el Código Civil, que el mandato no termina con la muerte del poderdante ni por la cesación de las funciones del que lo dio como representante de una persona natural o jurídica si ya está notificada la demanda, a no ser que sea revocado por los herederos o por la persona natural o jurídica a cuyo nombre se había conferido, o que expire el mandato por otra causa legal" (LVIII, página 675).

Sería ciertamente inútil y contradictorio que la ley previera la continuación del juicio con el apoderado de la parte fallecida y a la vez abriera la posibilidad de declarar una nulidad porque el juicio no se notificó a los herederos. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 907.

279

LESION ENORME

(Aplicación excepcional).

Artículos 1947, 1291, 1405, 2231, 2466, 1601 y 1958 del Código Civil.

A diferencia de otras legislaciones modernas que consagran la lesión como principio general aplicable a todas las convenciones en que una de las partes ha abusado de la necesidad, la mala situación, la ligereza o la inexperiencia del otro contratante, creándose así un desequilibrio entre las prestaciones correspondientes, el sistema adoptado por nuestro Código Civil no enmarca la lesión en la teoría de los vicios del consentimiento, ni la extiende a todos los actos jurídicos en que concurran las anotadas circunstancias de inferioridad en la parte agraviada, pues sólo la establece en forma excepcional para determinados actos y contratos, haciéndola reposar sobre un criterio objetivo, matemático. (Negocios Generales. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 771, 2ª.

280

LESION ENORME

(El fenómeno de la dación en pago no puede sustraerse al estatuto de la).

Consecuencialmente, el fenómeno de la dación en pago no puede sustraerse al estatuto de la lesión enorme de la venta. Por tanto al negar el Tribunal la acción de lesión enorme, la sentencia violó, por interpretación errónea, los artículos 1946 y 1947 del Código Civil, y por falta de aplicación, el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 933 y 934.

281

LESION ENORME

(Y rescisión de contratos).

Artículos 1947, 1291, 1405, 2231, 2466, 1601 y 1958 del Código Civil.

Nuestro Código Civil sólo consagra la rescisión por lesión enorme en relación con determinados actos o contratos, como éstos: la compraventa (artículo 1947 del Código Civil); la aceptación de la herencia, en el evento de que las disposiciones testamentarias ignoradas por el aceptante, impliquen una rebaja de la asignación en más de la mitad (artículo 1291); la partición, cuando el heredero es perjudicado en más de la mitad de su cuota (artículo 1405); el mutuo de dinero, cuando el interés convencional excede de la mitad del corriente (artículo 2231); la anticresis, cuan-

do se hubieren estipulado intereses como en el caso contemplado del mutuo (artículo 2466); la cláusula penal, "cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste así mismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él" (artículo 1601); la permuta, pues la jurisprudencia ha aceptado la acción de rescisión por enorme engaño de la permuta al interpretar el artículo 1958 del Código Civil. (Casación de 18 de mayo de 1920). (Negocios Generales. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 777, 1ª.

282

LESION ENORME

Véase el aparte **Rescisión. (Por lesión enorme)** en el número de este Indice. (Casación Civil. 10 de mayo de 1961).

283

LESION ENORME EN LA COMPRAVENTA

(Elementos configurantes).

Artículo 32 de la Ley 57 de 1887.
Artículo 218 del Código de Comercio.
Artículos 1947, 1951 y 1954 del Código Civil.

Como lo ha expresado la jurisprudencia nacional (Tomo LXXXVII, 330), son elementos configurantes de la acción de rescisión de la venta por lesión enorme: a) Que verse sobre inmuebles y que la venta no se haya hecho por ministerio de la justicia (artículo 32 de la Ley 57 de 1887); b) Que no recaiga sobre ventas comerciales (artículo 218 del Código de Comercio); c) Que el engaño sea enorme (artículo 1947 del Código Civil; d) Que no se trate de un contrato de carácter aleatorio (casaciones, XXXVII-39, XLI-501, LXXI-450); e) Que después de la celebración del contrato de compraventa no se haya renunciado a la correspondiente acción rescisoria; f) Que la cosa no se haya perdido en poder del comprador (artículo 1951, Código Civil); g) Que la acción se instaure dentro del término legal (artículo 1954 ibidem). (Negocios Generales. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 771, 2ª.

284

LESION ENORME EN LA COMPRAVENTA

(Objetividad de su fundamento).

Artículo 1947 del Código Civil.
Artículos 705 y ss. del Código Judicial.

En el ejercicio de la acción rescisoria del contrato de compraventa por lesión enorme, el factor primordial materia de la controversia y sobre el cual debe recaer el fallo es el de la confrontación y determinación del precio estipulado en la venta y del justo precio de la cosa vendida, en la fecha de la convención, para deducir jurídicamente si entre esos guarismos o elementos de estimación existe el desequilibrio determinante del engaño enorme (XLVII-41 y 325, LXXI-451). Y para la demostración del anotado extremo de la litis, según jurisprudencia reiterada, la prueba conducente y adecuada es la pericial (LV, 616). (Negocios Generales. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 771, 2ª y 772, 1ª.

285

LESION ENORME EN LA COMPRAVENTA

(Justiprecio del inmueble).

Artículo 1947 del Código Civil.
Artículos 705 y ss. del Código Judicial.

Desde antes de perfeccionarse el contrato de venta que dio origen al presente juicio de

rescisión por lesión enorme, la compañía vendedora, dando en este punto cumplimiento anticipado al contrato de promesa de venta que se había firmado entre las partes, hizo entrega a la Nación del inmueble prometido en venta y destinado a la construcción de la autopista, con el resultado de que desde antes de efectuarse la tradición del dominio aunque con posterioridad a la promesa, se produjo un indudable aumento de valor en la finca, debido no a imprevisible suceso, sino a la cuantiosa inversión de dineros públicos en la construcción de la citada obra nacional. Resulta así claramente inequitativa la pretensión de que para fijar el justiprecio del inmueble se tenga en cuenta la valorización ocasionada por la construcción de la vía, porque aquélla constituye un factor o elemento extraño al valor del mismo predio y, además, se deriva del costo de la ejecución de la obra que ha llevado a efecto solamente la Nación. (Negocios Generales. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2238). 778, 2ª.

286

LEY PENAL DESFAVORABLE

(No puede dársele efecto retroactivo).

En múltiples ocasiones ha manifestado la Corte que no puede dársele efecto retroactivo a la ley penal desfavorable, sea ella sustantiva o procedimental. (Casación Penal. 18 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 984, 2º.

287

LEY PREEXISTENTE

(En el proceso penal).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

Lo que manda el artículo 26 de la Carta es que el juzgamiento se haga "conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". No puede el juzgador en las instancias, dejar de aplicar el procedimiento señalado en la ley preexistente, así pueda considerar que en él se restringen los medios de defensa del procesado, salvo que ese estatuto sea derogado o se haya declarado inexequible en todo o en parte. (Casación Penal. 17 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 193, 1º.

288

LITIS CONSORCIO PROPIO

Artículo 209 del Código Judicial.

Puesto que las obligaciones a cargo de una persona se dividen, a su muerte, derivativamente entre los herederos, es evidente que si un médico formula demanda contra éstos, para que le sean reconocidos unos servicios profesionales que le adeudaba el causante, se presenta un litis consorcio propio ya que a la causa común, la prestación de los servicios médicos, se une para los demandados la de haber sucedido, como herederos, en las obligaciones correlativas a tales servicios. A la comunidad de título o causa se suma la razón de economía procesal que representa el unir en una sola las varias demandas que bien pudieran haberse llevado separadamente. (Casación Civil. 23 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 478, 1ª y 2ª.

M

289

MANDATARIO

(Casos en que debe pagar intereses corrientes).

Artículo 2182, inciso 2º, del Código Civil.

Son dos las hipótesis en que, según el artículo 2182 del Código Civil, está el mandatario obligado al abono de los intereses corrien-

tes: 1º Cuando haya empleado en utilidad propia los dineros del mandante; 2º Cuando el mandatario sea constituído en mora de pagar el saldo que de las cuentas resulte en su contra. En el caso de autos el actor demandó a la sucesión por cantidades determinadas que, según sostiene, le quedó debiendo la causante en virtud de negocios realizados por ella como mandataria suya; y la sucesión demandada no hizo oposición alguna. Resulta, pues, que aunque procesalmente no se ha tratado de un juicio de cuentas, el fallo de segunda instancia, en cuanto la condena a pagar parte de lo impetrado por el demandante, debe tener en este punto el mismo efecto de un pronunciamiento definitivo en juicio de cuentas, es decir, limitado a los precisos negocios de que se dedujo por el sentenciador la cantidad materia de la condenación. Entonces, los intereses que han debido imponerse a la sucesión responsable, a partir del día en que ella esté en mora de pagar la obligación deducida a su cargo, son los corrientes, por aplicación del artículo 2182, 2º inciso, del Código Civil, y no únicamente los intereses legales como erradamente lo decidió la sentencia acusada. (Casación Civil. 28 de abril de 1961 (Tomo XCV, número 2239). 509, 1ª.

290

MANDATARIO

(Constituído en mora).

Artículos 1282, inciso 2º, y 1608, inciso 3º, del Código Civil.

Demandó el actor a la sucesión para que le fueran reconocidas por los herederos ciertas sumas de dinero que la causante le quedó debiendo en razón de negocios realizados por ella como mandataria suya. Con arreglo al artículo 2182 del Código Civil, la sucesión demandada debe al demandante los intereses corrientes del saldo en contra de ella deducido en la sentencia, desde que haya sido constituída en mora. Pues bien, este momento será aquel en que venza el término de los seis días a partir de la ejecutoria de la sentencia, fijado por éste para el pago de lo adeudado, hecho que envuelve un perfecto requerimiento judicial, constitutivo de mora en aplicación de lo dispuesto por el ordinal 3º del artículo 1608 del Código Civil. (V. Fernando Vélez, VIII, 248). Así que, respecto de las cantidades que integran el monto materia de la condenación, los referidos intereses corrientes no se cuentan desde cuando aquellas fueron recibidas por el causante. (Casación Civil. 28 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 510, 1ª y 2ª.

291

MANDATO CIVIL

(Interpretación del poder).

Artículos 2142 y ss. del Código Civil.

Determinar las facultades del mandatario es una operación de mera interpretación del poder, de modo que, si no se trata de cláusula cuyo efecto o alcance esté prefijado por la ley, la inteligencia que el legislador se haya formado del mandato, en orden a calificar si incluye o no ciertas atribuciones, es una cuestión de hecho en cuya apreciación él es autónomo, en tanto que ésta no adolezca de error evidente, único caso en que podría ser desconocida en casación. (Casación Civil. 28 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 508, 2ª.

292

MANDATO JUDICIAL

(Cuándo termina por la muerte del mandante).

Artículo 264 del Código Judicial.
Artículo 2194 del Código Civil.

Por regla general, conocida por el mandatario la muerte de su mandante, debe cesar

en sus funciones; "pero si de suspenderlas se sigue perjuicio a los herederos del mandante, será obligado a finalizar la gestión principiada" (artículo 2194 del Código Civil). Sin embargo, respecto del mandato judicial, la excepción de continuar la representación del fallecido poderdante, está condicionada al hecho de haberse notificado la demanda; de modo, pues, que si no se ha cumplido esta condición, la muerte del mandante produce la consecuencia natural de la terminación del mandato, porque antes de notificarse la demanda no puede considerarse como principiada la gestión. (Negocios Generales. 3 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 334, 1ª.

293

MANDATO JUDICIAL

(Validez de éste a pesar de la muerte del mandante).

Véase el aparte **Legitimación en causa (Exigencias de la)**, en el número 278 de este Indice. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961).

294

MANDATO JUDICIAL

(Alcance del artículo 264 del Código Judicial).

Véase el aparte **Legitimación en la causa (Exigencias de la)**, en el número 278 de este Indice. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961).

295

MANDATARIO JUDICIAL

(Aceptación de la actuación de su representado).

Aunque la contestación del libelo fue firmada directamente por el demandado, éste en el mismo escrito otorgó poder a un abogado titulado quien firmó al pie y declaró aceptar el mandato, lo cual significa que hizo suya la actuación de su representado. (Casación Laboral. 6 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1031, 2ª.

296

MANDATO REPRESENTATIVO

(Qué se requiere para que éste exista).

Para que haya mandato no basta que una persona se obligue a hacer una cosa para otra, sino que es necesario que haga o realice el negocio por cuenta y riesgo de quien le confía la gestión, ya que éste es elemento esencial del mandato representativo. (Casación Laboral. 8 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1036, 2ª.

297

MEDICINA INDUSTRIAL

(Doble colaboración de carácter técnico).

La medicina indutrial presta a la autoridad administrativa del trabajo y a la justicia laboral, una doble colaboración, de carácter técnico, así: una en conciliación ante el Inspector del Trabajo, ya como perito, ora como árbitro, en actuación administrativa; otra ante la justicia laboral, como perito únicamente. (Casación Laboral. 27 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1074, 1ª.

298

MEDICINA INDUSTRIAL

(Sus atribuciones).

Del conjunto de atribuciones que a la medicina industrial otorgan las leyes y decretos respectivos, resulta que tiene las siguientes: a) La de simple consultor; b) La de consul-

tor técnico; c) La de perito; y d) La de árbitro. (Casación Laboral. 27 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1073, 2ª.

297

MEDICINA INDUSTRIAL

(Valor de sus conceptos.

La medicina industrial actúa como árbitro, pero únicamente en lo atinente a la clasificación de la incapacidad resultante del accidente o de la enfermedad profesional. Su concepto sobre cuestiones distintas, a lo sumo podrá tomarse como un dictamen pericial, sin valor obligatorio para los litigantes. (Casación Laboral. 27 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1071, 2ª.

298

MEDIO NUEVO

(En casación).

Fijada la relación sustancial y la procesal con base en la existencia de una sociedad de hecho y sobre esos fundamentos fallado el litigio sin que en ningún momento se hubiese afirmado la constitución de una sociedad de tipo distinto, el planteamiento formulado en casación de no ser de hecho la sociedad, sino una asociación o cuentas en participación, determinaría medio nuevo por ser cuestión "que se plantea fuera de los términos en que el debate se desenvolvió y separándose de los temas que las partes establecieron como antecedente, para formular sus respectivas pretensiones". (Manuel de la Plaza, "La Casación Civil", página 164) y, como medio nuevo, inaceptable en casación. (Casación Civil. 15 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 863 y 864.

301

MEDIO NUEVO

(En casación).

Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial.

El cargo planteado por primera vez en casación, con base en defectos rituales que se le imputan a la aducción de la prueba de confesión por medio de unas posiciones antes de juicio, implica un medio nuevo, que no puede ser atendido por la Corte, cuya doctrina rechaza, como medio de esta especie, el hecho de que una sentencia haya tomado en consideración elementos probatorios que como tales no tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, acusación que al ser admitida resultaría violatoria del derecho de defensa de los litigantes y reñida con la índole y esencia del recurso extraordinario. (Casación Civil. 28 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 497, 2ª.

302

MEDIO NUEVO

(Inadmisible en casación).

Es sólo ahora, en casación, cuando el representante de la parte actora invoca formalmente la representación patronal, la solidaridad y la intermediación, para acusar a la sentencia de no haberle dado aplicación a las normas que las establecen, es decir, que se trata de un clásico medio nuevo, inadmisible en casación. (Casación Laboral. 8 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1035, 2ª.

303

MEJORAS

(Pago de)

No es que quien construya, plante o siembre de lo suyo en tierra ajena sea dueño de las mejoras, como sin juridicidad suele decir-

se, puesto que por accesión lo es el propietario del terreno, según las leyes civiles. No es titular tampoco de la acción reivindicatoria, que está atribuída asimismo al dueño del suelo. Pero sí tiene en relación directa con el objeto mejorado la facultad legal inviolable de mantenerlo en su poder mientras no sea desinteresado por el pago del precio de las mejoras, como derecho oponible al dueño y a terceros en general. (Casación Civil. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 817.

304

MEJORAS

(Reivindicación).

El derecho de dominio sobre la tierra se prolonga de inmediato a las mejoras. La legitimación para reivindicar lo uno y lo otro corresponde precisamente al propietario de la totalidad, que por accesión ha llegado a integrarse en una sola cosa. Pero como no queda en desamparo de las normas quien de buena fe enriquece el suelo ajeno, no puede el dueño, y menos todavía una tercera persona, despojar al mejorante y privar de acción recuperatoria, a quien tiene por ley derecho perfecto a ser indemnizado plenamente, con garantía real sobre el objeto que ha recibido el beneficio (**debitum cum re inmetum**). (Casación Civil. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 817.

N

305

NOTARIOS Y REGISTRADORES

(Requisitos para desempeñar estos cargos).

Artículo 3º de la Ley 40 de 1932.
Artículo 5º de la Ley 168 de 1948.

Según el criterio de la Corte, expuesto en sentencia anterior, la Ley 19 de 1958 no autorizó al Ejecutivo Nacional para proveer a la reorganización del servicio público de Notariado y Registro, atribución que, por lo demás, reserva expresamente el artículo 188 de la Constitución Nacional a la ley. Ahora bien, el artículo 15 del Decreto 3346 de 1959 pretende reformar los preceptos legales que establecían las condiciones para poder desempeñar los cargos de Notarios y Registradores, a saber, el artículo 3º de la Ley 40 de 1932 y el 5º de la Ley 168 de 1948. Así, pues, el artículo 15 del Decreto citado debe ser declarado inexequible. En consecuencia las disposiciones legales que pretendieron reformarse, y que ya se citaron, continúan vigentes. (Sala Plena. 24 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 36, 2ª y 37, 1ª.

306

NOTIFICACION POR EDICTO

(En juicio de sucesión).

Artículo 937 del Código Judicial.

Está al arbitrio del heredero emplazado legalmente personarse en el juicio o dejar de hacerlo. Pero, por lo mismo, su ausencia no menoscaba la validez y eficacia del procedimiento, y en nada afecta el lleno de los requisitos formales exigidos para la realización del acto partitivo con que termina la sucesión. (Casación Civil. 18 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 99, 1ª.

307

NOTIFICACION POR EDICTO

(En juicio de sucesión).

Artículo 937 del Código Judicial.

En principio, el llamamiento a juicio debe hacerse por notificación personal del demandado mismo, o eventualmente del curador para la litis. Mas cuando el proceso tiene por objeto liquidar la herencia como comunidad

universal, quiere la ley que la citación se haga por medio de edicto emplazatorio de todos los que se crean con derecho a intervenir en el inventario. Entonces, si el edicto permanece fijado en la Secretaría del Juzgado del conocimiento durante un mes y se publica en carteles y por la prensa o, en último caso, en el Diario Oficial, se entiende formalizada en el proceso la citación de todos los interesados en el adelantamiento y fin del juicio sucesorio. (Casación Civil. 18 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 98, 2ª y 99, 1ª.

308

NOVACION

(Examen de la tesis según la cual la dación en pago es una).

Véase el aparte **Dación en pago. (Su naturaleza jurídica según la doctrina jurisprudencial)**, en el número 164 de este Indice. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961).

309

NULIDAD

(La de los actos contra expresa prohibición de la ley no es absoluta).

Si es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, como la formalidad de escritura pública para la venta de bienes raíces (1740, 1857, 2º del Código Civil); y si en materia civil la regla general consiste en ser nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, el principio no es absoluto, desde luego que la misma ley puede disponer otra cosa (6º ibidem). Sucederá esto último ante lo expreso en textos permisivos y de igual modo acontece cuando en razón y equidad, como esencia de lo honesto en las relaciones humanas, la jurisprudencia extraiga de la doctrina y las reglas generales de derecho el espíritu de las disposiciones que otorgan efecto creador a la buena fe cualificada, como fundamento para decidir con rectitud cuando no hay "ley exactamente aplicable al caso controvertido" (8º, Ley 153 de 1887). (Casación Civil. 5 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 839 y 840.

310

NULIDAD PROCESAL

(No tiene ocurrencia cuando las partes han sido notificadas legalmente del aplazamiento de la audiencia).

La causal de nulidad consistente en no celebrarse la audiencia pública en el día y la hora señalados (Código de Procedimiento Penal, 198, 7º), no tiene ocurrencia cuando las partes han sido previa y legalmente notificadas del aplazamiento de la misma para día y hora con toda precisión determinados. (Casación Penal. 24 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 991, 2ª.

311

NULIDADES CONSTITUCIONALES

(En el proceso penal).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.
Artículo 1º del Decreto 012 de 1959.

El procedimiento señalado en el Decreto 012 de 1959 solamente es aplicable a los delitos taxativamente señalados en el artículo primero de este estatuto, cuando son cometidos en los Departamentos en donde subsiste el estado de sitio. Las demás violaciones punibles sólo dan lugar a que ese mismo trámite procesal se aplique cuando son conexas con alguno o algunos de esos delitos a que alude el mencionado artículo primero, en virtud del mandato contenido en el 54 del Código de Procedimiento Penal, según el cual "los delitos conexos se investigarán y fallarán en el

mismo proceso". Pero si no se da ninguno de estos dos supuestos y sin embargo se tramita el negocio conforme el procedimiento señalado en el mencionado Decreto 012 de 1959, se incurre en violación de lo previsto en el primer inciso del artículo 26 de la Carta. (Casación Penal. 24 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 617, 1ª y 2ª.

312

NULIDADES CONSTITUCIONALES

(En el proceso penal).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.
Decreto 012 de 1959.

El procedimiento que consagra el Decreto 012 de 1959 restringió, y en forma notoria y grave, los medios de defensa consagrados en la legislación procesal anterior, la cual estaba vigente todavía cuando se cometió el hecho por el cual se juzgó y condenó al sujeto sindicado en estos actos. Síguese de lo dicho que al aplicarse, como se aplicó, a este proceso una ley desfavorable y restrictiva, como lo es el Decreto mencionado, posterior al delito que dio orígen a la investigación, se violó lo dispuesto y consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional. (Casación Penal. 14 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 167, 2ª.

313

NULIDADES CONSTITUCIONALES

(En el proceso penal).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

Tiene derecho el acusado de conocer cuáles son los hechos que se le imputan y cuál la definición jurídica que a ellos corresponde en el código punitivo, también lo tiene a ser juzgado con sujeción a normas procesales preestablecidas y ante Juez competente y en fin, con todas las garantías que en el momento de violar la ley amparaban el derecho de defensa y los medios de hacerlo efectivo; porque todos estos presupuestos para juzgar son exigidos por la Carta Fundamental. De donde se deduce que cuando resultan vulnerados por aplicación retroactiva de preceptos posteriores más desfavorables, alcanzan a constituír una causal de nulidad supralegal, por el desconocimiento de fundamentales principios consagrados en la Constitución para el juzgamiento penal. (Casación Penal. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 628, 1ª.

314

NULIDADES CONSTITUCIONALES

(En el proceso penal).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.
Artículo 3º del Código Penal.
Artículo 5º del Código de Procedimiento Penal.

El hecho de someter un proceso penal a normaciones de procedimiento que no regían al tiempo de la ejecución del delito, implica que el principio de la favorabilidad de la ley en materia criminal, como genéricamente lo consagra la Constitución, no se ha cumplido. Entonces ese concepto de la ley más favorable o benigna gravita de manera fundamental en todo el ámbito del proceso, porque el hecho de no cumplirlo o desconocerlo significa que no se tuvo en cuenta que la anterioridad de los preceptos reguladores del juicio implicaba de por sí que los posteriores desfavorables no podían tener vigencia para aplicarlos a hechos cumplidos antes de la expedición de las nuevas normas. Y ese desconocimiento comporta nulidad supralegal, comoquiera que vulnera principios fundamentales reconocidos en la Ley de Leyes, que no pueden ser conculcados porque entonces el régimen de derecho desaparecería para dar campo a la arbitrariedad. (Sala de Casación Penal. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 628, 1ª y 2ª.

315

NULIDADES CONSTITUCIONALES

(Falta de adecuada defensa).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

El sistema legal colombiano quiere que todos los individuos puedan explicar su conducta y aducir las razones en favor de su inocencia, produciendo todas y cada una de las pruebas que al efecto crean necesarias para ese fin. Mas no por eso se podría generalizar la cuestión hasta el extremo de tener como nula toda actuación en que alguien pretenda que hubo carencia de amparo eficaz del sindicado, a causa de la lenidad, descuido o negligencia de los apoderados, puesto que la ley lo que brinda es la garantía general de defensa, consistente en la posibilidad de protección, o sea oportunidad para todos los medios de defensa lícita, pero no puede llegar a determinar la forma de ejercer en cada caso un ministerio como el de la defensa de los sindicados. (Casación Penal. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 634, 1ª.

316

NULIDADES CONSTITUCIONALES

(Incumplimiento de trámites legales).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

No habiendo sido firmado por el Juez el escrito que figura en autos como acta de audiencia pública, es evidente que, por falta de autenticidad, no tiene el alcance de prueba de los hechos que allí se relatan. No puede entonces tomarse como acreditado que en el juzgamiento del procesado se haya cumplido con formalidades del juicio, fundamentales en el proceso, como el juramento que ante el Juez de derecho deben prestar los jueces de conciencia. Luego se ha incurrido en nulidad constitucional, por cuanto dejaron de cumplirse los trámites que la ley señala (artículo 26 de la Carta). (Casación Penal. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239): 532, 1ª.

317

NULIDADES PROCESALES

Artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.
Artículo 26 de la Constitución Nacional.

Se alega que el proceso se halla viciado de nulidad por cuanto la sentencia no dispuso nada respecto de la situación jurídica penal de uno de los sindicados, a pesar de que contra él recayó auto de detención preventiva. Pero ocurre que tal resolución no tuvo cumplimiento, pues la captura de tal individuo no fue posible y por lo mismo no se le recibió declaración de inquirir, y de otra parte no se cumplió, para vincularlo al proceso, el diligenciamiento previsto en el artículo 365 del Código de Procedimiento Penal. De consiguiente, el citado individuo no adquirió calidad de parte sindicada, por no haber sido oído en indagatoria, ni habérsele emplazado en la forma señalada en el inciso 2º del artículo 433 del Código citado, y así mal podía ser objeto de juzgamiento, ya para absolverlo o bien para condenarlo. (Casación Penal. 17 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 550, 1ª.

318

NULIDADES PROCESALES

Artículo 198, numeral 8º, del Código de Procedimiento Penal.

Si en la parte resolutiva de un auto de proceder no susceptible de ulterior modificación, se incurre en error relativo a la denominación jurídica del delito, por no determinar el género del mismo con el nombre que la ley sustantiva le asigna en el respectivo título o capítulo, según el caso, es claro que surge la causal de nulidad prevista en el numeral 8º

del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. 19 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 595, 1ª.

319

NULIDADES PROCESALES

(Ilegitimidad de la personería).

Artículo 448, numeral 2º del Código Judicial.

Si se trata de la defensa de la cosa común, de acuerdo con la doctrina uniforme y reiterada de la Corte, cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio, como demandante, con la limitación de que si la sentencia fuere desfavorable, solamente perjudicará al compareciente; en cambio, si fuere favorable, aprovechará a todos. Por tanto, si uno de los comuneros no ha estado legalmente representado, significa que no ha comparecido al juicio, con la secuela de que la sentencia desfavorable no le perjudica, mas dicha circunstancia no vicia de nulidad lo actuado, una vez que los condóminos estuvieron válidamente representados por el apoderado, quien actuó en el juicio en defensa de los intereses de todos ellos. (Negocios Generales. 3 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 334, 2ª.

320

NULIDADES PROCESALES

(Por incompetencia de la jurisdicción castrense).

Artículo 198, numeral 1º, del Código de Procedimiento Penal.

Artículo 12 del Decreto 1426 de 1954.

Artículo 303, numeral 2º, del Decreto 250 de 1958.

No tenía competencia la jurisdicción castrense para dictar la sentencia condenatoria acusada, recaída en proceso por homicidio imputado a quien desempeñaba el cargo de agente de policía. Ello por dos razones: la primera, porque para el mes de mayo de 1952, época en que ocurrieron los hechos que motivaron la investigación, la policía no había sido incorporada a las Fuerzas Armadas, ni sometida al fuero que a éstas es propio, y segunda, porque, admitido que las disposiciones posteriores que reglaron la organización militar de la policía eran aplicables al acusado, el nuevo Código de Justicia Penal Militar (Decreto Legislativo número 250 de 1958), volvió a modificar la situación creada, sustrayendo a la justicia castrense los delitos comunes cometidos por los militares en Departamentos no sometidos al estado de sitio. (Casación Penal. 3 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 515, 1ª.

321

NULIDADES PROCESALES

Artículos 198 y 266 del Código de Procedimiento Penal.

Debe recordarse que esta Sala ha expresado que no está erigida en causal de nulidad la inobservancia del artículo 266 del Código de Procedimiento Penal, que manda poner en conocimiento de las partes el dictamen pericial a efectos de que puedan solicitar ampliación, explicación o aclaración de él durante el término que allí se fija, pues les queda el derecho, este sí importante, que consagra el artículo 267 del mismo Código, de objetar el dictamen por cualquiera de los motivos determinados en la ley, entre ellos el error grave. (Casación Penal. 1º de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 117, 1ª.

322

NULIDADES PROCESALES

(Como motivo de casación).

Artículo 567, numeral 4º, del Código de Procedimiento Penal.

Aunque realmente fuera cierto que el Tribunal, en el caso de autos, al declarar contra-

rio a la evidencia de los hechos el primer veredicto, hubiera incurrido en un verdadero "error judicial", y dada la hipótesis de que la Sala Penal tuviera poder para revisar en casación dicha providencia, el supuesto error no produciría tampoco una nulidad legal, ni menos constitucional, pues no constituiría un quebrantamiento de forma o un error **in procedendo**, sino un error **in judicando** sobre una cuestión de fondo, y sabido es que las nulidades legales o supralegales ordinariamente se contraen al procedimiento y tienen por causa el quebrantamiento de algunas de las formas sustanciales propias del juicio, vicio en que no se incurre en el supuesto que se contempla. (Casación Penal. 27 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 667, 2ª.

323

NULIDADES PROCESALES

(Declaración de las mismas).

Artículo 200 del Código de Procedimiento Penal.

La declaración de nulidad en el proceso penal no está sometida a trámite alguno, pues ella se hace de oficio por el juzgador y, a diferencia de lo preceptuado para el proceso civil, el juez en materia penal no está obligado a poner en conocimiento de las partes las nulidades que encuentre en el proceso, pues su pronunciamiento al respecto es de plano, salvo que se trate de las relativas, esto es, de las que pueden ser subsanadas. (Casación Penal. 17 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 549, 2ª.

324

OBEDIENCIA JUSTIFICATIVA

(Requisitos).

Artículo 25, ordinal 1º, del Código Penal.
Artículo 21, ordinal 1º, de la Constitución Nacional.

El artículo 25 del Código Penal establece, en su ordinal 1º que el hecho se justifica por "orden de autoridad competente". La obediencia justificativa exige los siguientes requisitos: 1º Una relación oficial de subordinación, pues nadie puede alegar obediencia si no está obligado a cumplir lo que se le manda; 2º Que la orden emane de autoridad superior y esté dada dentro de los límites ordinarios de su competencia en relación con el subordinado; 3º Que la orden sea expedida en las formas en que el subordinado esté obligado a recibirla, ya sea por escrito u observando determinados requisitos que el procedimiento establezca; y 4º Que la orden no sea delictiva de un modo manifiesto. (Artículo 21, ordinal 1º, de la Constitución Nacional. (Casación Penal. 17 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 202, 2ª.

325

OBLIGACION A CARGO DEL EMPLEADO

(Prueba insuficiente de su existencia).

La cuestión que se debate en este juicio no es de naturaleza mercantil ni la parte actora es comerciante, por lo cual la obligación que a cargo del empleado registran los libros de la sociedad demandada no es prueba suficiente de su existencia. (Casación Laboral. 13 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1058, 1ª.

326

OBLIGACION DE OTORGAR UNA ESCRITURA

(Juicio especial).

Artículo 1º de la Ley 66 de 1945.

La Corte ha asentado ya la doctrina de que el juicio especialísimo que regula el artículo 1º de la Ley 66 de 1945 es adecuado tan sólo para aquellos casos en que se trata de una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, cuyo objeto único consiste en el otorgamiento de una escritura pública o privada. En este supuesto la ley autoriza que el Juez sustituya al deudor en la ejecución del hecho debido. Por su función y por su estructura este juicio corresponde a la categoría de los llamados procesos de ejecución, cuya finalidad primordial consiste en obtener la realización o el cumplimiento de una obligación preestablecida. (Casación Civil. 6 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 80, 1ª y 2ª.

327

OBLIGACION DE OTORGAR UNA ESCRITURA

(Juicio ordinario).

Artículo 734 del Código Judicial.
Artículo 1º de la Ley 66 de 1945.

El problema planteado en la presente litis entraña una controversia relativa a la situación antijurídica que se le atribuye al demandado, consistente en el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de promesa de compraventa de unos inmuebles, que en este caso es bilateral. La solución de esta disputa requiere el conocimiento de las causas que motivaron la no celebración de la compraventa y la definición de si ellas son o no imputables al promitente vendedor. Siendo ello así, resulta obvio que tal solución no podía buscarse por una vía de ejecución (artículo 1º de la Ley 66 de 1945), sino mediante los trámites de un proceso de cognición que, para esta litis, no son otros que los del juicio ordinario. (Casación Civil. 6 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 80, 2ª.

328

OBLIGACIONES HEREDITARIAS

Artículo 1411 del Código Civil.

Las obligaciones a cargo de un solo deudor se convierten, por la muerte de éste, en una obligación conjunta con pluralidad de deudores, sus herederos. Esta derivada pluralidad de deudores no influye, por regla general, tratándose de cosa divisible, en los efectos y naturaleza de la obligación. Así cada heredero se convierte en deudor de la parte de la deuda a prorrata de su cuota hereditaria, ya que sólo en esa parte o cuota es heredero y sólo en esa parte o cuota representa las obligaciones del causante. Es en virtud de este principio como el artículo 1411 del Código Civil establece que las deudas u obligaciones del difunto se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas. (Casación Civil. 23 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 478, 1ª.

P

329

PATRONO

(Definición).

Artículo 22 del Código del Trabajo.

El artículo 22 del Código del Trabajo define en su numeral 2º el vocablo patrono, cuando dice: "Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono". Pero ni tal definición ni la que se da allí mismo del término trabajador, pueden tomarse aisladamente sino en armonía con la

que del contrato de trabajo se contiene en el numeral 1º de la misma norma. De ella resulta que no basta que una persona reciba de otra un servicio para que por ese solo hecho se convierta en patrono, como se sostiene en la sentencia acusada. Requiérese, además, la concurrencia de estos dos requisitos: que el servicio sea prestado bajo la continuada dependencia o subordinación de quien lo recibe y que el beneficiario del mismo lo remunere. Si fuera suficiente la recepción del servicio, el prestado gratuitamente como el rendido por trabajadores independientes, le darían a su receptor el carácter de patrono, con las obligaciones que a esta calidad jurídica impone la ley del trabajo. (Casación Laboral. 15 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 690, 1ª y 2ª.

330

PARTE

(Sustitución de).

Véase el aparte Legitimación en Causa (Exigencias de la), en el número 278 de este Indice. (Casación Civil. 31 de mayo de 1961).

331

PECULADO

Artículo 3º del Decreto 1858 de 1951.

Aun en la hipótesis de que el arma permutada por el acusado no estuviese destinada al uso oficial del Juzgado, sino que constituyera o hubiera constituído elemento material de un proceso penal por ejemplo, es evidente que también en tal calidad se hallaba bajo la custodia y responsabilidad del Juez, y que por tanto éste, al permutarla, violó el deber de probidad, traicionando el normal cumplimiento de sus funciones oficiales, nota característica, en la ley y en la doctrina, del delito de peculado. (Casación Penal. 8 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 152, 1ª.

332

PECULADO

(Efectos de la restitución).

Artículo 3º, inciso 2º, del Decreto 1858 de 1961.

Al fijar la pena correspondiente al peculado cometido por el funcionario acusado, el fallador se negó a concederle la reducción que consagra el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951. Adujo, como fundamento de su determinación, el hecho de que el acusado no restituyó el revólver por él recibido, sino la máquina de escribir que había permutado por el arma. Estima la Sala que el fallador incurrió en error y que, dadas las circunstancias especiales que rodean el caso en estudio, no se rompe la equidad inmanente en la norma citada, al apreciar la entrega de la máquina como un equivalente de la restitución específica. Esto no significa, sin embargo, que tal criterio deba aceptarse por vía general, sin discriminación alguna. (Casación Penal. 8 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 154, 1ª.

333

PECULADO CULPOSO

Artículo 154 del Código Penal.

Generalmente el peculado en su modalidad culposa requiere la intervención de un tercero que, aprovechando precisamente la conducta imprevisiva o negligente del funcionario o empleado público encargado de la custodia de los caudales o efectos que se le han confiado, se apropia de éstos o hace uso indebido de los mismos. (Casación Penal. 8 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 153, 1ª.

334

PENSION DE JUBILACION

(Oportunidad legal de reclamarla).

Artículo 267 del Código del Trabajo.

Resulta inobjetable, según las pruebas que figuran en autos, que para la época en que fue despedido, el trabajador se encontraba en situación que le permitía pedir la pensión especial de jubilación, ya por razón del tiempo servido y de la edad, ya por la causa del despido. Sin embargo él no solicitó esa prestación especial sino que recibió el valor de la liquidación de cesantía que le hizo la empresa. Y, lo más importante, dejó transcurrir el plazo de un año que concede la ley para reclamar ese derecho, según las voces del inciso 2º del artículo 267 del Código del Trabajo. Por su parte la empresa demandada alegó tal excepción, de rigor en estos casos. De modo que el soporte fundamental de la sentencia, al negar la pensión de jubilación, ha permanecido intacto. (Casación Laboral. 7 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 272, 2ª.

335

PERDON

Artículo 1030 del Código Civil.

Véase el aparte **Indignidad para suceder (El perdón contenido en el acto testamentario posterior al hecho causante de la)**, en el número 252 de este Indice. (Casación Civil, 25 de mayo de 1961).

336

PERTENENCIA

(Su objeto y deber de la oposición).

Comoquiera que la cuestión planteada por quien pretende a su favor la declaración judicial de pertenencia es ganar el dominio por obra de la usucapión, la oposición de quien, por carecer de la posesión actual, está obligado a constituirse en demandante, habrá de erigirse en este mismo campo, oponiendo su dominio u otro derecho real no desvirtuado por la posesión del pretenso usucapiente o una posesión de mejor derecho, que son ciertamente las situaciones jurídicas amparadas por la acción reivindicatoria. (Casación Civil. 26 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 899, 900.

337

PERTENENCIA

(Modalidades de la acción de).

Tres modalidades contempla la Ley 120 de 1928 del juicio de pertenencia: a) Que la acción se dirija contra persona o personas determinadas, caso en el cual se seguirá con éstas un juicio ordinario (artículo 4); b) Que en defecto de personas conocidas contra quienes hacer valer el fenómeno adquisitivo, la acción se establece erga omnes, y entonces se le dará el trámite especial que establecen los artículos 6º a 9º de la Ley; c) Que contra la acción erga omnes se interponga oposición, evento en que se adelantará juicio ordinario con el opositor, quien tendrá que asumir la función de demandante si no está en posesión de la finca (artículos 10 y 11). (Casación Civil. 26 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 899.

338

PERTENENCIA

(Objeto específico).

Objeto específico del juicio regulado por la Ley 120 de 1928 es el de que todo aquel que tenga en su favor la prescripción adquisitiva del dominio de un inmueble, sea ordinaria o extraordinaria, pueda hacerla valer por vía de acción autónoma, impetrando la declaración judicial de pertenencia. (Casación Civil. 26 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 899.

339

PETROLEOS

(Comprobación de la propiedad del inmueble).

Artículos 5º y 36 del Decreto 1056 de 1953.

La radicación en cabeza del demandante del dominio del inmueble cuyo subsuelo petrolífero se disputa a la Nación, es uno de los requisitos o elementos estructurales de esta clase de acciones y, lo mismo que los otros, resulta de los artículos 5º y 36 del Código de Petróleos. Debería, pues, haberse demostrado lo que se enunció en el libelo, a saber, que el demandante adquirió por sucesión junto con otros herederos, los terrenos que allí se discriminan. Ahora bien, tal comprobación no resulta en los autos, en los que apenas hay escrituras públicas y certificaciones del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados tendientes a acreditar que dichos inmuebles son de propiedad de la persona que el actor señala como su causante, mas ningún intento se hizo para traer a este proceso la prueba de que el demandante tiene la calidad de heredero suyo. De manera que no puede admitirse que el demandante, como uno de los herederos de la citada persona, sea actual propietario de los terrenos objeto de la demanda, y si no es propietario, mal puede pretender que se le declare dueño del petróleo que se encuentre en ellos. (Negocios Generales. 21 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 757, 1ª.

340

PETROLEOS

(Extremos de la acción de).

Quien se opone a una propuesta de explotación de petróleo debe comprobar, para que la acción tenga éxito, los siguientes extremos: A) Establecer que los terrenos sobre que versa la demanda pertenecen actualmente al demandante, mediante la identificación de ellos con los contemplados por los títulos que acrediten dicha propiedad. Esta puede establecerse en la forma indicada en el ordinal "b" del artículo 36 del Código de Petróleos; B) Verificar que dichos terrenos están comprendidos en todo o en parte dentro de los linderos de las tierras a que se refieren los títulos emanados del Estado con posterioridad al 28 de octubre de 1873, lo que desde luego supone la existencia de tales títulos; C) Comprobar que los terrenos en todo o en parte están ubicados dentro de los linderos de la propuesta aceptada por el Gobierno. Tratándose de prescripción, la exigencia de la letra B) se sustituye por la de la comprobación de que los terrenos fueron objeto durante el tiempo legal correspondiente, de actos de los que dan nacimiento a dicho fenómeno. (Negocios Generales. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1099, 2ª.

341

PODER

(Para interponer y sustentar el recurso de casación).

Aunque el recurso de alzada y el de casación por su naturaleza y fines nunca podrían equipararse, no se desprende que el apoderado judicial en la instancia esté privado de facultad para interponer el recurso extraordinario ante la Corte, si no es por restricción expresa en el respectivo poder, como sería si estuviera limitado a la sola segunda instancia. Cuando la ley estatuye la necesidad de cláusula explícita para la procuración judicial en determinadas materias, funda excepciones de interpretación restrictiva y no susceptibles de interpretación analógica; de suerte que las hipótesis no comprendidas claramente en el texto excepcional quedan regidas por los principios comunes: **inclusio unius est exclusio alterius.** Ahora bien: si "el poder otorgado para un juicio se entiende conferido para el

de ejecución de la sentencia que puede subseguir" (artículo 263 del Código Judicial), con mayor razón faculta al apoderado para interponer y sustentar el recurso de casación, salvo cláusula en contrario expresada en el respectivo título de representación. (Casación Civil. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 826 y 827.

342

PODER PARA VENDER

(Y para prometer vender).

Artículos 2160, 2168 y 1505 del Código Civil. Artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

No existiendo texto legal que preceptúe que el poder especial para celebrar el contrato de venta envuelve por sí mismo la facultad de celebrar el contrato de promesa de venta, que es un acto jurídico diferente del primero, no necesariamente su antecedente y que crea responsabilidades especiales distintas, tales como la de indemnización de perjuicios en caso de mora o incumplimiento de la promesa, y el poder conferido por el demandante lo fue textualmente para que su mandataria "venda, en globo total o por parcelas, al contado o a plazos", los bienes allí determinados, "con amplias facultades para parcelar, fijar linderos, fijar y recibir los precios de venta y remitir los dineros al poderdante, firmar las respectivas escrituras y asegurar los pagos", sin la determinación expresa de la voluntad del mandante, respecto de ningún otro medio relativo a la ejecución del poder, resulta que la apreciación que el sentenciador hizo de no estar la mandataria autorizada por aquel para celebrar contratos de promesa de venta, no es, en modo alguno violatorio de los textos legales citados por el recurrente, artículos 2160, 2168, 1505 del Código Civil y 89 de la Ley 53 de 1887. (Casación Civil. 28 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 508, 2ª.

343

POSESION

(De casa construída sobre terreno ejidal).

La posesión material, durante un lapso igual al de la prescripción extraordinaria, cumplida por un particular sobre la casa levantada por él en terrenos de ejido, ni puede evitar el fenómeno de la accesión de la casa al terreno, ni otorgarle por prescripción alguna, el dominio del edificio construido sobre terreno imprescriptible. La situación de sus herederos es, desde luego, la misma. (Casación Civil. 26 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 902.

344

PRESCRIPCION

(De la acción de simulación).

Artículos 2535 y 2536 del Código Civil.

Para la Corte de Casación Civil, a quien corresponde la guarda e interpretación doctrinaria de las leyes que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado civil de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles la acción de simulación es prescriptible. "Si la cuestión es controvertible del punto de vista doctrinario, en derecho colombiano es indudable que la acción de simulación absoluta o relativa puede extinguirse por el transcurso del tiempo". (G. J. LXXIX, 525). (Casación Civil. 6 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 63, 1ª.

345

PRESCRIPCION

(De la acción de simulación).

Artículos 2535, inciso 2º, y 2536, del Código Civil.

El término dentro del cual se consuma la prescripción extintiva de simulación es el

ordinario de veinte años, establecido en el artículo 2536 del Código Civil. Pero tal término —como lo tiene establecido la Corte— no debe comenzar a contarse a partir de la fecha en que se celebró el acto o contrato simulado, sino desde el momento en que aparece el interés jurídico del actor, ya que mientras él no existe la acción de simulación no es viable. En el caso de autos, tal interés jurídico surgió en el momento en que el titular del inmueble lo ofreció en venta, es decir, trató de obrar como dueño (artículo 2535, inciso 2º, del Código Civil). (Casación Civil. 6 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 63, 2ª.

346

PRESCRIPCION ADQUISITIVA DEL DOMINIO

(No puede versar sobre inmuebles de las entidades de derecho público).

La acción de prescripción adquisitiva no puede versar sobre inmuebles de las entidades de derecho público, declarados imprescriptibles, y este carácter necesariamente ha de predicarse, tanto respecto de la petición inicial, como de la oposición que a su turno pretenda fundarse en la posesión o en el derecho de dominio derivado de la posesión de esos bienes. (Casación Civil. 26 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 900.

347

PRINCIPIO DE UNA PRUEBA POR ESCRITO

(Y confesión).

Artículo 1767 del Código Civil.
Artículos 91, 92, 93, de la Ley 153 de 1887.
Artículo 604 del Código Judicial.

Si el mérito del principio de prueba por escrito radica en la circunstancia de entrañar él una confesión que, aunque informal, incompleta o deficiente, hace verosímil el hecho litigioso, permitiendo el que por medios ordinarios de convicción judicial se suplan las deficiencias demostrativas de aquel, sería una antinomia que no pudiera admitirse, por lo menos con el alcance de ese principio y para todos sus efectos, la confesión de uno de los litigantes que, no demostrando por sí sola el hecho cuestionado en su integridad, sí lo acredita en una de sus fases o parcialmente, haciéndolo verosímil como lo quiere la ley, que confía la ponderación de esa verosimilitud al fuero del juzgador. (Casación Civil. 28 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 498, 1º.

348

PROCESADO

(Duda a favor de este si no existe modo razonable de eliminarla).

Ante el concepto del Ministerio Público, adverso a la sentencia absolutoria, la Corte ha de concederle al Tribunal de instancia arbitrio atemperado en la proporción en que, por no ser evidente el error, la duda se resuelva a favor del procesado si no existe modo razonable de eliminarla. (Casación Penal. 17 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 930, 2ª.

349

PROCESO JUDICIAL

(No tiene por objeto declarar la existencia de simples cuestiones fácticas).

El proceso judicial declara derechos preexistentes, constituye, modifica o extingue estados jurídicos o define relaciones jurídicas inciertas, pero no tiene por objeto, por regla general, declarar la existencia de simples situaciones fácticas. (Casación Laboral. 27 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1067, 1ª.

350

PROCESO LABORAL

(Providencia apelada).

El superior no puede enmendar la providencia apelada en la parte que no es objeto del recurso, como lo prescribe el artículo 494 del Código Judicial, aplicable al proceso laboral. (Casación Laboral. 4 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1027, 1ª.

351

PROMESA DE COMPRAVENTA

(Y lesión enorme).

Artículos 1610 y 1947 del Código Civil.

Si la promesa de compraventa de una finca raíz se cumple de libre y espontánea voluntad tanto por el prometiente vendedor como por el prometiente comprador, sujetando la enajenación a las condiciones determinadas y ciertas especificadas en el contrato de promisión, y por lo mismo la compraventa de la cosa se hace por el precio o suma fijada en dicha convención y en cumplimiento de la promesa celebrada, o sea, para pagar las obligaciones preexistentes de hacer que de esta se derivan, es claro que la compraventa solo viene a ser el desarrollo exacto o ejecución de la promesa y esta última la vía conducente a la enajenación. Al estudiar esta especial cuestión y sus efectos jurídicos el tratadista doctor Jaime Rodríguez Fornegra expone la tesis de que "entre nosotros no es rescindible por lesión enorme la compraventa hecha en cumplimiento de promesa de celebrarla". (Negocios Generales. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 777, 2ª y 778.

352

PROMESA DE COMPRAVENTA

(Y compraventa).

Artículo 1610 del Código Civil.

La promesa bilateral de compraventa es, desde luego, distinta del contrato prometido, puesto que engendra la obligación de prestar el consentimiento para la celebración de este último. Por lo tanto, las obligaciones nacidas de aquella son de hacer y se cumplen prestando el consentimiento que se ha convenido prestar para la celebración del futuro contrato prometido. Y si el contrato objeto de la promisión no se perfecciona de conformidad con los términos estipulados en el escrito respectivo, es porque el prometiente o prometientes no han pagado las obligaciones contractuales a su cargo. En tal evento, por así preceptuarlo el artículo 1610 del Código Civil, el acreedor del prometiente constituído en mora tiene derecho a elegir entre que se apremie al deudor para la celebración del contrato y exigir del mismo indemnización compensatoria de los perjuicios resultantes del no pago, en que la obligación se resuelve. (Negocios Generales. 26 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 777, 1ª y 2ª.

353

PROMESA DE CONTRATO

Artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

La promesa de celebrar contratos es una figura que la ley describe con caracteres propios, y que para que produzca efectos somete a condiciones específicamente determinadas en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. (Negocios Generales. 10 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 358, 2ª.

354

PROVOCACION

(Grave e injusta).

Artículo 28 del Código Penal.

En el veredicto concebido en estos términos "Sí es responsable, pero en estado de ira causado por injusta provocación", no aparecen contenidos todos los elementos que exige el artículo 28 del Código Penal para la integración del atenuante específico allí previsto. En efecto, la provocación, conforme al citado artículo 28, para que pueda generar el atenuante que allí se prevé, además de injusta tiene que revestir el carácter de grave, modalidad que no se reconoce en este veredicto. (Casación Penal. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 539, 1ª.

355

PROVOCACION Y RIÑA

Artículos 28 y 384 del Código Penal.

No pueden concurrir, en el caso de autos, las dos circunstancias modificadoras de la responsabilidad señaladas en los artículos 28 y 384 del Código Penal, pues, aparte de no resultar acreditado en el proceso que entre el victimario y la víctima hubiera existido riña, la reacción homicida del reo se debió a un impulso súbito, instantáneo, en el que no cabe aceptar sino una sola motivación subjetiva: la conmoción psíquica que en el procesado produjo la grave e injusta provocación de que fue objeto. (Casación Penal. 19 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 590, 1ª y 2ª.

356

PRUEBA

(Como acción de probar).

Artículos 203 y ss. del Código de Procedimiento Penal.

La prueba, tomada esta palabra en su acepción de acción de probar, hace referencia al medio o instrumento de que se echa mano, por estar previamente determinado en la norma legal, para demostrar la verdad de un hecho, cosa, circunstancia o acontecimiento que, en función de ella misma y en lo atinente al proceso en que tiene expresión, constituye su objeto. De ahí que, en este sentido o acepción que admite la palabra, el término prueba no puede tomarse, en rigor, como equivalente a hecho. (Casación Penal. 4 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 144, 2ª.

357

PRUEBA

(Como sinónimo de indicio).

Artículos 203 y ss. del Código de Procedimiento Penal.

La prueba, al ser apreciada para la formación del juicio lógico que supone la tarea de valorarla, obra como indicio, es decir, en el carácter de hecho, toda vez que indicio, en el campo de la ley y de la doctrina procesal, no puede ser sino un hecho. Pero el que ella, en este preciso terreno, tenga la exacta equivalencia a hecho, no quiere decir que se confunda con su objeto, que es aquello que debe ser acreditado y que "consiste en la cosa, la circunstancia o el acontecimiento cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso". En este otro aspecto el término prueba reviste, evidentemente, una muy distinta acepción. (Casación Penal. 4 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 144, 2ª.

358

PRUEBA

(Mérito probatorio de ésta).

De acuerdo con el artículo 597 del Código Judicial, para estimar el mérito probatorio de una prueba, debe hacer parte del proceso por haberse allegado en alguna de las cuatro oportunidades allí enumeradas en forma taxativa. (Negocios Generales. 5 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1093, 2ª.

359

PRUEBAS

(Arbitrio de los Jueces para estimarlas).

Dentro del sistema legal moral imperante en la legislación penal colombiana, los jueces tienen un prudente y necesario arbitrio para estimar las pruebas. (Casación Penal. 9 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 964, 2ª.

360

PRUEBAS

(Facultades de apreciación del Juez).

Artículo 203 del Código de Procedimiento Penal.

Dentro del sistema de estimación legal moral de las pruebas consagrado por nuestro Código de Procedimiento Penal, se les concede a los falladores de instancia una amplia autonomía para apreciarlas. De aquí lógicamente se infiere que solamente los errores protuberantes que contrarían los principios de una sana crítica o la lógica pueden ser tenidos en cuenta en casación, en cuanto ellos se hayan utilizado como premisas para proferir el fallo impugnado. (Casación Penal. 1º de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 119, 1ª.

361

PRUEBAS

(Principio de la autenticidad).

Artículos 203 y ss. del Código de Procedimiento Penal.

Conforme al Código de Procedimiento Penal, las pruebas, en su acepción de medios destinados a demostrar hechos, cosas, circunstancias y acontecimientos de trascendencia jurídica en el proceso, son la inspección ocular, los indicios, el testimonio, el documento, la confesión y la peritación; todos los cuales, sin excepción, están gobernados por el principio de la autenticidad que es el que, con el carácter de esencial, les da vida y permite su legítima apreciación. Este principio recoge la prueba en su origen claramente determinado, en las condiciones de forma y de fondo que concurrieron para su producción y en su contenido mismo, que es en donde la autenticidad debe obrar con mayor rigor y severidad. (Casación Penal. 4 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 144, 2ª y 145, 1ª.

362

PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES

(Nacidas del hecho ilícito).

Artículos 2341 y ss. del Código Civil.
Artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887.

Hay restricción probatoria para los actos o contratos de que surjan o se extingan vínculos cuyo objeto valga más de $ 500. Se rechaza la prueba por testigos dentro del sistema organizado por los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887 y 703 del Código Judicial. Pero cuando se contempla el hecho ilícito y sus consecuencias, es notorio que la hipótesis se encuentra al abrigo de tal restricción y existe de suyo libertad de probanzas. (Casación Civil. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 427, 1ª.

363

PRUEBA TESTIMONIAL

(Estudio crítico de la).

En lo relativo a la prueba testimonial, es notorio que el fallador no puede limitarse a hacer un sintético recuento de lo dicho por los deponentes, sino que es preciso que haga un estudio crítico del contenido de tales testimonios. (Casación Penal. 24 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 997, 2ª.

364

RAMAS DEL PODER PUBLICO

(Funciones separadas y atribuciones propias de cada una).

Como todas las Ramas del Poder Público, de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución Nacional, tienen funciones separadas, los actos de una de ellas no pueden invadir las atribuciones propias de la otra, para limitarlas o condicionarlas a formalidades o hechos no previstos de modo expreso en la respectiva norma constitucional, porque si procede así, además de obrar sin la necesaria competencia, rompe el equilibrio entre las Ramas del Poder, para subordinar la actividad o las atribuciones de una de ellas a la voluntad de la otra, con evidente violación del artículo citado. (Sala Plena. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 807, 2ª, y 808, 1ª.

365

RAMAS DEL PODER PUBLICO

(Atribuciones conferidas a estas, especialmente a la Ejecutiva. Facultades implícitas).

Procede advertir que no siempre es posible ni sería conveniente que el ejercicio de las atribuciones conferidas a las distintas Ramas del Poder Público, en especial a la Ejecutiva, esté determinado y especificado en forma minuciosa y precisa; de ahí que exista una amplia zona sujeta a las llamadas facultades implícitas, porque, dada la variedad de circunstancias, de hechos y acontecimientos, no sería dable trazar de antemano una pauta rígida para todas las actuaciones. Y así ocurre, en cuanto atañe al Ejecutivo, con los actos de gobierno o políticos, y respecto del Congreso, en lo tocante a la necesidad de legislar sobre alguna de las materias previstas en el artículo 76 de la Constitución Nacional. De manera, pues, que sobre el ejercicio de estas atribuciones que le fijan su competencia, el Congreso puede por regla general, escoger en forma adecuada las materias sobre las cuales legislará, salvo expresa y clara excepción constitucional que le imponga, por especiales motivos, una limitación, la cual, dada su naturaleza excepcional, debe interpretarse en forma restricta. (Sala Plena. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 808, 1ª.

366

RECURSOS DE CASACION LABORAL

(Cada uno de los motivos aducidos en la demanda debe ser alegado separadamente).

Según la ley orgánica del recurso, cada uno de los motivos de casación que ella instituye, debe ser alegado separadamente, por lo cual el de infracción directa no puede mezclarse con el de violación indirecta, ni puede tomarse como perteneciente a esta modalidad el que se aduce con base en la primera. (Casación Laboral 9 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1044, 2ª y 1045, 1ª.

367

RECURRENTE EN CASACION

(Debe precisar el contenido de la sentencia sustitutiva).

El recurrente en casación debe precisar el contenido de la sentencia sustitutiva de la segunda instancia, expresando si ésta debe caer en su totalidad o en parte. (Casación Laboral. 13 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1051, 2ª.

368

REIVINDICACION

(Confesión de la parte demandada).

Artículo 946 del Código Civil.
Artículo 607 del Código Judicial.

La alegación hecha por apoderado de una prescripción adquisitiva, como excepción en la contestación de la demanda, y como acción en la contrademanda, dentro de un proceso reivindicatorio de cuerpo cierto, conlleva el reconocimiento de tres de los elementos de la acción de dominio: posesión en el demandado, singularidad e identidad de la cosa. Tal manifestación implica confesión de tales hechos, según el artículo 607 del Código Judicial. De consiguiente, en el caso de autos hay identidad entre los terrenos cuya restitución se impetra y los terrenos cuyo dominio consideran los demandados haber adquirido por usucapión ordinaria. El error de hecho es manifiesto, pues el fallo acusado no encontró probada la identidad de los terrenos perseguidos, por cuanto pasó inadvertida o como si no existiera, no obstante formar parte del proceso, la demanda de mutua petición, pieza ésta llamada a demostrar dicha identidad. (Casación Civil. 18 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 443, 2ª.

369

REIVINDICACION

(Posesión y dominio).

Artículos 762, 946, 2538 y 2529 del Código Civil.

Si en el presente juicio reivindicatorio se tratara de una pugna entre títulos originados de una misma raíz causante, se resolvería en favor del más antiguo, de acuerdo con la regla del artículo 1873 del Código Civil. Pero no dan cuenta de tal situación los autos, sino de la contraria, de modo que la litis no puede resolverse sino a la luz de la posesión. En consecuencia, por hallarse los demandados en posesión de los terrenos, esto es, protegidos por la presunción del artículo 762 del Código Civil; por estar probada esa posesión por el lapso de diez años y no aparecer establecido que se hubiese iniciado violentamente, se trata de una situación jurídica prevaleciente en el litigio, de suerte que la sentencia absolutoria acusada, vista en instancia, debe sostenerse. (Casación Civil. 18 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 444, 1ª.

370

REIVINDICACION

(Para la sucesión).

Artículos 946, 950 y 1325 del Código Civil.

Cuando el Tribunal, como consecuencia de la declaración de simulación de los contratos que había celebrado el causante para enajenar el inmueble de que se trata, ordenó la restitución del mismo, a la sucesión, no incurrió en inaplicación de los artículos 946, 950 y 1325 del Código Civil, por carecer el actor de título, según lo afirma el impugnante de la sentencia, porque el título de quien reclama su legítima, es la ley que ese derecho reconoce a quien tal calidad demuestra. (Casación Civil. 6 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 62, 2ª.

371

REIVINDICACION

(Derechos de copropiedad).

Artículo 949 del Código Civil.

Se justifica la negativa del sentenciador a la reivindicación impetrada, porque dirigida esta a obtener la restitución, en su singularidad corporal, de un predio determinado por sus linderos, era indispensable que se acreditase la exclusiva propiedad del sujeto activo de la acción sobre el entero o unidad reclamada, sin que sirviese al efecto la titularidad del condominio, solo apta para reivindicar la cuota respectiva como bien jurídicamente distinto del cuerpo cierto en que la misma cuota radica. (Casación Civil. 20 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 104, 2ª.

372

REIVINDICACION

(Identidad del objeto).

Artículo 946 del Código Civil.

Las observaciones formuladas por el Juez en la inspección ocular practicada en este juicio reivindicatorio coinciden con las conclusiones de los peritos en estos puntos fundamentales: la determinación material del fundo de la demandante según su título escriturario de compra, y la identificación de lo poseído por el reo, dentro de dicho fundo. La circunstancia de que el área de la reivindicación aparezca en dos porciones, no resta unidad a la cosa respecto de la cual se ejerce la acción, siendo así que ambas partes están dentro de los linderos que la demanda le señala al lote ocupado por el demandado, y desde luego dentro de la extensión del inmueble descrito en el título de la actora. Hay, pues, uniformidad no sólo en los conceptos de los peritos, sino también armonía entre estos dictámenes y las observaciones del Juez, de modo que al negárseles el mérito de plena prueba de la identidad del inmueble, incurre la sentencia en error de derecho en la estimación de las mismas probanzas, ya que no se ajusta a lo prescrito en los artículos 722 y 730 del Código Judicial. (Casación Civil. 27 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 488, 2ª.

373

REIVINDICACION

(Prueba de la posesión del demandado).

Artículo 946 del Código Civil.
Artículo 214 del Código Judicial.

La posesión, por parte del demandado, se encuentra acreditada en este juicio por los testigos, por la diligencia de inspección ocular, por el dictamen de los peritos y por la circunstancia de haber dado respuesta al hecho sobre posesión, a él imputado en el libelo inicial, con un "no me consta", que no concuerda con el deber que al demandado en reivindicación le impone el artículo 214 del Código Judicial, al extremo de que, probado como está el dominio de la actora, de todas suertes se haría responsable de la cosa o de su precio. (Casación Civil. 27 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 489, 1ª.

374

REIVINDICACION DE INMUEBLES

Artículos 946 y ss. del Código Civil.

Un mismo inmueble puede estar comprendido por los linderos señalados en dos o más títulos de propiedad, caso que no es extraño ni en sí mismo contradictorio. Lo que procede, entonces no es menospreciar las pruebas que lo demuestran, sino analizar aquellos títulos y definir cuál de ellos debe ser preferido por sus atributos de antigüedad y validez para el efecto de reconocerle a su beneficiario el amparo que la ley le otorga como sujeto activo

del respectivo derecho de dominio. La existencia de varios títulos sobre el mismo bien impone la necesidad de confrontarlos para determinar cuál de ellos debe preponderar sobre los demás. La Corte tiene establecido que en ese supuesto la acción reivindicatoria no es más que una acción de prevalencia de títulos entre el actor y el demandado, en la cual ha de prevalecer forzosamente el que ofrezca las mejores condiciones de validez y antigüedad. (Casación Civil. 4 de abril de 1961). 383, 2ª y 384, 1ª.

375

REIVINDICACION DE INMUEBLES

(Determinación por linderos).

Artículo 946 del Código Civil.
Artículos 205 y 222 del Código Judicial.

La singularización o identidad de los bienes, elemento integrante e indispensable para la prosperidad de la acción reivindicatoria, consiste en comprobar que los descritos en la demanda y de los cuales tratan los títulos de dominio presentados por el actor, corresponden a los que poseen el demandado o demandados. Y, en tratándose de bienes inmuebles, la manera de singularizarlos para su debida y fácil identificación, es expresar en la demanda los linderos que los distinguen de los otros. Así se deduce del artículo 205 del Código Judicial que, en relación con lo que se demanda dispone expresar con claridad y precisión los hechos. Y más concretamente, del 222 ibidem que dice: Si lo que se demanda es una cosa raíz deben especificarse los linderos y las demás circunstancias que le den a conocer y la distingan de otras con que pueda confundirse. (Casación Civil. 6 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 405, 2ª.

376

RELACION JURIDICO SUSTANCIAL

(No tiene incidencia en el proceso cuando el patrocinio judicial no es de abogado inscrito).

De otro lado, el patrocinio judicial por quien no es abogado inscrito, ninguna incidencia tiene en la relación jurídico sustancial materia de la decisión, y sólo da lugar a sanciones disciplinarias contra el Juez que la acepta en el proceso. (Casación Laboral. 6 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1031, 2ª.

377

RELACION LABORAL

(No está subordinada a la declaración de renta del patrono).

La existencia de la relación laboral no queda subordinada al hecho de que el patrono, en su declaración de renta, haya incluído o no al empleado en la nómina de sus servidores. (Casación Laboral. 4 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1025, 2ª.

378

REMATE

(Su efecto jurídico).

El remate en juicio ejecutivo es justo título que coloca en posesión regular al rematante de buena fe, y le confiere el dominio en cuanto lo hubiese él ejecutado. (Casación Civil. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 827.

379

REPOSICION

(Contra decisiones de plano).

Artículos 74, 77 y 185 del Código de Procedimientao Penal.

El artículo 77 del Código de Procedimiento Penal ordena que cuando el Juez o Magistrado rechaza la recusación propuesta contra él, el superior ha de decidir de plano, vale decir, en vista de lo alegado y probado, sin tramitación anterior alguna, sin actuaciones, ni dilaciones, ni recursos posteriores; de donde se deduce que contra tal providencia no es procedente la reposición. Sobre todo si se tiene en cuenta que la ley establece una tramitación especial, incompatible con la decisión de plano, en lo tocante a la reposición de los autos interlocutorios (artículos 185 del Código de Procedimiento Penal y 488 del Código Judicial). (Sala Penal. 2 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 122, 1ª y 2ª.

380

REPRESENTANTES DEL PATRONO.

Artículo 32 del Código del Trabajo.

Según lo ha expresado esta Sala de la Corte y el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en reiteradas decisiones en que ha habido oportunidad de fijar el contenido y el alcance del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, los directores, gerentes, administradores y los demás que la misma norma indica, constituyen ejemplos, puramente enumerativos, de empleados que ejercen funciones de dirección y administración. Los empleados de esta categoría se distinguen porque ocupan una especial posición jerárquica en la empresa, con facultades disciplinarias y de mando, están en función no simplemente ejecutiva, sino orgánica y coordinativa con miras al desarrollo y buen éxito de la empresa; están dotados de determinado poder discrecional de autodecisión y ejercen funciones de enlace entre las secciones que dirigen y la organización central. (Casación Laboral. 22 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 710, 1ª.

381

REPRESENTANTES DEL PATRONO

Artículo 32 del Código del Trabajo.

El documento que obra en autos, donde consta el contrato de trabajo que vinculó a las partes de este juicio, está suscrito de una parte por el empleado y de la otra por persona que, conforme a lo que allí se declara, tiene la calidad de gerente de la empresa y actúa a nombre y representación de ella. De tal suerte que no resulta el error que se atribuye al Tribunal por el hecho de haber considerado como eficaz y admisible la representación de la empresa demandada mediante la intervención del gerente de la misma para la celebración del contrato, pues, cualquiera que él fuese como tal, tenía capacidad para representar, a la persona jurídica a cuyo nombre obraba, sin que deba probarse esa representación, porque es la propia ley la que así lo establece en el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo. (Casación Laboral. 22 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 710, 1ª y 2ª.

382

RESCISION

(Por lesión enorme).

La rescisión de la compraventa de inmueble por lesión ultramitad, es fenómeno que al consumarse implica la anulación del contrato por causa del vicio que la lesión enorme envuelve y que no optó por subsanar en forma legal aquel de los contratantes contra el cual se pronunció (1948, Código Civil). Es enton-

ces aplicable la regla del artículo 1746 ibidem que, para los casos de pronunciamiento de nulidad en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada, impone, por imperativo de justicia elemental, el cumplimiento de las consecuenciales restituciones mutuas entre las partes. (Casación Civil. 10 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 849.

383

RESCISION POR LESION ENORME

Si decretada la rescisión por lesión enorme, el comprador no opta por la subsistencia del contrato, allanándose a completar el justo precio con deducción de una décima parte, así como él está obligado a restituír al vendedor la cosa y sus frutos producidos desde el día de la demanda, también tendrá derecho a que el vendedor lo restituya el precio por éste recibido con sus intereses legales igualmente desde el día de la demanda y le abone, de acuerdo con las reglas generales, el valor de las mejoras hechas por el comprador en la cosa (artículos 961 a 970, 1748 y 1948 del Código Civil). (Casación Civil. 10 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 849.

384

RESOLUCION DE CONTRATO DE PERMUTA

En casación de 29 de mayo de 1942 (LIV, 117), se consagra la doctrina de que el hecho de haberle recibido el vendedor al comprador algunos abonos, después de vencido el plazo para pagar el precio, no implica la renuncia de la acción resolutoria, porque si el vendedor no logra el pago total, que es para él la finalidad obvia del contrato, bien puede demandar la resolución, comoquiera que el facilitarle al comprador el cumplimiento de su deuda, no es incompatible con la expresada acción. De la misma manera, y ya en referencia al caso de autos, en el cual una de las partes permutantes dejó transcurrir el año de plazo que se había acordado, sin obtener la titulación del terreno baldío que permutaba, el hecho de haber suscrito los permutantes que formaron la contraparte una nueva petición a las autoridades del ramo, con el objeto de titular la finca, no puede tomarse como medio extintivo de la acción resolutoria, la cual, según dicha doctrina, no habiéndose ejercido y en el supuesto de que la titulación no se lograra, podría ser incoada luégo, lo que no sería posible si la nueva petición implicara la renuncia de la acción. (Casación Civil. 4 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 833.

385

RESOLUCION DE CONTRATO DE PERMUTA

(Perjuicios).

Es doctrina de la Corte la de que en tratándose de la acción resolutoria tácita, que como instrumento general para los contratos bilaterales consagra el artículo 1546 del Código Civil, y para la venta y la permuta estatuyen en particular los artículos 1882 y 1930, la resolución por falta de cumplimiento de la obligación de uno de los contratantes, conlleva la condena de perjuicios por el solo hecho de la resolución. "Es injurídico (Casación XXXI, 62) absolver al demandado de la petición de perjuicios por infracción de un contrato alegando que la existencia de éstos no se halla debidamente acreditada en autos". Esta jurisprudencia ha sido reiterada, como puede verse en la Gaceta Judicial, Tomo XLIV, 526. (Casación Civil. 4 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 834.

386

RESOLUCION DE CONTRATOS

(Por incumplimiento).

Artículos 1546, 2453 y 1894 del Código Civil.

La circunstancia de que el comprador de bienes gravados con hipotecas no declaradas por el vendedor, pueda demandar indemnización de éste por motivo del desposeimiento o de la evicción que le llegue a producir el ejercicio de la acción hipotecaria (Código Civil, 2453 y 1894), no priva a dicho comprador de los demás recursos que la ley le brinda para evitar estas consecuencias y las que se deriven del incumplimiento de las obligaciones contraídas a su favor, recursos entre los cuales se halla la acción resolutoria. (Casación Civil. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 433, 2ª.

387

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

(Directa e indirecta).

Título 34 del Libro 4º del Código Civil.
Artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941.

Actualmente se reconoce la responsabilidad indirecta de la Administración según las disposiciones del Código Civil, contenidas en el Título 34 del Libro IV, en cuanto atañe a los perjuicios ocasionados por los delitos o culpas de los empleados subalternos en el ejercicio de sus atribuciones o con el pretexto de ejercerlas, con todas sus ventajas, pero también con todas las limitaciones señaladas en las normas aludidas, como la prescripción de la acción en lapso de tres años, que opera tanto respecto de las personas naturales como en relación con las personas jurídicas, incluyendo también al Estado o a la Administración. Esta debe también indemnizar los perjuicios causados por actos, hechos u operaciones administrativas, como consecuencia de una responsabilidad directa (artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941), que incluye las omisiones o "falta de servicio", en cuanto no menoscabe sus facultades discrecionales. (Negocios Generales. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 734, 2º.

388

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Artículos 2347, 2349 y 2350 del Código Civil.

Se trata de un juicio de responsabilidad debido al daño causado por la edificación construída en el inmueble contiguo. Mas la responsabilidad se ha basado en la propiedad exclusiva que sobre la pared divisoria invoca la actora y, según la sentencia acusada, esta propiedad exclusiva no logró demostrarse. Sobre esta base, no puede darse violación de los artículos 2347, 2349 y 2350 del Código Civil, referentes a responsabilidad extracontractual, ya que sin la prueba del derecho exclusivo de la actora sobre el muro divisorio y sobre la faja de terreno en que estaba levantado, no puede deducirse obligación alguna a cargo del colindante por haberse servido de la pared, como corresponde a su calidad de medianera. (Sala de Casación Civil. 24 de marzo de 1961). 110, 2ª y 111, 1º.

389

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(El hecho culposo).

Artículo 2341 del Código Civil.

No es acertado afirmar que para que el hecho culposo se tipifique como elemento de la acción de indemnización de perjuicios por culpa extracontractual se requiere que apa-

rezca el animus o intención de dañar, pues basta que el hecho nocivo sea imputable como culposo a su autor, sin necesidad de que haya obrado con animus nocendi. (Casación Civil. 6 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 74, 2ª.

390

RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL ESTADO

(Requisición de semovientes).

Artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941.
Artículo 33, inciso 1º, de la Constitución Nacional.

Corresponde decidir si la requisición de semovientes del actor, con destino a la alimentación de la tropa, según decisión u orden del Corregidor y Comandante de Barranca de Upía, debe considerarse como una responsabilidad indirecta del Estado, con fundamento en una culpa del citado capitán; o si debe clasificarse como directa, reputándose como acto o hecho u operación administrativa la requisición de los semovientes según orden verbal de la citada autoridad. El acto de la requisición no cabe duda alguna que se llevó a efecto como algo inherente al servicio público, la alimentación de la tropa, según orden de quien, en aquellos tiempos, legítimamente ejercía la autoridad civil y militar, con facultad suficiente para tomar las medidas necesarias encaminadas a cumplir la misión de restablecer el orden público perturbado en la región, o sea, cumplía un acto administrativo o una operación o un hecho del mismo carácter que compromete la responsabilidad directa del Estado, en cuanto atañe a la indemnización debida al propietario damnificado. (Negocios Generales. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 744, 2ª y 745, 1ª.

391

RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL ESTADO

(Competencia).

Artículo 33 de la Constitución Nacional.
Artículo 34, numeral 1º, del Código Contencioso Administrativo.

El Corregidor y Comandante del puesto militar de Barranca de Upía, dispuso y ejecutó la requisición de 120 cabezas de ganado vacuno de propiedad particular, a fin de atender al sostenimiento de la tropa a su mando, destacada allí en misión de orden público en tiempo de estado de sitio, y el señor Procurador Delegado, con fundamento en el artículo 33 de la Constitución Nacional, en armonía con el numeral 1º del artículo 34 del Código Contencioso Administrativo, sostiene que la competencia corresponde, en este caso, al Consejo de Estado. La Sala, sin embargo, tiene en cuenta que las normas legales citadas se refieren a expropiaciones de bienes muebles llevadas a efecto en forma regular; pero si esto no sucede, si se trata más bien de una ocupación o disposición de hecho de semovientes con destino a llenar una necesidad pública inaplazable, la competencia privativa no puede predicarse de la jurisdicción contencioso administrativa, así como tampoco conoce de la indemnización por la ocupación de hecho y permanente de la propiedad inmueble; por tanto, el conocimiento de este juicio le corresponde a la justicia ordinaria, en conformidad con el auto, ya ejecutoriado, en que así lo resolvió el Tribunal (artículo 449, numeral 2º del Código Judicial). (Negocios Generales. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 745, 1ª y 2ª.

392

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(De entidades de derecho público).

Artículo 2349 del Código Civil.

Como bien es sabido, la responsabilidad de las entidades de derecho público puede quedar comprometida por el daño que ocasionen a terceros los hechos culposos de sus agentes o dependientes. Precisando los elementos de una tal responsabilidad se ha dicho que ella surge del concurso de los siguientes factores: a) Un daño; b) Una culpa en el agente o dependiente; c) Una relación de causalidad entre dicha culpa y el daño. Si falta, pues, alguno de tales elementos no queda comprometida la responsabilidad; como tampoco queda, aunque concurran todos, si la entidad demandada puede prevalerse de una circunstancia eximente. (Negocios Generales. 28 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 783, 2ª.

393

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(En actividades peligrosas).

Artículo 2356 del Código Civil.

La culpa del chofer resulta, en el caso de autos, de la misma comprobación del accidente, establecida mediante declaraciones de testigos, ya que tratándose de una actividad peligrosa como es la conducción de vehículos automotores, los daños causados por ella se presumen derivados de culpa de su autor, de conformidad con la presunción que al respecto consagra el artículo 2356 del Código Civil. (Negocios Generales. 28 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 784, 2ª.

394

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(De las entidades de derecho público).

Artículos 2347 y 2349 del Código Civil.

Con base en las disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia ha aceptado de tiempo atrás que la responsabilidad de las entidades de derecho público puede quedar comprometida por el hecho dañoso de sus agentes o dependientes, siguiendo en esto la tendencia nacional y extranjera. Como regla general tal responsabilidad surge, como bien es sabido, del concurso de los siguientes factores: un daño, un delito o culpa en el agente o dependiente, y una relación de causalidad entre el daño y la actividad de dicho agente o dependiente. Se requiere, además, que la entidad demandada no pueda aprovecharse de alguna circunstancia eximente (artículos 2347 y 2349 del Código Civil). (Negocios Generales. 18 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 751, 1ª y 2ª.

395

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(La carga de la prueba).

Artículos 2341 y 2347 del Código Civil.

Cuando por culpa del agente se lesiona un interés jurídicamente protegido, asiste a la víctima el derecho a resarcimiento. Sólo que para legitimarse en la causa es regla general que a su cargo se encuentre la prueba de los elementos que envuelve la responsabilidad civil extracontractual: culpa, daño, y relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio experimentado por la víctima. Sin em-

bargo, la prueba de culpabilidad no corresponde al demandante si por motivos trascendentes las normas organizan presunciones que invierten la carga de la prueba. Presumida en el demandado la responsabilidad por el hecho dañino, le basta al demandante probar las demás condiciones de la acción para obtener sentencia indemnizatoria. (Casación Civil. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 426, 2º.

336

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Delictual y simplemente civil).

Artículo 2341 del Código Civil.
Artículo 28 del Código de Procedimiento Penal.

La responsabilidad delictual y la responsabilidad por el ilícito simplemente civil obedece a principios y normas que no les permiten ser equiparadas. Es así como por regla general la absolución por delito no interfiere la actividad jurisdiccional por cuanto hace a los efectos propios del ilícito civil. Pero, si, por excepción, del pronunciamiento penal absolutorio se desprenden o la inexistencia del hecho, o para el agente causas de justificación o ausencia de imputabilidad o de culpa, en cuanto pertenece el error de conducta a la víctima y no al procesado, por ello absuelto concretamente sobre cierta lesión en determinada persona, ningún género de duda impide saber que el proceso civil mal podría convertirse en recurso extraordinario y desviado de revisión del proceso penal absolutorio por las mismas lesiones como debidas nada más que a culpa de la víctima, según lo establece y prueba la propia absolución en lo penal. (Casación Civil. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 420, 2ª.

337

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Definido ya el proceso penal).

Artículo 2341 del Código Civil.
Artículo 28 del Código de Procedimiento Penal.

Considera el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal cuatro hipótesis en las cuales no existe acción civil indemnizatoria, las dos primeras porque el hecho no le es imputable al sindicado quien por lo mismo no es responsable, y las dos últimas porque sin embargo de caberle imputabilidad física, su acción está recibida en derecho y no es tampoco sujeto de responsabilidad. El rasgo común de estas excepciones a los principios que distinguen los ilícitos penal y civil, consiste en la inexistencia de responsabilidad. De donde se deduce que cuando el fallo penal despacha absolución por ausencia de culpa en el sindicado, por modo que como causa única generadora del daño se encuentre el yerro de conducta en que la víctima incurriera, no hay base en derecho para que el poder jurisdiccional del Estado se exprese por otra vía —la civil— en sentido contrapuesto al pronunciamiento definitivo y firme de la justicia penal que la misma República administra por autoridad de la ley. (Casación Civil. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 419, 2ª y 420, 1ª.

338

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Presunciones legales).

Artículo 2347, numeral 2º, del Código Civil.

Se presume por ley la responsabilidad del padre de familia por el hecho injurioso de

sus hijos no emancipados (2º, 2347 del Código Civil). La proposición jurídica se justifica en fuerza de los poderes que el régimen de la familia reconoce al padre para el fiel cumplimiento de los deberes que la patria potestad comporta y exige. Si el hijo de familia lesiona el derecho ajeno, el hecho mismo posee elocuencia demostrativa de falla grave en el cumplimiento de los deberes del padre tocantes a la guarda, educación y vigilancia de la conducta del hijo. Para verse absuelto de responsabilidad es necesaria al padre la demostración de estar exento de culpa, por cuanto a pesar de su celo y diligente esmero en la formación del hijo, estuvo en imposibilidad de evitar el hecho dañoso. (Casación Civil. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 426, 1ª.

339

RESTITUCION

(Acción que compete al despojado del inmueble mejorado por él).

El edificador, plantador o sembrador no se pretende dueño ni poseedor del inmueble acrecentado por accesión. De buena fe, no discute la necesidad en que se encuentra de restituir frente al propietario, que si a su turno pretende el recobro, tampoco puede reivindicar de quien no es poseedor. Sólo que está a su cargo la obligación de pagar el valor del edificio, plantación o sementera, para legitimar el retorno del objeto a su poder.

Ahora bien, el despojante del inmueble mejorado carece de base para hacer valer el hecho del despojo como acción o como excepción que le permita abstenerse de restituír al despojado. Una consecuencia que pugna abiertamente con los principios esenciales del orden jurídico sería consagrada si se negara la acción restitutoria al despojado frente al desponjante, por la sola consideración de que un tercero, absolutamente extraño a la litis —el dueño del terreno en calidad de tal— sería el titular de la acción reivindicatoria y no el demandante. Cuando lo cierto es que dentro de la relatividad del litigio entre el despojado y el despojante, se busca apenas determinar cuál de las dos partes frente al objeto se encuentra en posición prevaleciente, sin perjuicio de los derechos del dueño, quien tampoco podría pretender el recobro sin abonar al mismo tiempo el valor de las mejoras.

Para que el derecho de retención desaparezca sin que se haya extinguido la deuda vinculada al objeto, es indispensable que el acreedor se desapodere o entregue voluntariamente lo que por ley constituye seguridad real de su acreencia. (Casación Civil. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 817 y 818.

400

RESTITUCION DE LO ROBADO, HURTADO, ETC.

(Reducción de pena).

Artículo 429 del Código Penal.

La disposición del artículo 429 del Código Penal que otorga una reducción de la pena cuando el responsable restituye antes de la sentencia de primera instancia el objeto que fue materia de la infracción o indemniza a la persona ofendida, se refiere de manera exclusiva a los "Delitos contra la Propiedad", contemplados en los Capítulos I a V del Título XVI, como lo expresa con toda claridad el mismo enunciado del capítulo en que tal disposición se contiene. Así que con referencia al peculado, por ejemplo, no tiene aplicación el citado artículo 429. (Casación Penal. 8 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 152, 1ª y 2ª.

401

RETENCION

(Alcance de la titularidad para la).

La misma titularidad para retener que asiste al mejorante de buena fe de un predio ajeno, lo autoriza para recuperar por medios jurídicos el objeto sobre el cual la retención se encuentra reconocida por las normas, mientras no haya prescrito la acreencia de ese modo garantizada. Si así no fuese, bastaría que por maneras soslayadas o directas el deudor de las mejoras obtuviese el despojo del acreedor por mecanismos de usurpación en esa forma legitimados. Así que, salvo la prescripción del crédito, permanecen abiertas las vías jurídicas para restituir en su derecho a quien ha sido despojado por vías de hecho. (Casación Civil. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 817.

402

RETENCION

(De mejoras).

Mal podría el sujeto activo del derecho de retención por mejoras (artículo 739 del Código Civil) pretender que los principios orgánicos de la accesión se trasmutaran en su favor para adquirir el dominio sobre el terreno que las sustenta y al cual acceden; o que esos mismos principios se desviaran para que pudiera ser dueño de las mejoras con abstracción de la tierra. No puede tener tampoco en puridad la acción reivindicatoria con que el dominio está amparado. Pero le basta titularidad para retener, y en este sentido específico para enfrentar a toda persona, en general, su derecho de garantía; inclusive para contradecir con éxito la acción de recobro del dueño, mientras este último no se legitime en la causa por virtud del pago de la obligación así garantizada realmente. (Casación Civil. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 817.

403

RETROACTIVIDAD DE LA LEY FAVORABLE

(En materia penal).

Artículo 26, inciso 2º, de la Constitución Nacional.

El artículo 26 de la Constitución Nacional consagra en su segundo inciso la retroactividad de la ley permisiva o favorable. Así, pues, el principio de la irretroactividad de la ley penal sustantiva, común a todas las leyes, sufre, por mandato de la Carta y en homenaje a supremas razones de respeto a inmanentes derechos de la persona humana, una quiebra en su rigor jurídico, excepción consistente en hacerla retroactiva cuando es más benigna o favorable que la ley bajo cuyo imperio se pudieron cometer los hechos que se juzgan. (Casación Penal. 25 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 252, 1ª.

404

RETROACTIVIDAD DE LA LEY FAVORABLE

(En materia criminal).

Artículo 26, inciso 2º, de la Constitución Nacional.

La consagración por el constituyente del equitativo principio de que "la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable" a que alude el inciso 2º del artículo 26, ampara a la persona en el juicio criminal no sólo por el aspecto sustantivo de derecho penal, como pudiera entenderse de las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887. Lo que la Carta establece en cuanto a ley preexistente, en materia criminal, comprende por igual los preceptos sustantivos y de procedimiento, dejando a salvo, eso sí, el canon fundamental de la retroactividad, cuando la ley posterior es más favora-

ble al imputado de la comisión de un delito. (Casación Penal. 15 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 176, 1ª.

405

RETROACTIVIDAD DE NORMAS SUSTANTIVAS FAVORABLES

(Contenidas en ley procesal).

Artículo 26, inciso 2º, de la Constitución Nacional.

La doctrina y la jurisprudencia han entendido que el principio de que "en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", consagrada en el artículo 26 de la Carta, no sólo tiene vigencia en cuanto al derecho penal material, como pudiera creerse frente a las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, sino también en cuanto respecta a las normas de carácter sustantivo contenidas en la ley procedimental. (Casación Penal. 25 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 252, 1ª.

406

REVISION

(Sentencias contradictorias).

Artículo 571, ordinal 1º del Código de Procedimiento Penal.

Las sentencias contradictorias a que se refiere el ordinal 1º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal para fijar el primer motivo del recurso de revisión, nada tienen que ver con las que se profieren, de contenido igual o distinto, en las dos instancias a que está sometido, en general, el proceso penal; puesto que, a más de que hacen parte de un todo e integran una unidad jurídica absoluta e irrevocablemente insoluble, la de segunda instancia subordina y prevalece sobre la de primera, sin menoscabar y mucho menos destruir aquella unidad que se forma con la necesaria concurrencia de ambas. (Casación Penal. 4 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 141, 2ª.

407

REVISION

(Sentencias contradictorias).

Artículo 571, ordinal 1º del Código de Procedimiento Penal.

Puesto que la idea de contradicción jurídica debe ser excluída del ámbito que es propio y pertenece a los fallos que se dictan como consecuencia y determinación de las dos instancias del proceso, lógicamente y de manera imperiosa tiene que concluírse que cuando el ordinal 1º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal sienta como motivo de revisión el hecho de que se estén cumpliendo condenas "en virtud de sentencias contradictorias", se refiere, sin duda, a las que se puedan expedir, por unos mismos hechos delictuosos, en procesos distintos, precisamente con el carácter de contradictorias. (Casación Penal. 4 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 141, 2ª.

S

408

SALARIO

(Quién puede pagarlo).

Artículos 22, 23 y 139 del Código del Trabajo.
Artículo 1630 del Código Civil.

Si es obligación del patrono, al tenor de los artículos 22 y 23 del Código del Trabajo, pagar el salario al empleado, nada impide que el acto lo cumpla un tercero por encargo de aquél. A diferencia de lo que ocurre con el recibo del salario que, por mandato legal debe

entregarse al trabajador o a quien éste autorice por escrito (artículo 139 de la obra citada), el pago de la asignación al empleado puede hacerlo el patrono o un tercero, por encargo suyo o sin él, pues es válido aunque se efectúe sin conocimiento y aun contra la voluntad del deudor (artículo 1630 del Código Civil). (Casación Laboral. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 683, 1ª.

409

SANCION IMPONIBLE

(Caso del artículo 382 del Código Penal).

Artículo 382 del Código Penal.

Los términos precisos empleados por el legislador no pueden desestimarse en modo alguno. Cuando el texto del artículo 382 del Código Penal emplea la expresión "respectivas sanciones", quiere indicar las que corresponden a cada ocurrencia. Siendo ello así, es preciso discriminar el delito, señalar sus modalidades y circunstancias, tanto modificadoras como agravantes, para buscar la pena básica sobre la cual debe recaer el aumento o disminución de la misma, de conformidad con los presupuestos legales del delito tipo. (Casación Penal. 18 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 212, 2ª.

410

SANCION IMPONIBLE

(Caso del artículo 382 del Código Penal).

Artículo 382 del Código Penal.

El artículo 382 del Código Penal no crea propiamente una figura legal o un delito tipo, para dentro de esta autonomía reducir sus términos en orden a aplicar la pena en las circunstancias a que se contrae su texto. El artículo en cita está condicionado para su aplicabilidad a un delito, ese sí tipo, que por razón de los vínculos del parentesco asume características propias de una modalidad distinta del homicidio simple, por querer de la ley que otorga relevancia a esos vínculos para dar lugar a mayor severidad penal, cuando el sujeto pasivo está unido por ellos al agente del delito. (Casación Penal. 18 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 212, 1ª.

411

SANCIONES DISCIPLINARIAS

(Y acción penal).

Artículo 2º del Decreto 3665 de 1950.
Artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

No es aceptable que un Tribunal Superior se abstenga de resolver de los cargos que se hagan a un funcionario dentro de un proceso penal, en razón a que por los mismos hechos ya hubiera sido juzgado y de ellos absuelto en un proceso disciplinario adelantado ante el mismo Tribunal. El mandato contenido en el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal no es aplicable en tal caso, ya que son diferentes las materias objeto del juzgamiento: la una corresponde al campo disciplinario (Decreto 3665 de 1950), y la otra al de la represión penal por el delito. Por ello es que el artículo 2º del Decreto citado dispone que las sanciones disciplinarias se impondrán "sin perjuicio de la correspondiente acción penal", o lo que es lo mismo, que el proceso disciplinario puede adelantarse sin perjuicio del proceso penal a que dé lugar la conducta del funcionario, así esa conducta sea el fundamento de las dos acciones. (Casación Penal. 18 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 582, 2ª y 583, 1ª.

412

SECUESTRE

(Facultades administrativas y deberes especiales).

Los servicios o funciones del secuestre no requieren ni conllevan la facultad de representar y obligar a los depositantes, respecto de terceros. Y ello vale aunque la cosa secuestrada sea un inmueble que deba administrarse, o una fábrica o establecimiento industrial o agrícola, etc., pues, para tales eventos, la ley se limita a concederle al secuestre algunas facultades administrativas y a imponerle ciertos deberes especiales, pero sin atribuírle la representación por otro. (Casación Laboral. 8 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1036, 1ª.

413

SECUESTRE

(Legalmente no puede asumir la representación de los depositantes).

El secuestre no es un empleado al servicio de los individuos que se disputan la cosa depositada en sus manos, luego legalmente no puede asumir la representación de los depositantes. (Casación Laboral. 8 de junio de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1036, 2ª.

414

SECUESTRE

(Tampoco es representante convencional de los individuos que se disputan la cosa depositada judicialmente).

No establece la ley que el secuestre sea representante legal de los individuos que se disputan la cosa depositada judicialmente, y es obvio que tampoco es representante convencional de ellos, cuandoquiera que el secuestro se haya constituído por virtud de decisión judicial. (Casación Laboral. 8 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1036, 2ª.

415

SENADORES Y REPRESENTANTES

(Del Departamento de Bolívar).

Decreto 26 de 1958.
Decreto 473 de 1960.

Acto Legislativo número 4 de 1959.

Son exequibles el artículo 15 de la Ley 9ª de 1951 y el Decreto 26 de 1958, en lo que respecta al señalamiento que hacen del mínimo de parlamentarios que corresponde a la Circunscripción Electoral de Bolívar, en atención a la acogida que a tales disposiciones dio el Acto Legislativo número 4 de 1959. Igual fundamento existe para encontrar exequible el artículo 1º del Decreto-ley 473, de 25 de febrero de 1960, en cuanto señala el mínimo de ocho (8) Representantes para la Circunscripción Electoral de Bolívar, disposición que se ciñe a la mencionada reforma constitucional de 1959. (Sala Plena. 24 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 33, 1ª.

416

SENTENCIA

(Error de derecho).

Pertenece a la clase de los errores de derecho el que se comete cuando, en presencia de una prueba, la sentencia le desconoce el mérito que la ley le da o le reconoce uno de que ella la priva. (Casación Laboral. 4 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1025, 1ª y 2ª.

417

SENTENCIA

(Sus fundamentos según la jurisprudencia laboral).

El recurrente se limita a combatir la valoración de la prueba de inspección ocular, guardando silencio sobre los verdaderos fundamentos de la sentencia, y según la jurisprudencia laboral, mientras no se destruyan todos los soportes que le sirven de sustento, no es el caso de infirmarla. (Casación Laboral. 13 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1057, 1ª.

418

SENTENCIA

(Su valor probatorio cuando se aduzca en copia en otro juicio).

En cuanto a la sustracción de bienes pertenecientes a la sucesión, dice la sentencia recurrida que tal hecho no puede considerarse probado en este negocio "a efecto de sustentar nuevas peticiones en relación con el artículo 1288 del Código Civil y la acción que de él pueda derivarse", puesto que si bien es cierto que ello se acreditó, no tuvo lugar en el presente juicio sino en otro. La referencia remite al negocio que sobre simulación se adelantó entre las mismas partes y que llegó hasta la Corte, la cual, como tribunal de instancia, con base en los hechos probados, profirió condena. Pues bien, el concepto de la sentencia recurrida debe rectificarse de acuerdo con la siguiente doctrina expuesta en casación de 5 de abril de 1956 (LXXXII, 546): "El juicio del juzgador sobre la prueba de los hechos que han sido la base de la decisión, demuestra esos mismos hechos en un nuevo litigio entre las mismas partes, aun cuando se trate de obtener el reconocimiento o declaración de efecto, consecuencia o resultado distinto del que se persiguió en la primera litis, como lo destacan las casaciones de 31 de octubre de 1936 (XLIV, 461) y 27 de octubre de 1938 (XLVII, 330)". (Casación Civil. 25 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 892 y 893.

419

SENTENCIAS

(Parte motiva y parte resolutiva).

Artículo 471 del Código Judicial.

La motivación de la sentencia está subordinada a la declaración de voluntad contenida en la parte resolutiva. En el supuesto de que aquélla no guarde relación con lo declarado en ésta, lo lógico no es preferir el simple razonamiento al acto de voluntad. Si el fallo no produce cosa juzgada sustancial (como es el caso de autos) sino solamente formal, su motivación, en la hipótesis de que contenga decisiones con incidencia en la cuestión principal, no podrían tener valor distinto del que ofrece su parte resolutiva. Como bien lo expresa Chiovenda, objeto de la cosa juzgada es la conclusión última del razonamiento del Juez, y no sus premisas (subraya la Sala). (Casación Laboral. 1º de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 264, 2ª.

420

SENTENCIA

(Con base en el veredicto).

Artículo 480 del Código de Procedimiento Penal.
Artículo 29 de la Ley 4ª de 1943.

No debe perderse de vista que tratándose de un juicio con intervención de jurado, es éste quien en definitiva califica los elementos integrantes del delito en su doble aspecto, y por tanto, si el veredicto no se declara contravidente, la sentencia no puede menos de

acomodarse a lo resuelto por el tribunal popular. (Casación Penal. 19 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 595, 2ª.

421

SENTENCIA DEFINITIVA

(Materia de casación).

Artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral.
Artículo 466 del Código Judicial.

Según el artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral, la sentencia de segundo grado impugnable en casación debe ser definitiva. Tiene este carácter (artículo 466 del Código Judicial) la que decide la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste. Fallo definitivo es el que estima o desestima la acción en el fondo, esto es, el que declara la existencia de una voluntad de la ley en favor del actor, o la inexistencia de tal voluntad en favor del demandado, según la doctrina predominante en derecho procesal. (Casación Laboral. 1º de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 264, 1ª.

422

SENTENCIA DEFINITIVA

(Materia de casación).

Artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral.
Artículo 466 del Código Judicial.

La Sala estima que en el presente caso fue bien denegado por el Tribunal el recurso interpuesto, ya que no es impugnable en casación sino la sentencia definitiva (artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral). El fallo de que se trata no tiene este carácter pues no estima ni desestima las peticiones de la demanda: declara probada la excepción de petición antes de tiempo, que no es perentoria perpetua sino temporal o dilatoria de fondo. Este fallo, conclusivo del proceso, tiene sólo fuerza de cosa juzgada formal, es decir, no impide que el actor inicie nuevo juicio contra el demandado, sin que aquélla pueda impedirlo, pues sólo la cosa juzgada material esteriliza la acción. (Sala de Casación Laboral. 1º de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 264, 1ª y 2ª.

423

SENTENCIA LABORAL

(Debe definir todas las cuestiones litigiosas).

Artículo 417 del Código Judicial.

La sentencia debe definir todas las cuestiones litigiosas, es decir, tanto las acciones deducidas por el actor como las excepciones propuestas por el demandado y, en su caso, las contraprestaciones (reconvención). Es esa la doctrina que consagra el artículo 417 del Código Judicial al señalar los requisitos de forma del indicado acto procesal. El Juez debe examinar primero la acción y después la excepción. La oportunidad para el estudio de ésta no se presenta sino cuando se ha hecho el de la acción, siempre que ella resulte viable, pues objeto de la excepción es aniquilar el derecho deducido en juicio por el actor. Proceder en sentido inverso es desatender las reglas del juzgamiento, contenidas en el citado mandato legal y exigidas por la lógica. La sentencia acusada se ha limitado al estudio de una sola de las excepciones, sin examinar las restantes y por otra parte se ha abstenido de analizar las demás acciones acumuladas en la demanda, lo que equivale a llevar la actividad in procedendo por cauces distintos de los que la ley prescribe. (Casación Laboral. 24 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 721, 1ª.

424

SINDICADO

(Condiciones para que alguien lo sea).

Artículo 346 del Código de Procedimiento Penal.

A una persona no puede considerársele como sindicada en un proceso, aparte del caso de cogerla in flagranti delito, sino cuando con respecto a ella el funcionario de instrucción considere que hay circunstancias y antecedentes consignados en el proceso, en virtud de los cuales aparezca como autora de la infracción penal o partícipe de ella, según lo establece el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, que señala las condiciones para poder recibir indagatoria. (Casación Penal. 23 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 242, 1ª.

425

SIMULACION DE CONTRATOS

(Indicios).

Artículo 1766 del Código Civil.
Artículos 662 y ss. del Código Judicial

No es vulnerable el criterio del Tribunal cuando ve en la cadena de ventas hechas entre padre e hijo, primero, y después entre hermanos, prueba indicadora de la simulación. La jurisprudencia ha visto siempre con gran desconfianza las sucesivas ventas entre familiares de tan estrecho vínculo, intriga de familia que la doctrina denomina domestica fraus. (Casación Civil. 6 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 62, 2ª.

426

SOCIEDAD COMERCIAL DE HECHO

(Reenvío de la ley comercial a la civil).

El reenvío hecho por la ley comercial a la civil (Código de Comercio, 1º y 182) determina la aplicación del artículo 2083 del Código Civil a las sociedades comerciales de hecho, pues el Código Mercantil no contiene disposición alguna que concretamente reconozca estas sociedades, sino que determina los efectos de las formadas sin el cumplimiento de las solemnidades prescritas por la ley (Código de Comercio, artículos 472 y 474 a 480). Si no fuese así, el artículo 2083 sólo tuviera aplicación en el caso de ser de hecho una sociedad anónima civil, única de obligatoria constitución solemne, pues las otras sociedades civiles son simplemente consensuales. Código Civil, 2090). (Casación Civil. 15 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2440). 864.

427

SOCIEDAD CONYUGAL

(Titularidad para reivindicar, durante la indivisión, bienes gananciales radicados en cabeza del marido sobreviviente).

Aun en la hipótesis de que bienes gananciales radicados en cabeza del marido sobreviviente no pudieran en derecho perseguirse para el pago de deudas por el mismo contraídas, la titularidad para reivindicarlos durante la indivisión no correspondería a la herencia del premuerto. Tiene que pedirse para la sociedad conyugal, a fin de luego separar patrimonios mediante su liquidación entre el cónyuge sobreviviente y la dicha herencia del cónyuge premuerto. Sólo después de esta cuenta que comprende el pago de deudas, podrá saberse si la titularidad de la acción pasó

y en qué medida de la sociedad conyugal a la herencia del cónyuge difunto. (Casación Civil. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 828.

428

SOCIEDAD CONYUGAL

(Posición jurídica de los acreedores ante el hecho de la muerte de uno de los cónyuges).

Si mientras viven ambos —marido y mujer— es de evidencia indiscutible que los acreedores de cada uno de los dos pueden perseguir el pago con el producto del remate de inmuebles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio con el cónyuge deudor, el fenómeno sucesorio, en que el heredero ocupe el mismo lugar del causante, no puede disminuir la prenda común o en forma alguna conceder al sucesor favores o prerrogativas que no tuvo ni tendría el de cuius. La posición jurídica de los acreedores permanece inmodificable ante el hecho de que la muerte de uno de los cónyuges disuelva el matrimonio y la sociedad conyugal deba liquidarse. (Casación Civil. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 827.

429

SOCIEDAD CONYUGAL

(Liquidación de la).

La comunidad que aparece entre el cónyuge sobreviviente y la herencia del difunto al disolverse el matrimonio, comprende tanto el activo como el pasivo. Y está llamada a liquidación precisamente para deducir en concreto el lote de bienes que corresponde por separado a cada partícipe. Ello entre otras cosas supone la atención previa al pago de las deudas contraídas por uno y otro cónyuge. De ese modo, antes de que se efectúe el acto partitivo no existe titularidad concreta para la herencia del cónyuge premuerto sobre la especie o sobre una fracción determinada de ninguna de las cosas singulares adquiridas a título oneroso durante el matrimonio por el cónyuge supérstite.

Por eso preceptúa el artículo 1398 del Código Civil:

"Si el patrimonio del difunto estuviere confundido con bienes pertenecientes a otra persona por razón de bienes propios o gananciales del cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas, u otro motivo cualquiera, se procederá en primer lugar a la separación de patrimonios, dividiendo las especies comunes según las reglas precedentes". (Casación Civil. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 827.

430

SOCIEDAD CONYUGAL

(Deudas).

Dentro del régimen de bienes en el matrimonio, tanto la mujer como el varón poseen plena capacidad de adeudamiento. Y si contraen separadamente obligaciones, en favor de los respectivos acreedores existe prenda común sobre los bienes que aparecen bajo titularidad del cónyuge deudor y tienen el derecho de perseguir la ejecución sobre esos mismos bienes (artículo 2488 del Código Civil), aunque la actividad jurídico-económica de cada uno de los dos cónyuges proyecte sus efectos favorables o adversos sobre la sociedad formada a tiempo de la celebración del matrimonio. La seguridad jurídica así lo exige en salvaguarda de los intereses de terceros contratantes. Lo cual redunda en abonada línea crediticia para cada cónyuge en particular, que no existiría sino con grave menoscabo o en grado insignificante, si los respectivos acreedores se vieran expuestos por la

ley a soportar situaciones imprevisibles, emanadas de la disolución de la sociedad conyugal, cuya existencia no es activa sino para los efectos de su liquidación, con mucha frecuencia en el caso ordinario de la muerte de uno de los cónyuges. (Casación Civil. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 827.

431

SOCIEDAD CONYUGAL

(Venta de bienes propios de cada uno de los cónyuges).

"Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera". (Ley 28 de 1932, artículo 1º). Esta plena autonomía de cada uno de los cónyuges para administrar y disponer de los bienes que en su cabeza figuren, los sitúa frente a terceros en plano de igualdad para contratar, con aptitud de crédito no restringida por el hecho de que la sociedad conyugal se forme ipso iure en el momento mismo del matrimonio y perdure hasta la muerte o cualquier otro evento en que con arreglo a las leyes civiles la sociedad entre marido y mujer deba liquidarse. (Casación Civil. 3 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240) 827.

432

SOCIEDAD DE HECHO

No se discute a lo largo de este litigio la existencia de la sociedad de hecho, pues la afirmó el actor del juicio y expresamente la aceptó la parte demandada en la contestación de la demanda. Si, pues, la relación convencional que los actuales litigantes constituyeron ha sido interpretada por ellos, no podría pretenderse que esa exégesis auténtica se suplante por otra que niegue ese contenido de voluntad para afirmar la existencia de una situación distinta. A la realización del negocio jurídico concurrer de consuno la voluntad concreta de las partes para crearlo, regularlo o extinguirlo y la voluntad abstracta de la ley que al sancionarlo lo asume y tutela y les da validez a los efectos respectivos, así los ignoren los contratantes, porque es función del orden jurídico proveer mediante normas legales los resultados perseguidos por las partes al sujetar su conducta a una determinada relación convencional: tal el objeto de las normas supletorias. Vedado estaría, supuesto que el contrato es autonomía del querer, tratar de atribuír distinta catalogación legal a lo que el demandante afirma como consentido por él y el demandado conviene en la réplica, actitud constitutiva de confesión, cuando lo discutido es susceptible de esa prueba, como lo es para demostrar la existencia de una sociedad de hecho. (Código Civil, 1602, 1769, y Código Judicial, 604 y 605). (Casación Civil. 15 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 863.

433

SOCIEDAD DE HECHO

(Ataque a la nomenclatura jurídica del contrato).

Son inadmisibles los cargos que se hacen en la demanda de casación en cuanto afirman haber incurrido el Tribunal "en evidente error de hecho, porque creyó encontrar en el documento contentivo del contrato los elementos de una sociedad de hecho, a tiempo que lo allí estipulado es una asociación o cuentas en participación", porque lo que en verdad se ataca y pretende destruír es la nomenclatura jurídica del contrato, tema sin

contacto con la cuestión probatoria sino con aspectos relativos a las disposiciones que regulan los hechos, lo que obligaría, para que la censura fuera pertinente, a formularla por violación directa de la ley sustancial. (Casación Civil. 15 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 864.

434

SUCESION

(No es persona jurídica).

Artículos 1008, 1013 y 1411 del Código Civil.

De muy larga data, y contra el equivocado concepto de muchos litigantes, la Corte ha venido repitiendo que la sucesión, que al fin y al cabo no es sino la masa de bienes que forman el activo y el pasivo del causante, no es persona jurídica y, por lo mismo, no es propiamente el sujeto de los derechos y obligaciones, ni la entidad que pueda comparecer en juicio con capacidad para ser parte y litigar. Son los herederos los sujetos del derecho de herencia, radicado en su cabeza al morir el causante, los llamados a responder de las obligaciones dejadas por éste, o a reclamar los derechos del patrimonio sucesoral del mismo. Así que no es propiamente a la sucesión a quien se demanda sino a los herederos, ni puede ser para aquélla sino para éstos la condenación que recaiga en la sentencia. (Casación Civil. 23 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 477, 2ª.

435

SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

Artículos 1º y 2º del Decreto-ley número 3346 de 1959.

Los artículos acusados, 1º y 2º del Decreto 3346 de 1959, referentes a la creación del organismo de Notariado y Registro y a la forma de su integración, no entrañan violación alguna de los artículos 55 (incisos 1º y 2º), y 76 (ordinales 1º, 2º, 3º y 12), porque, al crear la Superintendencia de Notariado y Registro, el Gobierno procedió de acuerdo con las facultades **pro tempore**, conferidas por el Congreso mediante la Ley 19 de 1958, para la reorganización de la Administración Pública y no cabe duda que Notarios y Registradores prestan un servicio público (artículo 188 de la Constitución Nacional). (Sala Plena. 17 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 20, 1ª y 2ª.

T

436

TECNICA DE LA CASACION

No está conforme con la técnica de la casación el acusar simultáneamente de interpretación errónea, aplicación indebida e infracción directa una misma disposición legal. (Casación Laboral. 6 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1029, 2ª.

437

TERMINACION DEL CONTRATO

(Obligación de que trata el numeral 2º del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo).

No es en la fecha en que el patrono consigna el dinero en el banco, sino en el momento en que se hace entrega del respectivo título de depósito al Juez del Trabajo, o, en su defecto, a la primera autoridad política del lugar, cuando se cumple la obligación de que trata el artículo 65, numeral 2º, del Código Sustantivo del Trabajo. (Casación Laboral. 10 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240) 1048, 1ª.

438

TESTIMONIO

Artículos 224 y ss. del Código de Procedimiento Penal.

Ninguna norma procesal establece que los testimonios que se producen en el sumario para la investigación del delito, tengan que practicarse con asistencia del procesado, bien sea solo o en compañía de su apoderado. De consiguiente, si el procesado no estuvo presente en la recepción de las declaraciones de quienes fueron testigos del delito que él llevó a cabo, no por eso cabe sostener que se conculcaron sus derechos. (Casación Penal. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 537, 1ª.

439

TESTIMONIOS CONTRADICTORIOS

(Apreciación de éstos por el Juez Laboral).

La regla contenida en el artículo 702 del Código Judicial, referente al criterio para apreciar los testimonios contradictorios, no le obliga al Juez Laboral como norma de derecho positivo. (Casación Laboral. 4 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1025, 1ª.

440

TESTIMONIOS CONTRADICTORIOS

(Queda al arbitrio del fallador optar por cualquiera de las soluciones que señala el artículo 702 del Código Judicial).

Según el artículo 702 del Código Judicial, queda al arbitrio del fallador que se encuentre en presencia de declaraciones contradictorias optar por cualquiera de las soluciones que la disposición señala; así que no es camino obligado el de rechazarlas todas. (Casación Laboral. 4 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1025, 1ª.

441

TRABAJADOR ACCIDENTADO

(Derechos especiales que le correspondan).

Para que los derechos especiales que corresponden al trabajador accidentado se concreten debidamente, no basta el presupuesto del accidente, sino que se requiere la calificación de la correspondiente incapacidad, una vez terminada la atención médica. (Casación Laboral. 27 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1070, 1ª.

442

TRABAJADOR OFICIAL

(Servicios prestados a la Administración).

El artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 es el precepto que, por vía de excepción, hace posible ubicar los servicios prestados por un trabajador oficial a la Administración, como una vinculación regida por un contrato de trabajo. (Casación Laboral. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1089, 2ª.

443

TRABAJADOR OFICIAL

(A virtud de un contrato de administración delegada).

Si el demandante prestó sus servicios en la obra que la empresa ejecutaba como simple intermediaria del Gobierno, a virtud de un contrato de administración delegada, tuvo el carácter de trabajador oficial, y los derechos, prestaciones e indemnizaciones laborales, tienen su fundamento legal en las disposiciones anteriores al Código Sustantivo del Trabajo, que aún permanecen vigentes para los trabajadores oficiales. (Casación Laboral. 31 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1086, 1ª.

444

TRABAJADOR OFICIAL

(Vinculado por contrato de trabajo).

Tratándose de un trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo, sus relaciones jurídicas de derecho individual no se rigen por las normas del Código Sustantivo Laboral, sino por normas especiales, vigentes conforme a lo mandado por el artículo 492 del mismo Código. (Casación Laboral. 9 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1042, 1ª.

445

TRANSACCION

(En materia laboral).

Artículo 3469 del Código Civil.

El documento suscrito por las partes con anterioridad al litigio promovido por una de ellas, registra, en concepto del demandante, una transacción, mas no es así. Para que de esta figura jurídica pueda hablarse se requiere que ambas partes cedan de sus pretensiones. Según los términos del mencionado documento se cancelan en su totalidad los créditos recíprocos de las partes, sin que ninguno de los dos acreedores ceda en favor del otro parte alguna de sus derechos. Lo que en realidad define y delimita la transacción —ha dicho la jurisprudencia— es que pone fin a un litigio o lo previene, mediante un sacrificio recíproco de las partes, cosa que no ocurrió en el acto jurídico que recoge el documento. (Casación Laboral. 21 de marzo de 1961. Tomo XCV, número 2238). 313, 1ª.

446

TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO

(Plazo para fallar).

Artículos 459 y 456 del Código del Trabajo.

Una vez que los árbitros aceptan y toman posesión de sus cargos, deben entrar en ejercicio de las funciones que les competen. Pero como para este último acto, que implica deliberación sobre las cuestiones materia del conflicto, se requiere la asistencia plena de los árbitros por mandato del artículo 456 del Código Sustantivo del Trabajo, sólo desde cuando éste se realiza cabe contar el término que fija el artículo 459 del mismo Código para proferir el fallo. Dicho en otras palabras, no basta que los árbitros acepten y tomen posesión de sus cargos para que se entienda integrado el Tribunal de Arbitramento, sino que es preciso que éste se instale, con el fin de iniciar y adelantar el estudio de los puntos que deben decidir. (Casación Laboral. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 675, 1ª.

447

TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO

(Plazo para fallar).

Artículo 459 del Código del Trabajo.
Artículo 1º (numeral 4º), del Decreto 525 de 1956.

Si los árbitros no observan el plazo de dos días que señala el numeral 4º del artículo 1º del Decreto Extraordinario 525 de 1956, para "aceptar, tomar posesión y entrar en funciones", el Ministerio del Trabajo puede considerarlos renuentes y proceder a reemplazarlos. Pero si esa entidad no lo hace, porque halla justificada la demora o por cualquier otro motivo, será forzoso tomar la fecha de instalación como punto de partida del término para fallar, que fija el artículo 459 del Código Sustantivo del Trabajo. (Casación Laboral. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 675, 1ª.

448

TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO

(Laudo proferido fuera de término).

Artículo 459 del Código del Trabajo.
Artículo 135 del Código de Procedimiento Laboral.

En el caso de autos obra la comprobación de que el Tribunal de Arbitramento se instaló el 27 de enero de 1961, y que en ese acto, además de elegir Presidente y Secretario "se dio principio a las labores de estudio y análisis correspondientes". Se tiene así que, contados los diez días desde el en que fueron iniciadas las labores, el plazo para fallar, que no aparece prorrogado, se venció exactamente el 7 de febrero, o sea el día anterior a la fecha que ostenta el laudo recurrido, teniendo en cuenta que el 29 de enero y el 5 de febrero cayeron en domingo, así como también que a este respecto son aplicables las normas que sobre cómputo de plazos contienen los artículos 60 y 61 del Código Político y Municipal. Así, pues, deberá declararse inexequible el laudo acusado, por irregularidad consistente en haberse proferido después de vencido el término señalado al efecto por el Ministerio del Trabajo, en concordancia con el artículo 459 del Código Sustantivo del Trabajo. (Casación Laboral. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 675, 2ª.

U

449

USUCAPION ESPECIAL AGRARIA

(Condiciones requeridas).

Artículo 12 de la Ley 200 de 1936.
Artículo 47 del Decreto 59 de 1938.

En el caso de alegarse la prescripción agraria de que trata el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, deben demostrarse los elementos que puntualiza el artículo 47 del Decreto 59 de 1938. De consiguiente, no puede presumirse la buena fe si las declaraciones no son concretas respecto a las circunstancias exigidas por el artículo citado, porque se trata de buena fe cualificada en que el excepcionante, además de llevar sobre sí el peso de la prueba en cuanto es actor de su excepción, lleva asimismo la obligación de demostrar los elementos de que pueda deducirse su buena fe, porque en este caso de prescripción agraria la buena fe no se presume, por expreso mandato legal. (Casación Civil. 19 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 454, 2ª.

450

USUCAPION ESPECIAL AGRARIA

(Condiciones requeridas).

Artículo 12 de la Ley 200 de 1936.
Artículos 46 y 47 del Decreto 0059 de 1938.

La prescripción especial agraria consagrada por el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, puede alegarse como acción o como excepción y, de conformidad con los artículos 46 y 47 del Decreto 59 de 1938, requiere la demostración de los siguientes hechos: Que se ha poseído el terreno en forma quieta y pacífica durante cinco años continuos; que la posesión se ha realizado mediante la explotación económica del suelo, por medio de trabajos agrícolas, industriales o pecuarios; que el poseedor haya tenido de buena fe la creencia de que el terreno es baldío; que dicho terreno estaba inculto o carecía de explotación económica al iniciarse la posesión, y que no había en él cerramientos artificiales ni otros signos inequívocos de ser de propiedad particular. La buena fe que ha de acompañar al poseedor debe estar exenta de culpa, vale decir, que se trata aquí de buena fe cualificada que le impone al propio usucapiente la carga de probar los requisitos mencionados y con ellos

el error excusable de su creencia sobre la calidad de baldío del terreno. Sin la prueba de estos antecedentes no es admisible la presunción de la buena fe en esta materia de prescripción agraria. (Casación Civil. 4 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 387, 1ª.

V

451

VENCIMIENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO

(Petición por salarios faltantes).

Cuando debiendo darse el preaviso o pagarse el tiempo correspondiente, no se procede de una de estas dos maneras, lo que cabe es la petición por salarios faltantes para el vencimiento del contrato. (Casación Laboral. 13 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1052, 2ª.

452

VEREDICTO CONTRADICTORIO

Artículos 537 y 567, numeral 7º. del Código de Procedimiento Penal.

Para que un veredicto pueda entenderse como contradictorio es necesario que contenga proposiciones que choquen entre sí y se nieguen. (Casación Penal. 14 de abril de 1961. Tomo XCV, número 2239). 540, 2ª.

453

VIOLACION DIRECTA DE LEY

(Qué se requiere para que pueda hablarse de).

Para que pueda hablarse de violación directa se requiere que el hecho regulado por la ley esté demostrado en el juicio y que no obstante haberlo reconocido el Tribunal, deje de aplicarla, colocándose en abierta rebeldía con lo que la norma preceptúa. (Casación Laboral. 27 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1075, 2ª.

454

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL

(Por equivocada apreciación de pruebas o falta de estimación).

Por la vía del error de hecho, derivado de la equivocada estimación de pruebas o de su falta de apreciación, bien puede llegarse a la violación de la ley sustancial, pero, en tal caso, su quebranto no se produce directamente sino a consecuencia del error. (Casación Laboral. 9 de mayo de 1961. Tomo XCV, número 2240). 1044, 2ª.

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL TOMO XCV DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA—Las cifras puestas en la columna números indican los apartes de jurisprudencia que componen este INDICE.

CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE

Artículos	Números
	314
21, num. 1º	324
25	189
26	110, 125, 171, 190, 191, 261, 262, 263, 287, 311, 312, 313, 315, 316, 317
26, inciso 2º	403, 404, 405
33	391
33, inciso 1º	390
55	274, 364
55, incisos 1º y 2º	435
68, inciso 3º	137
68, inciso 4º	36, 141
76	365
76, ords. 1º, 2º y 3º	435
76, ord. 11	124
76, ord. 12	124, 172, 173, 174, 232, 435
120	175
121	124, 142, 175, 219
125	139
188	305, 435
207	172
210	172
214	9, 10, 124, 142, 143
215	9, 10, 221, 222
216	124, 143
218	139

ACTO LEGISLATIVO Nº 1 DE 1945

41	124

ACTO LEGISLATIVO Nº 1 DE 1959

Artículos	Números
5º	139

ACTO LEGISLATIVO Nº 4 DE 1959

—	415

ACTO LEGISLATIVO Nº 1 DE 1960

—	36, 138, 142, 175
1º	137, 219

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
27	124
62	240
262	224, 225
263	224, 225
402	278
403	278
463	161, 162
465	161, 162
583	161
674	30
676	30, 31
677	30
739	8, 402
746	162
762	369
946	14, 90, 169, 368, 369, 370, 372, 373, 374, 375
949	371
950	370
961	383
962	383

Artículos	Números
963	383
964	383
965	383
966	383
967	383
968	383
969	383
970	383
1008	434
1013	434
1025, ord. 2º	251, 253, 254
1030	252
1031	250
1032	255, 256
1116	162
1288	251, 257, 418
1291	279, 281
1312	270
1325	370
1326	256
1398	429
1405	279, 281
1411	328, 434
1445	111
1458	203
1502	148, 150
1505	342
1524	75, 76, 77, 78
1546	11, 12, 385, 386
1592	115, 116
1601	279, 281
1602	146, 432
1604	147
1608, inc. 3º	290
1610	351, 352
1618	260
1622, inc. 3º	259
1627	128, 164
1630	408
1649	128
1740	77, 309
1746	382, 383
1757	121
1761	198
1766	16, 425
1767	345
1769	432
1824	251, 257
1849	129
1857, ord. 2º	309
1873	369
1880	128
1882	385
1884	128
1894	386
1930	385
1946	280
1947	279, 281, 283, 284, 285, 351
1948	382, 383
1951	283
1954	283
1955	129
1958	279, 281
1983	155
2083	426
2090	426
2142	291
2160	342
2168	342
2182, inc. 2º	289, 290
2189	278
2194	292
2231	279, 281
2341	362, 389, 395, 396, 397
2347	388, 394, 395
2347, num. 2º	398
2349	388, 392, 394
2350	388
2356	393
2417	195
2453	386
2466	279, 281
2469	445
2488	430
2528	369
2529	369
2535	344
2535, inc. 2º	345
2536	345
2538	344
2599	197
2608	197

CODIGO PENAL

Artículos	Números
3º	314
12	201, 202
23, ord. 2º	277
25, num. 1º	275, 324
27	236, 237
28	114, 234, 354, 355,
36	112
37	112
38	112
39	112
80	130

Artículos	Números
154	333
172	1
184	179, 180
362	114
363	235, 236
363, num. 1º	234
376	37, 38
379	114
382	114, 233, 234, 409, 410
384	355
385	127
408	4
412	2, 3, 4, 5
429	400
556	61

CODIGO PENAL MILITAR

—	119

CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

34, num. 1º	391
67	387, 390
68	387, 390

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

—	443
14	163, 244, 245, 246, 247
22	329, 408
22, num. 2º	329
23	158, 159, 408
24	157
32	380, 381
39	156
48	117, 118
59	122
65	244
65, inc. 1º	242
65, inc. 2º	242, 487
89	159
133	196, 134
133, num. 2º	196
139	408
149	122
174	195
214	18
216	13
267	334
456	446
459	446, 447, 448
492	444

CODIGO DE COMERCIO

Artículos	Números
1º	426
182	426
184	150, 151
188	149
218	283
472	426
474	426
475	426
476	426
477	426
478	426
479	426
480	426

CODIGO DE PETROLEOS

36, ord. b)	340

CODIGO JUDICIAL

40	123
152, ord. 5º	120
202	19
205	186, 375
208	187
209	19, 20, 21, 283
214	373
222	375
240	240
242	161
246	161
263	341
264	278, 292
265	278
320	223
397	21
398	21
416	120
417	423
428, num. 2º	319
448, num. 3º	95
466	421, 422
471	419
473	218
483	209
488	379
494	350
519	39, 40, 43
520	41
520, causal 1ª	78, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 213, 214, 215, 301
520, causal 1ª, inc. 2º	81, 88, 218
520, causal 2ª	90, 91, 92, 93, 94

Artículos	Números
520, causal 6ª	95
523	43, 44
531	42, 62, 65, 67, 68, 80, 183, 213
568	214
597	358
604	347, 432
605	432
607	368
630	197
631	197
632	197, 200
643	198
645	198, 199
646	198
648	197
662	425
705	284, 285
722	372
730	266, 267, 372
734	327
737	186
738	185, 186, 187
746	264
935	270
937	306, 307

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Artículos	Números
5º	261, 314
11	258
25	224
27	224, 225
28	396, 397
72	238, 239
74	238, 279
74, num. 5º	238, 239
76	239
77	379
103	411
104	189
107	189
185	379
198	110, 317, 321
198, num. 1º	320
198, num. 7º	310
198, num. 6º	318
200	323
203	353, 357, 361
210	265
216	217
217	247
231	228
231, num. 1º	227
232	228
233	228, 229
234	228
235	228
236	228
237	228
238	228
239	228
240	228
255	131, 132, 133, 134, 135, 136
266	321
346	133, 424
382	220
408	229
432	189
480	106, 107, 272, 420
499	272
537	145, 452
554	145
556	63, 69, 70, 71, 72
557	63, 69, 70, 71
558	64
559	63
563	61
565	68
567	120
567, causal 2ª	71, 99 100, 101, 102, 217
567, causal 3ª	71, 104, 106, 107, 108, 109
567, causal 4ª	110, 322
567, causal 7ª	452
571, ord. 1º	406, 407

CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO

Artículos	Números
69	66
86	49, 421, 422
87, causal 1ª	50, 96, 97, 98, 216
135	448

LEYES:

Ley 57 de 1887

32	286

Ley 153 de 1887

8º	280, 309
40	262, 404, 405
43	404, 405
44	261

Artículos	Números
89	342, 353
91	347, 362
92	347, 362
93	347
	Ley 120 de 1928
—	338
4º	337
6º	337
7º	337
8º	337
9º	337
10	337
11	337
	Ley 28 de 1932
1º	431
	Ley 40 de 1932
3º	305
	Ley 45 de 1936
13	240
	Ley 63 de 1936
60	214
	Ley 200 de 1936
12	449, 450
	Ley 4ª de 1943
1º	5
2º	273, 420
	Ley 67 de 1943
2º	123
	Ley 66 de 1945
1º	78, 326, 327
	Ley 41 de 1948
22	205
	Ley 103 de 1948
5º	305
	Ley 9ª de 1951
15	405
	Ley 2ª de 1958
—	176

Artículos	Números
	Ley 19 de 1958
—	232, 305, 435
	Ley 105 de 1959
—	176
	Ley 79 de 1960
—	176
	DECRETOS:
	Decreto Nº 69 de 1938
—	449
46	450
47	450
	Decreto Nº 2127 de 1945
4º	442
	Decreto Nº 797 de 1949
1º, parágrafo 2º	243
	Decreto Nº 3605 de 1950
2º	411
	Decreto Nº 1858 de 1951
3º	331
3º, inc. 2º	332
	Decreto Nº 1056 de 1953
5º	339
56	339
	Decreto Nº 1154 de 1954
—	64
	Decreto Nº 1428 de 1954
12	125, 320
	Decreto Nº 014 de 1955
57	177
	Decreto Nº 125 de 1956
1º, num. 4º	447
	Decreto Nº 1782 de 1956
9º	48, 51
	Decreto Nº 3129 de 1956
—	158

Decreto Nº 0848 de 1957

7º 232
8º 232

Decreto Nº 291 de 1957

22 14

Decreto Nº 28 de 1958

— 415

Decreto Nº 250 de 1958

308, num. 2º 320

Decreto Nº 012 de 1959

— 171, 312
1º 311

Decreto Nº 1238 de 1959

144

Decreto Nº 3346 de 1959

1º 435
2º 435
15 305
18 172
19 172
20 172
23 232

Decreto Nº 473 de 1960

— 415

INDICE ALFABETICO

TOMO XCV

A

Páginas

Abussaid Carlos J.—Por improcedente, la Sala se abstiene de considerar el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 17 de febrero de 1961, por medio del cual se declaró infundada la recusación de tres Magistrados de Tribunal, en el proceso adelantado a aquél, por el genérico delito "contra la Economía, la Industria y el Comercio" ... 122

Acevedo Jesús Alberto contra Francisco Mejía Cuartas.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios morales y materiales ocasionados a una persona en accidente de tránsito ... 417

Albarracín Rafael contra María de Jesús Joya de Albarracín y otro.—Ordinario sobre simulación de unos contratos de compraventa. 490

Angarita Castro Daniel y otros.—Casación por homicidio 955

Arzayus de Castillo Ofilia contra Margarita Suárez y otra.—Ordinario sobre perjuicios ocasionados por la construcción de un edificio 108

B

Badel González Santiago (Juez Civil de Circuito).—Se confirma la sentencia que declaró no ser constitutivos de delito los hechos que se le imputaron, y que ordenó cesar todo procedimiento contra el mismo 572

Baena de Padilla Manuela contra José del C. Olivo.—Ordinario sobre rescisión de un contrato de permuta 106

Ballesteros Rotter Alfredo, Capitán de Navío (ex Intendente de San Andrés y Providencia).—Abuso de autoridad. Se sobresee definitivamente en su favor 1007

Barreto Ramírez Luis contra Rafael Villamizar.— Ordinario laboral 265

Barrios Raúl H. (ex Gobernador de Departamento).—Se sobresee definitivamente en su favor en el proceso adelantado "en averiguación de los posibles delitos que hayan podido cometerse en el remate del Ingenio Azucarero de Bonfanegui" 225

Páginas

Bedoya Cardona Bernardo y otro.—Casación por homicidio y otros delitos 982

Beltrán Carlos Emilio contra Distrito Especial de Bogotá.— Ordinario laboral 1050

Betancourt Juan Bautista contra Rafael Martínez Torres.—Acción de pertenencia 875

Betancur Castaño Carlos.—Falsas imputaciones. - Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segundo grado 233

Bonilla Víctor E. contra "Warner Lambert S. A."—Ordinario laboral 1046

Buitrago Serna Gilberto.—Casación por concusión 217

Bustillo Horacio Rafael contra Compañía Bechtel S. A.—Ordinario laboral 713

C

Cadavid Gómez José Germán.—Casación por homicidio (uxoricidio) 204

Caicedo Manuel A. contra "Acerías Paz del Río S. A."—Ordinario laboral 704

Cayzedo Eliécer y otros.—Lesiones personales.—Se rechaza el impedimento manifestado por un Magistrado de Tribunal Superior para conocer del proceso 523

Calderón B. David (Magistrado del Tribunal Superior de Neiva).—Queja. - Se declara infundada la formulada contra aquél 798

Candia de Sanabria Victoria contra Alberto Páez Rodríguez.—Ordinario sobre petición de herencia 915

Cardona Rúa Joaquín contra Carlos Arcila Sierra.—Ordinario sobre restitución de un aparato inadiscos 464

Caro León de Castañeda Rosalba contra José del Carmen Valcárcel.—Ordinario reivindicatorio 823

Carrero Barrera Campo Elías.—Casación por homicidio 528

Páginas

Casas Pineda Luis Antonio.—Homicidio.—Se declara desierto el recurso de casación interpuesto ... 611

Castañeda José Rubén y otro. Casación por abuso de confianza ... 133

Castellanos Rafael—Homicidio.—Se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segundo grado ... 156

Castilla Angulo Hernando (Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá).—Moción de duelo aprobada en Sala Plena con motivo de su fallecimiento ... 795

Castillo Acevedo Germán contra Marco Cardona Velásquez.—Ordinario laboral ... 288

Cely Otoniel contra "Salazar Samper Hermanos".—Ordinario laboral ... 1054

Cepeda Toro Teléforo.—Casación por homicidio ... 512

"Compañía de Inversiones Caribe S. A." contra la Nación.—Ordinario sobre lesión enorme ... 768

"Comunidad de Palmarito" contra la Nación. Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero ... 760

Cuéllar Durán Manuel Antonio contra la Nación.—Ordinario sobre propiedad privada de hidrocarburos.—Se confirma el auto suplicado por medio del cual se rechazó la reforma de la demanda ... 730

Cuervo Araos Daniel (Coronel y ex Gobernador de Departamento).—Sobreseimiento temporal por la imputación del delito de abuso de autoridad ... 221

D

Daza Vaca Juan de Jesús y otro.—Casación por homicidio ... 986

Decreto 1354 de 1953 (por el cual se dictan unas disposiciones para el mejor funcionamiento de las cooperativas de militares en uso de buen retiro).—Se decide que no hay lugar a proveer en el fondo sobre la demanda de inexequibilidad presentada contra el aludido Decreto ... 4

Decreto Extraordinario número 1463 de 6 de mayo de 1954.—Por sustracción de materia, se abstiene la Corte de considerar la demanda de inexequibilidad formulada contra aquél 796

Decreto 2458 de 1954 (por el cual se declararon de utilidad pública algunos inmuebles del Municipio de Girardot).—Por sustracción de materia, no hay lugar a pronunciamiento alguno contra el aludido Decreto ... 40

Decreto Legislativo número 26 de 1958 (que adquirió fuerza legal por el artículo 1º de las Leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y 79 de 1960).—Se declara exequible el artículo 1º del aludido Decreto, en cuanto señala en cuatro (4) el número de Senadores que elige la Circunscripción Electoral de Bolívar ... 25

Páginas

Decreto 3348 de 1959 (artículos 1º y 2º).—Se declaran exequibles las aludidas normas ... 19

Decreto 3346 de 1959 (artículos 1º y 2º).—Se deniega la aclaración de la sentencia obrante a páginas 19 y siguientes ... 23

Decreto 3346 de 1959 (artículos 16 y 23).—Se declaran inexequibles las aludidas normas, y también el literal C) de las disposiciones transitorias del mismo Decreto; y en lo relativo a los artículos B) y D) de las disposiciones transitorias se decide que no hay lugar a pronunciamiento de fondo ... 34

Decreto 3346 de 1959 (artículos 18, 19 y 20). Se declaran inexequibles las nombradas disposiciones ... 6

Decreto 3346 de 1959 (artículos 18, 19 y 20). Se desecha, por improcedente, un recurso de súplica ... 375

Decreto-Ley 473 de 1960 (artículo 1º).—Se declara exequible la aludida norma, en cuanto señala, para la Circunscripción Electoral de Bolívar, en ocho (8) el número de Representantes ... 25

Decreto 2807 de 1960 (por el cual se convoca el Congreso Nacional a sesiones extraordinarias).—Insiste la Corte, frente al Consejo de Estado, en que a ella le corresponde conocer de la demanda de inexequibilidad promovida contra el aludido Decreto ... 47

Decreto número 2807 de 1960 (por medio del cual se convoca el Congreso a sesiones extraordinarias).—Se declara exequible el artículo 1º e inexequible el artículo 2º lo mismo que su parágrafo ... 799

Departamento de Santander del Sur contra Isidoro Parada Carrillo.—Ejecutivo adelantado ante el Juzgado de Rentas y Ejecuciones Fiscales del citado Departamento.—Se inhibe la Sala de conocer del recurso de apelación interpuesto contra el proveído, también inhibitorio, dictado por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el aludido juicio. 1095

Díaz Miguel Gerónimo.—Sucesión ... 186

Dila Sara Isabel (como madre natural de Camilo de Avila) contra Pedro Cuello Acosta. Ordinario laboral ... 1030

Domínguez Juan de Dios contra Empresa Colombiana de Petróleos ("Ecopetrol").—Ordinario laboral.—No se repone el auto admisorio del recurso de casación ... 702

Duque Ríos Manuel Tiberio.—Falsedad, estafa y abuso de confianza.—Se desecha el recurso de casación interpuesto ... 619

Durán Galán Alvaro.—Casación por homicidio. 1010

E

Echeverri Ferrer Ricardo y otro (Magistrados de Tribunal Superior).—Sanciones disciplinarias.—La Corte los absuelve de los cargos que les fueron formulados ... 372

Páginas

Espitia Z. Saúl Nevardo contra la Nación. Ordinario sobre pago del valor de la requisición de unos semovientes. - Se reforma la sentencia apelada 735

F

Flórez Timaná Isidro.—Casación por homicidio 965

Franco A. Cristóbal y otro contra Antonio Aristizábal y otros.—Ordinario sobre resolución de un contrato de permuta de inmuebles 829

G

"Gaceta Judicial".—Proposición aprobada por la Sala Plena de la Corte en sesión de fecha 7 de junio de 1962, con motivo del atraso en su publicación 3

Galeano María del Carmen.—Casación por homicidio 596

Gálvez Valencia Guillermo contra "Remington Rand Colombiana Ltda.".—Ordinario laboral 274

Gaona de Merchán Sagrario contra Antonio José Sáenz.—Ordinario laboral. - La Sala declara mal denegado el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segundo grado 294

García Ruiz Delia (a nombre de su hija menor Gladys Güete García) contra Departamento del Magdalena.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados en accidente de tránsito 782

García Cáceres Fernando.—Falsedad en documentos. - La Corte se abstiene de dirimir un incidente de colisión de competencias 159

Garzón Andrés Avelino contra Augusto Sánchez y otros.—Ordinario reivindicatorio ... 439

Gaviria Obando Luis Tulio.—Casación por homicidio 248

Gaviria Mariano contra "Procesadora de Leches".—Ordinario laboral 285

Gaviria Idárraga Ramón Elías.—Casación por homicidio (frustrado) 623

Giraldo Osorio Fabio.—Casación por homicidio 600

Giraldo Saúl de Jesús.—Casación por homicidio 958

Gómez Jurado Carlos contra la Nación.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios materiales ocasionados a un ingeniero contratista 337

Gómez Mejía Diego (ex Juez Civil de Circuito).—Falsedad en documentos públicos.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor 189

Gómez Pinzón Nazario contra Departamento de Boyacá.—Se deniega la reposición del auto por medio del cual se declaró improcedente la acción ejecutiva encaminada a obtener que el demandado sea obligado a dar su aprobación a un contrato de administración y venta de lotería 355

González Bernal Alvaro y otros contra Guillermo González Bernal y otros.—Ordinario sobre simulación de unos contratos de compraventa 55

Goyeneche Carlos Saúl contra Ciro Enrique Goyeneche.—Ordinario sobre indignidad para heredar 881

Guarín Salcedo Leopoldo contra Eduardo Santos Montejo.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por unas publicaciones 65

Guevara v. de Prieto Matilde y otros contra Tobías Arcadio Prieto Rozo y otros.—Ordinario sobre nulidad de un juicio sucesorio . 96

H

Haciendas Puerto César Limitada contra Teresa Cárdenas de Gil y otros.—Ordinario reivindicatorio 399

Hazbun Yidi Roque y otro.—Contrabando - Se desecha el recurso de casación propuesto. 541

Henao Valencia Alfonso.—Homicidio - Se desecha el recurso de casación interpuesto ... 977

Hermo Toro Félix contra Empresa Utah-Olap. Ordinario laboral 1082

Hernández Darío y otros contra Municipio del Espinal.—Ordinario sobre restitución de un lote de terreno 100

Hernández González Guillermo contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero 1097

Hernández María de Jesús (como heredera y para la sucesión de su hermano José María Hernández Góngora) contra Alfonso Aldana. Ordinario reivindicatorio 812

J

Jiménez Alfonso contra Municipio de Bogotá. Ordinario laboral 304

Jiménez Berdugo. Luis Ambrosio.—Casación por estafa 238

L

Larrarte Ramírez Aurelio contra Ara Ramírez de Iregui.—Ordinario de rescisión, por lesión enorme, de un contrato de compraventa. 412

Laserna Hernández José Joaquín contra "Compañía Cafetera La Victoria Limitada".—Ordinario laboral 1065

León Gómez Ana Rosa y otra contra Hernán Gómez Gómez.- Ordinario sobre rendición de cuentas 865

Páginas

León González Atanael y otro.— Casación por homicidio y robo ... 672

Ley 9ª de 1951 (artículo 15).—Se declara exequible la referida norma, en cuanto dispone que el número de Senadores y Representantes de los Departamentos de Bolívar y Córdoba no puede exceder del que actualmente (1951) elige el Departamento de Bolívar ... 25

Ley 9ª de 1951 (artículo 15).—La Corte resuelve que, por sustracción de materia, no hay lugar a proveer respecto de la acusación contra el citado artículo, en cuanto dio al Gobierno Nacional la facultad de señalar el número de parlamentarios que les corresponde elegir a cada uno de los Departamentos de Córdoba y Bolívar ... 25

Leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y 79 de 1960. Se declara exequible el artículo 1º de las citadas Leyes, que dieron fuerza legal, entre otros, al Decreto Legislativo número 26 de 1958, en cuanto en el artículo 1º de este Decreto se señala en cuatro (4) el número de Senadores que elige la Circunscripción Electoral de Bolívar ... 25

López B. Alvino.—Homicidio.- Se dirime una colisión negativa de competencias en el sentido de atribuirle el conocimiento del proceso al Juez Superior del Distrito Judicial de Quibdó ... 951

LL

Llorente Martínez Felipe contra Francisco López Llorente.—Ordinario laboral ... 1022

M

María Marceliano y otros contra Municipio de Cali.—Ordinario sobre nulidad de una donación ... 921

Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla.—Se declara terminado, por sustracción de materia, el proceso disciplinario que se les adelantó ... 371

Morenco Romero Julio (ex Magistrado de Tribunal Superior).—Sanciones disciplinarias. La Corte resuelve que no hay lugar a condenarlo ni a absolverlo por los cargos que se le formularon ... 369

Martínez Salazar José Mario (ex Agente Secreto).—Casación por homicidio y abuso de autoridad ... 592

Martínez Juan de Jesús contra Angel María Aguirre.—Ordinario sobre rescisión, por lesión enorme, de un contrato de compraventa ... 844

Marulanda Estanislao contra Tulio Villegas Jaramillo.—Ordinario laboral ... 297

Medina V. Julio contra Celio Villalba.—Ordinario sobre lesión enorme en dación en pago - Se casa la sentencia de segundo grado para, como Tribunal de instancia y antes de dictar sentencia en este negocio, ordenar la práctica de un nuevo avalúo de bienes ... 927

Mejía v. de Lema Julia (como madre del menor Julián Lema Mejía contra Camilo Antonio Echeverri y otra.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por la muerte violenta de un menor de edad ... 422

Melo Parra o Garzón Garzón Carlos Julio. Robo - Se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segundo grado ... 183

Menassaz Elías José contra Departamento de Bolívar y la Industria Licorera del mismo. Ordinario laboral ... 1039

Merchán Bernal Milciades contra María del Rosario Gaitán v. de Bohórquez.—Ordinario sobre cumplimiento de una promesa de compraventa ... 76

Mesa Emilio contra Carlina Restrepo.—Ordinario laboral ... 1078

Molina Cifuentes Rosa Antonia contra Ana Tamayo.—Ordinario laboral ... 1028

Monsalve Carmona Bernardo.—Casación por homicidio ... 162

Monsalve Enrique contra Félix Prieto Medina. Ordinario sobre resolución de un contrato de arrendamiento por incumplimiento del arrendador ... 852

Monterrosa Escobar Francisco Manuel.—Sucesión.- Se decide un incidente de colisión de competencias ... 324

Montoya Pérez Pompilio contra Cooperativa de Transportes de Antioquia Limitada, en liquidación.—Ordinario laboral ... 686

Montoya Hinestroza Rosalba.—Casación por homicidio ... 254

Moreno Pérez Arturo.—Casación por homicidio ... 661

Moreno Marceliano contra Gerardo Tama. Ordinario sobre pago del valor de la alimentación suministrada a los empleados y obreros de una carretera ... 870

Muñoz Cabeza Julio contra J. V. Mogollón & Co.—Ordinario laboral ... 270

O

Obando de Rodríguez Carmen Elisa contra José Vicente Morales y otro.—Acción de pertenencia ... 895

Ojeda Peña Luis María (ex Juez Superior). Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor por el delito de prevaricato y otros ... 581

Ordóñez José D. contra Empresas Públicas de Cartagena.—Ordinario laboral ... 728

Osorio García Gilberto.—Homicidio - Se desecha el recurso de casación interpuesto ... 115

Páginas

Ospina Salazar Raúl contra Nepomuceno Arbeláez Gómez.—Ordinario laboral. - Se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segundo grado. 263

P

Peñalosa Manuel María.—Casación por homicidio 517

Pérez de Campo Isabel contra Aristides Campo Ramírez.—Ordinario reivindicatorio ... 484

Pérez Monsalve Julio contra Cooperativa de Transportes de Antioquia.—Ordinario laboral 677

Poveda Forero José Rodulfo contra María de Jesús Cruz y otra.—Ordinario laboral ... 1032

Proyecto de ley (por el cual se dictan normas en relación con la estampilla denominada "Bodas de Oro del Atlántico"). Se declaran exequibles los artículos 1º a 6º, 9º y 10 del citado proyecto de ley, e inexequibles los artículos 7º y 8º del mismo 42

Q

Quintero Jesús María.—Casación por homicidio 940

R

Ramírez Zuluaga Fabriciano contra la Nación. Deslinde - Se revoca la decisión tomada por el Tribunal Superior, en la diligencia de deslinde y amojonamiento, a efecto de que proceda a hacer un señalamiento preciso, con mojones adecuados, de la línea limítrofe entre el predio del demandante y el de la demandada 353

Ramírez Granados José Jesús.—Homicidio - Se desecha el recurso de casación propuesto .. 534

Ramírez Cuberos Julio contra Sociedad General Automotriz del Norte S. A.—Ordinario laboral 1059

Rativa Enrique y otra contra José A. Espitia Bernal.—Ordinario laboral 315

Rengifo César Jalil contra Miguel Morales y otra.—Ordinario laboral 320

Ríos Gustavo contra Cooperativa de Transportes de Antioquia.—Ordinario laboral ... 694

Riveira Abello Roberto contra Banco Comercial de Barranquilla S. A.—Ordinario laboral 725

Robles Ruiz Ignacio y otro.—Casación por robo 615

Rodas Galeano Lisdaris o Sisdaris y otro. Casación por homicidio 186

Rodríguez Vergara Amadeo y otros contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero. - Por falta del presupuesto procesal de demanda en forma, la Sala se abstiene de decidir en el fondo la que dio origen a este juicio 230

Rodríguez Joselyn contra Sucesión de Matilde Rodríguez Daza.—Ordinario sobre pago de una suma de pesos 503

Rodríguez Luis Alfredo y otra contra Raimundo Rivera.—Ordinario de filiación natural. 903

Rodríguez Silvano contra Lucas Rozo.—Ordinario reivindicatorio 936

Roncallo Acosta Julio, Jaime Goenaga y Félix Suárez Barrios (Magistrados del Tribunal Superior).—Se sobresee definitivamente en su favor del cargo de haber incurrido en demoras en la tramitación de un proceso .. 235

Ruiz Cadena Marco Antonio.—Casación por homicidio 553

S

Salazar Ospina Guillermo.—Casación por homicidio 584

Salvamento de voto del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña, en el fallo obrante a páginas 6 y siguientes 14

Salvamento de voto del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña en el fallo obrante a páginas 19 y siguientes 21

Salvamento de voto del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña en el fallo obrante a páginas 34 y siguientes 38

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, José Hernández Arbeláez, Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, José J. Gómez R., Gustavo Rendón Gaviria y Enrique López de la Pava, en el fallo obrante a páginas 42 y siguientes 46

Salvamento de voto del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña, en la providencia que decidió un incidente de colisión de competencias, obrante a páginas 324 y siguientes ... 328

Salvamento de voto del Magistrado doctor Ramiro Araújo Grau, en el fallo obrante a páginas 330 y siguientes 336

Salvamento de voto del Magistrado doctor José J. Gómez R., en el fallo obrante a páginas 376 y siguientes 388

Salvamento de voto del Magistrado doctor José J. Gómez R., en el fallo obrante a páginas 447 y siguientes 455

Salvamento de voto del Magistrado doctor Ramiro Araújo Grau, respecto de la parte motiva de la providencia obrante a páginas 730 y siguientes 733

Salvamento de voto del Magistrado doctor Ramiro Araújo Grau, en la providencia obrante a páginas 780 y siguientes 781

Salvamento de voto del Magistrado doctor Enrique López de la Pava, en el fallo obrante a páginas 812 y siguientes 819

Páginas

Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo C. Posada, en el fallo obrante a páginas 903 y siguientes ... 910

Sánchez V. Antonio contra Jesús Gómez Arango y otros.—Ordinario sobre resolución de un contrato de permuta de bienes raíces ... 428

Sánchez Pineda Mario.—Casación por homicidio ... 199

San Juan contra Luz Marina Martínez.—Ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa ... 480

San Román Antonio contra Deogracias Useche.—Ordinario reivindicatorio ... 447

San Román Antonio contra Isabel Romero de Leitón.—Ordinario sobre reivindicación de unos predios rurales ... 376

Santa Sierra José y otros.—Casación por homicidio y robo ... 641

Serrano Abadía Pedro Elías (ex Juez Superior).—Abuso de autoridad y otras infracciones.—Se confirma la cesación del procedimiento adelantado contra aquél ... 974

Silva Ramírez Guillermo (ex Juez Promiscuo de Circuito).—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor, por las infundadas imputaciones de falsedad, abuso de autoridad y prevaricato ... 245

Sindicato de Trabajadores de las Empresas Municipales de Buga contra Empresas Municipales de Buga.—Recurso de homologación contra el laudo arbitral ... 673

Soler Francisco contra Departamento de Boyacá.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios por trabajos públicos ... 1090

Suárez Giraldo Luis Eduardo.—Homicidio.—Se declara desierto el recurso de casación interpuesto ... 525

T

Targa Abril José.—Recurso de revisión.—La Corte la deniega ... 140

Téllez Palacio Luis Angel.—Casación por homicidio ... 196

Tobar v. de Gutiérrez Dilia y otros contra Martiniano Montoya.—Ordinario laboral ... 300

Tobar Pedro Pablo contra Luis Alejandro Andrade.—Ordinario reivindicatorio ... 91

Tobar v. de Trujillo Rosaura contra Martiniano Montoya.—Ordinario laboral ... 300

Tovar Concha Diego.—Faltas contra la ética profesional.—Se confirma la absolución dictada en su favor ... 1014

Páginas

Tovar González Manuel contra María Elena Cabezas de Forero y otro.—Ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa ... 468

Torres de Rincón Isabelina y otra contra la Nación.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados a una menor en accidente de tránsito.—Se confirma la sentencia apelada ... 748

U

Uribe M. Francisco contra Ofelia Uribe de Restrepo.—Ordinario laboral ... 282

V

Valderama Rodríguez Anatolio contra Vicente Cordero Gil.—Ordinario reivindicatorio ... 84

Valverde Carrasquilla Humberto Rafael.—Casación por contrabando de café ... 1000

Varela Manuel contra sociedad denominada "Arecia".—Ordinario laboral ... 1042

Vargas Marroquín Bernardo y otra contra la Nación.—Ordinario sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero.—Se confirma el auto que negó la admisión de la demanda ... 780

Vásquez Rodríguez Julio.—Casación por abuso de confianza ... 124

Vernaza Francisco contra Sucesión de Mercedes Sierra de Pérez.—Recurso de hecho. Ordinario sobre pago de unos servicios médicos ... 475

Vidal Walter.—Casación por homicidio ... 173

Viveros Pérez Raúl.—Casación por peculado. 149

W

Warschawski de Gutr y otra contra Pablo Enrique González.—Ordinario reivindicatorio. 836

Wills Pinzón Roberto contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero ... 753

Winter Henrich contra Clara Emilia Rodríguez.—Ordinario sobre nulidad de un contrato de sociedad comercial ... 860

Z

Zarta Méndez Marcelino.—Casación por homicidio ... 993

ISBN-68