S A L A P L E N A

Extractos de Jurisprudencia de Sala Plena, a cargo del Relator de entonces Dr. LUIS IGNACIO SEGURA A.

PROPOSICION APROBADA EN SALA PLENA DE FECHA 24 DE ENERO DE 1963.

"La Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, hace constar su gratitud hacia los ilustres Magistrados doctores Josè Joaquín Rodríguez y Luis Carlos Zambrano, por la manera ecuánime, diligente y atinada como presidieron la Corporación en el período que concluye".

"Comuníquese en nota de estilo y publíquese en la Gaceta Judicial".

ATRIBUCIONES Y LIMITACIONES DEL CONGRESO.

Facultad condicionada del legislador para decretar auxilios económicos. Mientras subsista la ley 71 de 1.946, mediante la cual se desarrolla el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, el Congreso está obligado a acatarla. Se declara la inexequibilidad del proyecto de ley "por la cual la Nación ouxilia a la Central de Hidratación de Barranquilla èn la campaña contra la mortalidad infantil por gastroenteritis".

El ordinal 5o. del artículo 78 de la Carta dispone que "es prohibido al Congreso y a cada una de las Cámaras decretar a favor de ninguna persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones, pensiones ni otra erogación que no esté destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente, salvo lo dispuesto en el artículo 76, inciso 20", el cual se refiere al fomento de " las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo", siempre que la erogación se ajuste estrictamente "a los planes y programas correspondientes".

Observa el Ministerio Público que "tales planes no pueden ser, solamente, los del organismo que recibe el apoyo, pues en tal caso la norma constitucional sería obviamente inoperante. Ni tampoco pueden ser los planes y programas del municipio o departamento que haya creado la entidad que va a beneficiarse con el auxilio nacional. Cree la Procuraduría que, a más de ellos, la norma constitucional se refiere a los planes y programas del Gobierno Nacional así como a los que haya señalado por medio de leyes el propio Congreso".

Esta consideración, hecha también por la Corte en providencia de 14 de diciembre de 1.945 y acogida en posteriores decisiones, tiene claro apoyo en el precepto contenido en el artículo 5o. de la ley 71 de 1.946, que dice lo siguiente: "Todo proyecto que persiga un auxilio económico deberá acompañase de una información del Ministro o Jefe del Departamento Administrativo cuya dependencia ha de afectarse, en su presupuesto especial, con el auxilio solicitado, sobre la urgencia de la obra o empresa en relaciòn con las otras necesidades nacionales que deba atender ese despacho en la región del país que trata de favorecerse".

Y como no solo resulta que en la expedición del proyecto de ley transcrito en este mismo fallo dejó de cumplirse con el requisito señalado en el artículo 5o. de la ley 71 de 1.946, sino que tampoco se llenaron las exigencias previstas en el artículo 4o. del mismo estatuto, es evidente que el referido proyecto de ley contraría la norma contenida en el numeral 20 del artìculo 76 de la Constitución Nacional, pues no se sujeta "a los planes y programas correspondientes", esto es, a los del Gobierno Nacional o a los que haya indicado el Congreso por medio de leyes.

El artículo 4o. de la ley 71 de 1.946 dispone: "Cuando se trate de la creación o sostenimiento de un servicio público, deberá acompañarse el acto oficial que lo ordenó; presupuesto de costo y de sostenimiento por año; certificado de la autoridad departamental o municipal correspondiente sobre la necesidad del servicio; concepto del Ministerio o Departamento Administrativo correspondiente sobre la utilidad o conveniencia, y explicación justificativa sobre la necesidad del aporte nacional para garantizar la estabilidad y buena prestación del servicio".

En los antecedentes del proyecto de ley objetado por inconstitucionalidad no existe el "concepto del Ministerio o Departamento Administrativo correspondiente sobre la utilidad o conveniencia" del servicio a que alude.

Al rechazar las objeciones presentadas por el Gobierno, dice el Congreso que "si se omitieron formalidades exigidas por una ley anterior, ello no coarta la soberanía legislativa para expresar en un acto posterior una voluntad contraria. No es posible, como parece desearlo el Gobierno, dar a los preceptos de una ley el tratamiento de normas constitucionales, ni impedir que una ley gobierne un caso en forma diferente a la prevista en otra antecedente".

Es indudable que una ley puede modificar otra ley; pero mientras aquella subsista, el Congreso está obligado a acatarla. Si la Constitución exige que un auxilio que decrete el Congreso se ajuste a determinados planes y programas, es claro, como observa el señor Procurador, que "la ley de auxilio, por el solo hecho de otorgarlo, no modifica el estatuto legal que señala aquellos planes y programas de alcance nacional".

En relación con los preceptos contenidos en la Ley 71 de 1.946, esta Corporación, en providencia de 29 de enero de 1.947, dice lo siguiente:

"Desde el título, la ley 71 de 1.946 revela el ánimo del legislador de ponerse a tono con la exigencia que el constituyente de 1.945 hizo en el numeral 20 del artículo 76. Por manera que el intérprete debe pensar que las determinaciones de esa ley no son otra cosa que un desarrollo del cánon constitucional y debe aplicarlas como tales mientras el legislador mismo no las derogue o no sean declaradas inexequibles por la jurisdicción constitucional".

Esta Sala, en sentencia de 31 de enero de 1.961 (G. J. XCIV, 469 a 471, y 472 a 476) llega a la misma conclusión indicada en este fallo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Bogotá, once de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez.)

EL Congreso Nacional envió al Gobierno, para la sanción ejecutiva, el proyecto de ley "por la cual la Nación auxilia a la Central de Hidratación de Barranquilla en la campaña contra la mortalidad infantil por gastroenteritis", cuyo texto es el siguiente:

"El CONGRESO DE COLOMBIA"
"DECRETA:

"ARTICULO 1o. - Auxiliáse a la CENTRAL DE HIDRATACION DE BARRANQUILLA con la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS ($10.000.000.oo)

con fines a la campaña contra la mortalidad infantil en el Departamento del Atlántico.

"ARTICULO 2o. LA CENTRAL DE HIDRATACION DE BARRANQUILLA invertirá el auxilio de que habla el artículo anterior, así: un cincuenta por ciento para la prestación gratuita de servicios de hidratación en todo el territorio del Departamento del Atlántico construyendo, dotando, sosteniendo y administrando los Centros Pilotos y Sub-Centros que se requieran; el cincuenta por ciento restante en: a) La construcción, dotación, sostenimiento y administración de un INSTITUTO DE INVESTIGACIONES MEDICAS DE LAS ENFERMEDADES GASTROENTERALES; b) La construcción, dotación, sostenimiento y administración de una ESCUELA DE ENFERMERAS VISITADORAS SOCIALES; c) La construcción, dotación, sostenimiento y administración de una PLANTA SUB-INDUSTRIAL DE SUEROS.

"ARTICULO 3o. La partida señalada en esta Ley necesariamente será incluída en los presupuestos de 1.963-1.964-1.965-1.966 y 1.967 en cuantía de dos millones de pesos en cada año.

"ARTICULO 4o. Autorízase al Gobierno para abrir los créditos adicionales y hacer los traslados presupuestales que fueren necesarios para la apropiación de las partidas a que se refiere el artículo anterior, en caso de que no queden incluídas en las respectivas vigencias presupuestales.

"ARTICULO 5o. El Gobierno tendrá la fiscalización y vigilancia en lo relacionado con la inversión del auxilio, de acuerdo con el artículo 7o. de la Ley 71 de 1.946 sin perjuicio de que la Contraloría General de la República ejerza las que le corresponden.

"ARTICULO 6o. Como requisito previo para el pago de las partidas de que trata el artículo 3o. de esta Ley la CENTRAL DE HIDRATACION DE BARRANQUILLA deberá presentar, debidamente aprobados, los correspondientes planos de las construcciones a que diere lugar el desarrollo del programa de hidratación aquí auxiliado.

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

En mensaje dirigido al Congreso Nacional, fechado el 29 de noviembre de 1.962, el Gobierno objeta por inconstitucionalidad el proyecto de ley antes transcrito, con fundamento en que no se cumplieron las exigencias que señala la ley 71 de 1.946, la cual desarrolla el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional. Así mismo lo considera inconveniente, pues "contraría la política de integración... ", al crear ... "una entidad con agencias municipales para el tratamiento de diarreas, cuando ésta es función de Hospitales y Centros de Salud; el Centro de Hidratación debe ser un servicio de todo Hospital y no de un organismo independiente; y la creación de Centros y Sub-Centros de Hidratación establecería un paralelismo y un derroche de recursos inaceptable en un país, como el nuestro, que carece de ellos".

Ahora bien: El ordinal 5o. del artículo 78 de la Carta dispone que "es prohibido al Congreso y a cada una de sus Cámaras decretar a favor de ninguna persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones, pensiones ni otra erogación que no esté destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente, salvo lo dispuesto en el artículo 76, inciso 20", el cual se refiere al

fomento de "las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo", siempre que la erogación se ajuste estrictamente "a los planes y programas correspondientes".

Observa el Ministerio Público que "tales planes no pueden ser, solamente, los del organismo que recibe el apoyo, pues en tal caso la norma constitucional sería obviamente inoperante. Ni tampoco pueden ser los planes y programas del municipio o departamento que haya creado la entidad que va a beneficiarse con el auxilio nacional. Cree la Procuraduría que, a más de ellos, la norma constitucional se refiere a los planes y programas del Gobierno Nacional así como a los que haya señalado por medio de leyes el propio Congreso".

Esta consideración, hecha también por la Corte en providencia de 14 de diciembre de 1.945 y acogida en posteriores decisiones, tiene claro apoyo en el precepto contenido en el artículo 5o. de la Ley 71 de 1.946, que dice lo siguiente: "Todo proyecto que persiga un auxilio económico deberá acompañarse de una información del Ministro o Jefe del Departamento Administrativo cuya dependencia ha de afectarse, en su presupuesto especial, con el auxilio solicitado, sobre la urgencia de la obra o empresa en relación con las otras necesidades nacionales que deba atender ese despacho en la región del país que trata de favorecerse".

Y como no solo resulta que en la expedición del proyecto de ley antes transcrito dejó de cumplirse con el requisito señalado en el artículo 5o. de la Ley 71 de 1.946, sino que igualmente no se llenaron las exigencias previstas en el artículo 4o. del mismo estatuto, es evidente que el referido proyecto de ley contraría la norma indicada en el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, pues no se sujeta "a los planes y programas correspondientes", esto es, a los del Gobierno Nacional o a los que haya indicado el Congreso por medio de leyes.

El artículo 4o. de la Ley 71 de 1.946 dispone: "Cuando se trate de la creación o sostenimiento de un servicio público, deberá acompañarse el acto oficial que lo ordenó; presupuesto de costo y sostenimiento por año; certificado de la autoridad departamental o municipal correspondiente sobre la necesidad del servicio; concepto del Ministerio o Departamento Administrativo correspondiente sobre la utilidad o conveniencia, y explicación justificativa sobre la necesidad del aporte nacional para garantizar la estabilidad y buena prestación del servicio".

En los antecedentes del proyecto de ley objetado por inconstitucionalidad no existe el "concepto del Ministerio o Departamento Administrativo correspondiente sobre la utilidad o conveniencia" del servicio a que alude.

Al rechazar las objeciones presentadas por el Gobierno, dice el Congreso que "si se omitieron formalidades exigidas por una ley anterior, ello no coarta la soberanía legislativa para expresar en un acto posterior una voluntad contraria; no es posible, como parece desearlo el Gobierno, dar a los preceptos de una ley el tratamiento de normas constitucionales, ni impedir que una ley gobierne un caso en forma diferente a la prevista en otra antecedente".

Es indudable que una ley puede modificar otra ley; pero mientras aquella subsista, el Congreso está obligado a acatarla. Si la Constitución exige que un auxilio que decrete el Congreso se ajuste a determinados planes y programas, es claro, como observa el señor Procurador, que "la ley de auxilio, por el solo hecho de otorgarlo, no modifica el estatuto legal que señala aquellos planes y programas de alcance nacional".

En relación con los preceptos contenidos en la Ley 71 de 1.946, esta Corporación, en providencia de 29 de enero de 1.947, dice lo siguiente:

"Desde su título la Ley 71 de 1.946 revela el ánimo del legislador de ponerse a tono con la exigencia que el constituyente de 1.945 hizo en el numeral 20 del artículo 76. Por manera que el intérprete debe pensar que las determinaciones de esa ley no son otra cosa que un desarrollo del cánon constitucional y debe aplicarlas como tales mientras el legislador mismo no las derogue o no sean declaradas inexequibles por la jurisdicción constitucional".

Esta Sala, en sentencia de 31 de enero de 1.961 (inexequibilidad de los artículos 1o. 2o. y 3o. del proyecto de ley por la cual se nacionalizan las normales de Ituango y Anorí, e inconstitucionalidad del proyecto de ley por la cual se provee a la reconstrucción de la ciudad de Concepción de Negua, G. J. t. XCIV, p. 469 a 471, y p. 472 a 476, respectivamente) llega a la misma conclusión indicada en este fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -SALA PLENA-, en ejercicio de sus facultades constitucionales, DECLARA INEXEQUIBLE el proyecto de ley "por la cual la nación auxilia a la Central de Hidratación de Barranquilla en la campaña contra la mortalidad infantil por gastroenteritis".

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase al Señor Presidente de la República y dese cuenta al Congreso Nacional.

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SANCIONES DISCIPLINARIAS

Una errónea interpretación de la ley hecha por el juzgador, no es motivo bastante, por sí solo, para sustentar una sanción disciplinaria.

A instancia del Jefe de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, y de conformidad con las disposiciones del Decreto 3665 de 1.950, procede la Corte a resolver con respecto a la queja consistente en que, "al parecer, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, asumió jurisdicción contra lo previsto en el artículo 23 del Decreto Legislativo No. 0291 de 1.957, en sus literales a) y b) del numeral 2o.", ya que la cuantía del lanzamiento del predio rural a que se refiere el pleito que falló el Tribunal, es de $ 100.oo (1118 C. C.).

Pues bien: Para conocer en segunda instancia, el Tribunal Superior de Bogotá tuvo en consideración que el Decreto Legislativo No. 0291 de 1.957, "por el cual se dictan normas procedimentales sobre problemas relativos a predios rurales", al ocuparse del trámite de los juicios de lanzamiento y de restitución a solicitud del arrendador (arts. 26 a 38), preceptúa en el artículo 39 lo siguiente: "Las sentencias y los autos dictados en los juicios especiales que regulan los artículos anteriores no son apelables por el demandado sino en el efecto devolutivo. El recurso de apelación se tramitará por el Tribunal Superior de Distrito Judicial, conforme a lo previsto en el artículo 85 del Código de Procedimiento Laboral". El artículo aquí citado dispone que "cuando las copias suban por apelaciòn de auto interlocutorio, el Tribunal señalará fecha y hora para que dentro de los diez días siguientes se celebre audiencia con el fin de oír alegatos, y, sin más trámite, decidirá en el acto".

La decisión de la Sala Laboral del Tribunal no repugna ante las normas del Decreto 0291 de 1.957. Y aun en el supuesto de una interpretación errónea, ella por sí sola no daría motivo bastante para sustentar una sanción disciplinaria.

A estos respectos, la Sala Penal de la Corporación, en auto de 4 de agosto de 1.953 (LXXVI, 129) dice que "la atinada aplicación de la ley demuestra el buen criterio jurídico del juzgador, sin que ello quiera decir que hay dolo y responsabilidad en el funcionario que, en un caso semejante, la interprete en forma diferente, por error o falibilidad".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Bogotà, febrero catorce de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domìnguez.)

Previo el trámite señalado en el Decreto Extraordinario 3665 de 1.950, procede la Corporaciòn a resolver con respecto a la siguiente queja, presentada por el Jefe de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia:

"Bogotá, veintisiete de julio de mil novecientos sesenta y dos. Del informe rendido por el señor Dr. Manuel J. Huertas, Jefe de Visitadores, asì como del acta de visita y piezas del juicio de lanzamiento del Doctor Daniel Durán Blanco contra Antonio Rodríguez, adelantado por el procedimiento laboral establecido en el Decreto Legislativo No. 0291 de 1.957, en el juzgado Municipal de Tocaima, resulta que, al parecer, la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, con su sentencia de 31 de octubre de 1.961 asumió jurisdicción contra lo previsto en el artículo 23 del citado Decreto, literales a) y b), numeral 2o., habida consideración de la cuantía de la acciòn, o sea el valor de una mensualidad ($100.oo), art. 1118 del C. J. En consecuencia, se dispone remitir a la H. Corte Suprema de Justicia este expediente administrativo, original, para los efectos legales a que haya lugar. Dèjese copia de lo conducente y dése aviso al peticionario".

En el escrito de descargos, los Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Mario González Manrique, Aydée Anzola Linares y Aurelio Arturo, expresan conjuntamente, lo que pasa a transcribirse:

"En relación con la queja formulada y a manera de 'descargo' sólo podemos manifestar que mediante la sentencia que la motivó, la Sala de Decisión de este Tribunal Superior (Sala Laboral), por unanimidad, decidió asumir el conocimiento del negocio por considerarse competente para ello.

"No está por demás observar que el art. 39 del Decreto 0291 de 1.957 dispone:

'Las sentencias y los autos dictados en los dos juicios especiales que regulan los artículos anteriores, no son apelables por el demandado sino en el efecto devolutivo.

'El recurso de apelaciòn se tramitará por el Tribunal Superior del Distrito Judicial conforme a lo prevenido en el artículo 85 del Código de Procedimiento Laboral'-".

En la sentencia de que se ha hecho mención, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá dispuso:

"1o. REVOCASE en todas sus partes el fallo apelado, de fecha trece de septiembre del año en curso..." (1.961).....", proferido en el presente juicio por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tocaima;

"2o. DECRETASE el lanzamiento del arrendatario, Antonio Rodríguez, a quien se ordena restituír a su arrendador, el doctor Daniel Durán Blanco, el inmueble rural ubicado en jurisdicción del municipio de Tocaima, que hace parte de una mayor extensión de terreno denominado "El Playón", y que se encuentra comprendido dentro de los linderos señalados en el libelo de demanda.

"3º. El Juzgado del conocimiento practicará la diligencia respectiva, dentro de los dos días siguientes a la fecha en que reciba el expediente".

Pues bien:

Para conocer en segunda instancia, el Tribunal Superior de Bogotá tuvo en consideración que el Decreto Legislativo No. 0291 de 1.957, "por el cual se

dictan normas procedimentales sobre problemas relativos a predios rurales", al ocuparse del trámite de los juicios de lanzamiento y de restitución a solicitud del arrendatario (arts. 26 a 38), preceptúa en el artículo 39 lo siguiente:

"Las sentencias y los autos dictados en los juicios especiales que regulan los artículos anteriores no son apelables por el demandado sino en el efecto devolutivo.

"El recurso de apelación se tramitará por el Tribunal Superior de Distrito Judicial, conforme a lo previsto en el artículo 85 del Código de Procedimiento Laboral". El artículo aquí citado dispone que "cuando las copias suban por apelación de auto interlocutorio, el Tribunal señalará fecha y hora para que dentro de los diez días siguientes se celebre audiencia con el fin de oír alegatos, y, sin más trámite, decidirá en el acto".

La decisión de la Sala Laboral del Tribunal no repugna ante las normas del Decreto 0291 de 1.957. Y aún en el supuesto de una interpretación errónea èlla por sì sola no daría motivo bastante para sustentar una sanción disciplinaria.

A estos respectos la Sala Penal de la Corporación, en auto de 4 de agosto de 1.953 (G. J. t-LXXVI, p.129) dice que "la atinada aplicación de la ley demuestra el buen criterio jurídico del juzgador, sin que ello quiera decir que hay dolo y responsabilidad en el funcionario que, en un caso semejante, la interprete en forma diferente, por error o falibilidad".

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PLENA-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA que no es el caso de aplicar ninguna sanción disciplinaria a los Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotà, doctores MARIO GONZALEZ MANRIQUE, AYDEE ANZOLA LINARES y AURELIO ARTURO, por razòn de los hechos a que se contrae el informe del señor Jefe de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia.

Envíese copia de esta providencia a la Sección de Vigilancia del citado Ministerio.

Cópiese y Notifíquese.

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

SANCIONES DISCIPLINARIAS. AMBITO LIMITADO DE LAS FUNCIONES DE VIGILANCIA JUDICIAL. FUNCIONES DE LA CORTE.

No corresponde a la Vigilancia Judicial juzgar del acierto del contenido jurídico de las providencias dictadas por los Jueces y Magistrados, ni hacer la crítica de sus proveídos o glosar su criterio en la interpretación de la ley al aplicarla al caso controvertido. No corresponde a la Corte, sino a la ley, señalarles a los Jueces y Magistrados los procedimientos que deban seguir en la tramitación de los juicios.

No corresponde a la Vigilancia Judicial juzgar del acierto del contenido jurídico de las providencias dictadas por Jueces y Magistrados. Su función no es de instancia y, por tanto, no tiene la facultad de hacer la crítica de los proveídos pronunciados por los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, ni glosar el criterio de los jueces en la interpretación de la ley al aplicarla al caso controvertido.

Ni le corresponde a la Corte, como lo da a entender el oficio de la Sección de Vigilancia recibido por la Corporación, señalarles a los Jueces y Magistrados los procedimientos que deban seguir en la tramitación de los juicios. El ordenamiento jurídico procesal tiene reglamentados los procedimientos correspondientes a que los jueces y las partes deben someterse, como también las atribuciones de la Corte, sin que haya norma que autorice a ésta para regular o disponer modos de tramitación, o manera de corregir errores si los hay, en los juicios adelantados ante los distintos grados de la jurisdicción.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Bogotà, once de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

Por queja formulada por el señor Julio A. Motta M. ante el Ministerio de Justicia, la Jefatura de la División de Vigilancia Judicial, comisionó a uno de sus funcionarios para la investigación del caso.

Según informe de 29 de septiembre de 1.962, el funcionario dicho estableció lo siguiente:

Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva, el 20 de octubre de 1.955, los señores Agustín Lozada y otros, iniciaron juicio reivindicatorio contra Rafael Motta y José Joaquín Motta, de un lote de terreno ubicado en la vereda de El Palmar, jurisdicción del Municipio de Campoalegre.

El juicio finalizó por sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal de Neiva, en la cual se condenó a los demandados a la restitución del

terreno materia del litigio. El negocio volvió al Juzgado del conocimiento, y éste comisionó al Juez Promiscuo Municipal de Campoalegre para que efectuara la entrega del inmueble.

El Juez Municipal señaló el 25 de enero de 1.962, como fecha para llevar a cabo la diligencia de entrega. Al iniciarse ésta, el querellante Julio A Motta, se opuso, alegando su calidad de tercero, petición que fue rechazada por el Juez.

Posteriormente, el 29 de enero del mismo año, el Juez comisionado, aclaró y explicó su rechazo de plano a la oposición formulada el día de la diligencia de entrega, mediante providencia que, en lo pertinente, dice: "Siendo, como es, que el Sr. Motta es hijo de uno de los demandados, es lógicamente su causahabiente a título universal, existe necesariamente esa identidad jurídica de que habla el Art. 474, por ende le afectará, le perjudicará el fallo y obviamene no podrá ser opositor al tenor del Art. 552 del C. J.".

Apelada esta providencia por el opositor Julio A. Motta, regresó el proceso al Juzgado comitente, el que, a su vez, concedió el recurso ante el Tribunal de Neiva, entidad que se declaró incompetente para conocer de él, por tratarse de providencia procedente del Juzgado Municipal y ordenó la devolución al Juzgado del Circuito. Este despacho, en vez de tramitar la articulación respectiva, ordenó el archivo del negocio.

El contenido del informe anterior, dió origen a que la Jefatura de la División de Vigilancia Judicial, profiriese el auto de 28 de octubre de 1.962, en que además de criticar la actuación del Tribunal de Neiva, dispuso remitir a la Corte copia del informe aludido, con los documentos anexos, "para que se adopten las medidas consiguientes en relación con la actuación del H. Tribunal de Neiva, Despacho del Sr. Magistrado Cabrera Dussán".

Tramitada regularmente la queja, el Dr. Cabrera Dussán, en escrito de 17 de enero de este año, después de historiar los hechos, contestó a los cargos, así:

"Efectivamente, creo que la Rama Jurisdiccional del Poder Público debe reaccionar contra la indebida intromisión de funcionarios administrativos en los asuntos propios del Fuero. Los encargados de la vigilancia judicial del Ministerio de Justicia, se hacen la ilusión de que son superiores jerárquicos de Jueces y Magistrados, y tienden a dirigirlos u orientarlos en el ejercicio de sus funciones. No es esta precisamente su misión, porque ni la Constitución ni la ley les dan atribuciones para inmiscuirse en la aplicación del derecho cuando se falla una determinada controversia judicial.

"Dada la manera como la vigilancia judicial viene ejerciéndose, se está constituyendo en una amenaza para la independencia de la Rama Jurisdiccional del Poder Público. En lo sucesivo los Jueces tendrán que consultar el sentido de sus providencias antes de proferirlas, con el señor Jefe de la División de Vigilancia Judicial, para no exponerse a que éste, si no está de acuerdo con ellas, ordene una investigación. No le concedo a dicho funcionario el derecho de discutir siquiera, con Jueces y Magistrados, cualquier problema jurídico por ellos resuelto en el ejercicio de sus funciones".

El Dr. Cabrera Dussán acompañó al escrito de descargos, entre otras piezas, copia auténtica de la providencia de 19 de mayo de 1.962, por la cual con exposición de las razones que creyó oportunas el Tribunal, se abstiene de conocer de la apelación interpuesta contra la providencia del Juez Municipal de Campoalegre.

Es pertinente aclarar que en la providencia citada se le indicó al Juez el procedimiento adecuado para surtir la apelación pendiente, y que, posteriormente, en auto de 30 de octubre, volvió el Tribunal sobre el tema, al resolver sobre una nulidad impetrada.

Asimismo, figura en el expediente el oficio No. 58245, de 18 de diciembre del año próximo pasado, dirigido por el Jefe de la División de Vigilancia Judicial al Magistrado Dr. Cabrera Dussán, en el que se lee:

"Sea esta la oportunidad de dejar en claro, ante el distinguido Magistrado, el alcance de la remisión del problema a la H. Corte Suprema de Justicia, conforme al ordinal 1o. parte dispositiva, del auto de 28 de octubre de esta División, que está bien lejos de entrañar una sindicación para quien por tantos años viene honrando esa Magistratura; o siquiera pudiera ser el desconocimiento del valor jurídico de aquella providencia, debidamente motivada y con antecedentes emanados de la misma Corte. Tal determinación hubo de adoptarse en busca de solución al recurso de apelación aun pendiente, contra la memorada resolución del comisionado, como quedó visto en el aparte b) de las conclusiones del mismo auto de esta División, y en ningún caso con miras a investigación de ninguna índole, que estaría fuera de lugar delante de proveído jurídicamente motivado".

LA CORTE CONSIDERA:

No corresponde a la Vigilancia Judicial, juzgar del acierto del contenido jurídico de las providencias dictadas por Jueces y Magistrados. Su función no es de instancia y, por tanto, no tiene la facultad de hacer la crítica de los proveídos pronunciados por los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, ni glosar el criterio de los jueces en la interpretación de la ley al aplicarla al caso controvertido.

Ni le corresponde a la Corte, como lo da a entender el oficio de la Sección de Vigilancia, antes citado, señalarles a los jueces y magistrados los procedimientos que deban seguir en la tramitación de los juicios. El ordenamiento jurídico procesal tiene reglamentados los procedimientos correspondientes a que los jueces y las partes deben someterse, como también las atribuciones de la Corte, sin que haya norma que autorice a ésta para regular o disponer modos de tramitación, o manera de corregir errores si los hay, en los juicios adelantados ante los distintos grados de la jurisdicción.

De lo anterior resulta que, por ausencia de materia, no hay lugar a imponer sanción disciplinaria alguna al Dr. Flavio Cabrera Dussán por los cargos contra él formulados, lo que así lo declara la Corte en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Comuníquese al Ministerio de Justicia, al Dr. Cabrera Dussán y archívense estas diligencias.

Notifíquese.

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SANCIONES DISCIPLINARIAS. ABUSO DE AUTORIDAD. NO HAY LUGAR A IMPONER NINGUNA SANCION EN EL PRESENTE CASO.

Condiciones para que la falta de cumplimiento de la obligación que a los funcionarios o empleados públicos impone el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal constituya abuso de autoridad.

Sería el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal el llamado a proyectarse en el ámbito de la queja que se estudia, si concurrieran los presupuestos que estructuran este precepto. Porque si es claro que la falta de cumplimiento de la obligación que a los funcionarios o empleados públicos impone ese mandato, constituye infracción definida y sancionada por el artículo 174 del Código Penal, tal deber se halla subordinado a la condición de que por medios atendibles se tenga conocimiento de comisión de un delito averiguable de oficio, lo cual a su vez predica este otro supuesto: que el hecho haya debido ser obvia y racionalmente considerado como delito por el funcionario de que se trate, teniendo en cuenta las condiciones subjetivas y las objetivas en que estaba colocado.

Como lo ha dicho la Corte por boca de su Sala de Casación Penal, "El factor "conocimiento" en esta clase de infracciones es cuestión subjetiva; 'conocimiento -según la Academia- es la acción y efecto de 'conocer y 'conocer es averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales, la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas' ". (LVIII, 349).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Bogotà, D. E., veintisiete de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón)

La presente queja del doctor Alfonso Suárez Pineda contra el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, doctor Guillermo Rey Barrera, ha recibido el trámite previsto por el Decreto Extraordinario número 3665 de 1.950, hoy Ley 141 de 1.961.

Contiénese la acusación en dos escritos, el segundo de los cuales, tendiente a indicar la persona del funcionario querellado y a concretar el cargo que se le imputa, fué presentado en atención al auto en que se dispuso que por el memorialista se determináse a qué magistrado acusaba y por qué hecho concreto.

Con arreglo a las exposiciones ofrecidas por el querellante en el primero de esos memoriales y en los que dirigió al Ministro de Justicia y al Presidente del Tribunal Superior de Bogotá, de los dos últimos de los cuales acompañó

sendas copias al libelo de queja, los antecedentes del hecho propuesto como fundamento de la misma, serían en síntesis los siguientes:

Que en el juicio seguido ante el Juzgado Undécimo Civil Municipal de Bogotá por Luis José Angulo contra José Vicente Valbuena, para el lanzamiento del segundo, de la casa número 15-73 de la calle 11 de esta ciudad, a consecuencia de un contrato de arrendamiento entre ellos celebrado sobre tal finca, el demandado Valbuena presentó su contestación el 31 de marzo de 1.962, la que iba a serle recibida el mismo día por el Secretario del Juzgado, según nota que éste alcanzó a escribir pero no firmó, pues luego con fecha 4 de abril siguiente suscribió otra, según la cual, previa consulta con la señorita Juez, se le rechazaba la contestación en cumplimiento de lo dispuesto en el ordinal 17 del artículo 121 del C. J.;

que, entretanto, se le venció al demandado el término para contestar la demanda, de modo que cuando, el mismo 4 de abril, presentó una nueva contestación, se le manifestó que ya estaba vencido el término, por lo cual, ante el rechazo dado por el Secretario, procedió el querellante a dirigirse al Ministro de Justicia, poniéndole de presente la injusticia con que se procedía;

que el referido juicio de lanzamiento fué incoado con base en un documento de arrendamiento que pertenecía al arrendatario demandado, según disposiciones de los decretos leyes números 2768 de 1.946 y 2004 de 1.947, y de que habilidosamente se apropió Angulo, quien había presentado el otro ejemplar del contrato al contestar a su vez una demanda en juicio ordinario que le promovió Valbuena ante el Juez 7o. Civil de este Circuito, por diversas acreencias relacionadas con el mismo contrato;

que, por otra parte, "para establecer la existencia de este acto jurídico (el contrato de arriendo) se hubo de recurrir al procedimiento de hacer absolver posiciones al arrendador, porque éste se negaba a facilitar el único ejemplar del documento donde constaba el contrato, según aseveración que privadamente hizo a mi mandante, y que ratificó al absolver posiciones bajo la gravedad del juramento, ante el Juez Civil del Circuito de Zipaquirá"; y

que, por razón de estos hechos, el querelllante en memorial dirigido al Presidente del Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 27 de abril de 1.962, intentó la recusación y acusaciones consignadas bajo el epígrafe "conclusión", que textualmente dice:

"Con base en lo expuesto, concreto mis peticiones, así:

"PRIMERO. Que por medio de Investigador solicitado por esa elevada Corporación, se establezca el vencimiento de los términos para proferir una simple providencia sobre la contestación de la demanda verificado lo cual se declare separado del conocimiento del negocio a que me he referido al actual titular del Juzgado Undécimo Civil Municipal, con fundamento en la causal determinada por el Decreto Extraordinario número 3346 de 1.950.

"SEGUNDO. Que por el mismo Investigador se establezcan los ilícitos en que ha podido incurrir el Secretario del Juzgado Undécimo, de acuerdo con los indicios que emergen de los documentos que sirvieron de fundamento a la visita practicada por el doctor Peñuela del Castillo a solicitud del suscrito, SOLICITANDO si se estimare necesario tales constancias, como comprobación de las infracciones que denuncio

"TERCERO. Que establecido el ilicito, se aplique además las sanciones disciplinarias por omisión y retardo injustificado en la Administración de Justicia que al restarle imparcialidad lesiona intereses particulares de don José Vicente Valbuena. Esto de acuerdo con el Decreto Extraordinario, hoy Ley, 3665 de 1.950.

"CUARTO. Que minuciosamente se establezca por el mismo funcionario instructor, mediante cuidadoso examen de los expedientes que cursan en el Juzgado Séptimo Civil del Circuito ORDINARIO de José Vicente Valbuena contra Luis José Angulo S. y el de LANZAMIENTO instaurado por Angulo ante el Juez Undécimo Civil Municipal, contra mi mandante, a fin de establecer de ese estudio conjunto los delitos de perjurio y falsedad, en que incurrió LUIS JOSE ANGULO S. mayor y vecino de Cajicá, el primero de los ilícitos en las múltiples contradicciones que se observan al absolver posiciones y las que emergen de las múltiples declaraciones de personas de la más alta solvencia moral; y el de FALSEDAD al ocultar dolosamente, es decir con ánimo de perjudicar a mi mandante el documento destinado al arrendatario señor José Vicente Valbuena".

Habiéndole correspondido el conocimiento de este negocio al Magistrado del Tribunal doctor Guillermo Rey Barrera, éste en auto de 10 de mayo de 1.962 dispuso: "Previamente acompañe el querellante a su solicitud la prueba sumaria de los hechos en que funda aquélla, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 4o. del Decreto Ley No. 3665 de 1.950. Cúmplase".

Entonces el querellante dirigióse al Magistrado, el día siguiente, en escrito en que le dice: "Con mi atención acostumbrada me permito manifestar a su Señoría que por haberse dado tramitación al negocio dos días después de haber formulado la queja contra el Juez Undécimo Municipal de Bogotá en lo Civil, si es procedente, ya que en mi concepto se trata de una simple contravención, el retiro de la acusación contra el Juez o un desistimiento que sea eficaz para poner término a este enojoso asunto cuya responsabilidad radica en la falta de colaboración de su más allegado subalterno, así lo solicito"..... ..... "Por otra parte no deseo ocasionar perjuicio mientras no estén amenazados los intereses que se me han confiado; y estando el peligro conjurado, sería al menos poco comprensivo el seguir actuando contra persona que en concepto de quienes la conocen, hace honor al cargo que ocupa. Yo no lo conozco ni siquiera de vista. Sin que ésto implique retractación ruego a su Señoría adoptar la fórmula que sin menoscabo de mis aseveraciones, evite mayores males a un joven jurista".

A lo cual recayó el auto de 18 de mayo que reza: "Preséntese personalmente el anterior desistimiento. Cúmplase". Y más tarde, ante el informe del Secretario, de 29 de septiembre, de no haberse cumplido el auto anterior, sobrevino el de 2 de octubre que ordena: "Permanezca en la Secretaría mientras se cumple el auto anterior o el de fecha 10 de mayo de 1.962 del folio 9. Cúmplase".

Así las cosas, el doctor Alfonso Suárez Pineda procedió a elevar ante esta Corte, contra el Magistrado doctor Guillermo Rey Barrera, por la vía disciplinaria, la queja que se ventila y que, conforme al segundo de los memoriales a la misma referentes, versaría sobre el hecho de que, habiéndose denunciado en el escrito de 27 de abril de 1.962, dirigido al Presidente del Tribunal, la conducta del Secretario del Juzgado 11o. Civil Municipal de Bogotá "como INFRACCION A LA LEY PENAL", y al señor Luis José Angulo S. "Por los delitos de perjurio y FALSEDAD", "PESE A LA OBLIGACION QUE NO SOLO CUENTA CON

EL SIMPLE CIUDADANO, SINO TAMBIEN Y EN FORMA INELUDIBLE CON TODO FUNCIONARIO DE LA RAMA JURISDICCIONAL ANTE QUIEN SE DENUNCIE UN DELITO, en virtud de determinantes disposiciones legales, como son los artículos 10º., 12, 60, 283 y concordantes del C. de Procedimiento Penal, con la circunstancia de que los delitos denunciados deben investigarse de oficio, lo cierto es que no se adoptó ningún trámite dando la sensación de que, aún sin practicar diligencias que allí indiqué, no se había consumado infracción alguna, con lo cual se propició un fallo que tiene por fundamento un documento DOLOSAMENTE OCULTADO, Y ESGRIMIDO TAMBIEN DOLOSAMENTE CONTRA SU LEGITIMO POSEEDOR. En otras palabras, en esta conducta altamente censurable y CLARAMENTE OMISIVA, radica el hecho concreto de la ACUSACION".

Y agrega el querellante, refiriéndose al desistimiento por él presentado ante el Tribunal, que ese desistimiento "UNICAMENTE SE REFERIA A LA RECUSACION", pero que "nunca podría tomarse como desistimiento en delitos que no admiten ese procedimiento", ni la forma en que está redactado daría base para suponerlo.

Puesta esta acusación en conocimiento del Magistrado doctor Rey Barrera, éste dentro del término legal contestó en su descargo lo siguiente: que el acusador "involucró un incidente de recusación contra el Juez 11o. Civil Municipal de Bogotá, propuesto 'con fundamento en la causal establecida en el Decreto Extraordinario 3346 de 1.950', con una queja contra el mismo funcionario basada en la misma causal"; que al memorial acusatorio, su autor acompañó copia de otro dirigido al Ministro de Justicia, que "no es prueba alguna en contra del Juez querellado por provenir del propio querellante", motivo por el cual el Tribunal, interpretando que, más que de un incidente de recusación, se trataba de una queja contra el Juez antes citado, ordenó que el querellante acompañase la prueba sumaria de los hechos en que la funda, prueba que nunca llegó a presentarse; que el Tribunal por conducto del querellado "no cometió falta alguna por omisión, como se afirma, por cuanto no se trataba de una denuncia penal a él dirigida y ractificada bajo juramento, todá vez que sólo se anunciaba en el escrito que tal denuncia ya había sido presentada ante el propio Ministro de Justicia"; y "tampoco tenía el Tribunal conocimiento de la comisión de ilícito alguno por parte del Juez o de otra persona"; que si bien en el memorial de acusación se mencionaba el incidente de recusación por la causal establecida en el decreto 3346, "los hechos sustentatorios del mismo consistentes en la omisión afirmada como capaz de torcer la recta administración de justicia, eran determinantes de la actuación propia de las sanciones disciplinarias evacuada por el Tribunal sin éxito en razón de no haber oído el querellante su orden dada en el sentido de aportar la prueba correspondiente"; que "era necesario conocer el resultado de tal actuación para ordenar o no además la investigación penal correspondiente"; y que un día después del en que se ordenó la aportación de la prueba de que trata el artículo 4o. del decreto número 3665, el denunciante o querellante presentó un desistimiento, respecto del cual se ordenó que fuese presentado personalmente, lo que, no habiéndose efectuado, dió lugar a que se dispusiera la permanencia del expediente en la Secretaría, mientras se cumplía el auto de 10 de mayo de 1.962, es decir el que requirió la presentación de la prueba.

SE CONSIDERA:

La queja contra el Magistrado doctor Rey Barrera se hace consistir en que, no obstante habérsele dado conocimiento de cierta actuación del Secre-

tario del Juzgado 11o. Civil Municipal de Bogotá y de ciertos procederes del señor José Luis Angulo, una y otros indicados atràs y que el querellante estima delictuosos, y no obstante lo dispuesto por los artículos 10, 12, 60 y 283 del Código de Procedimiento Penal, el referido Magistrado no adoptó ningún trámite, "con lo cual se propició un fallo que tiene por fundamento un documento dolosamente ocultado y esgrimido también dolosamente contra su legítimo poseedor".

Sin relación con el motivo de esta queja, encuèntrase la referencia a los artículos 60 y 283 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto de estos preceptos el primero, al determinar quiénes son funcionarios de instrucción, no incluye en su clasificación a los Magistrados de la Sala Civil de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, y el segundo sólo toca con los funcionarios de instrucción, al disponer que "sin esperar denuncio ni querella alguna, ni orden superior, debe el funcionario de instrucción correspondiente instruir sumario siempre que, por conocimiento personal, por avisos confidenciales, por notoriedad pública o por cualquier otro medio, llegare a su noticia la perpetración de alguna infracción penal de las que deban investigarse de oficio".

Tampoco sería pertinente al caso la cita del artículo 12 que estatuye para todo habitante del territorio colombiano, mayor de veintiún años, con las excepciones establecidas en el artículo 13, la obligación de denunciar a la autoridad las infracciones penales investigables de oficio y de que tenga conocimiento, porque esa obligación se halla especialmente establecida para los funcionarios públicos, sin competencia investigativa, por el artículo 10, según el cual "el funcionario o empleado público que de cualquier manera tenga conocimiento de una infracción penal cuya investigación deba iniciarse de oficio, sin que sea competente para ello, debe inmediatamente poner ese hecho en conocimiento de la autoridad competente", con todos los pormenores y circunstancias indicados en el mismo texto.

Sería, pues, el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, el llamado a proyectarse en el ámbito de la queja que se estudia, si concurrieran los presupuestos que estructuran este precepto. Porque, si es cierto que la falta de cumplimiento de la obligación que a los funcionarios o empleados públicos impone ese mandato, constituye infracción definida y sancionada por el artículo 174 del Código Penal, tal deber se halla subordinado a la condición de que por medios atendibles se tenga conocimiento de comisión de un delito averiguable de oficio, lo cual a su vez predica este otro supuesto: que el hecho haya debido ser obvia y racionalmente considerado como delito por el funcionario de que se trate, teniendo en cuenta las condiciones subjetivas de èste y las objetivas en que estaba colocado.

Como lo ha dicho la Corte, por boca de su Sala de Casación Penal: "El factor 'conocimiento' en esta clase de infracciones es cuestión subjetiva; 'conocimiento -según la Academia- es la acción y efecto de conocer' y 'conocer es averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales, la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas'" (LVIII, 2016, pàg. 349).

La especie sub judice muestra que el doctor Suárez Pineda en su pedido al Tribunal, luego de una exposición acerca de los hechos tales como él los contempla y del concepto que le merecen, se concretó a suplicar que "por medio de investigador solicitado por esa elevada Corporación" se establecieran los ilícitos en que, según el peticionario, incurrieron el Juez aludido, su Secretario y el

particular Luis Josè Angulo, a fin de obtener la separación del Juez en lo relativo al conocimiento del juicio de lanzamiento, las respectivas sanciones por la vìa disciplinaria y, aunque expresamente no lo dice, el procesamiento penal del Secretario del Juzgado, como tambièn el de Angulo.

Trátase, pues, de un planteamiento de caràcter ambiguo, en cuanto tendiente a la consecución de fines a que corresponderían trámites distintos en esferas de diversa competencia. Porque, uno sería el trámite para el incidente de recusación del Juez Municipal, de conocimiento de su inmediato superior jeràrquico, el Juez del Circuìto; otro el trámite para la querella de carácter disciplinario contra el mismo Juez Municipal, de competencia del Tribunal en Sala Plena; otra la competencia en la queja de igual carácter contra el Secretario del Juez Municipal, cuyo conocimiento tocaría al propio Juez como a su inmediato superior; y otros el trámite y competencia para la investigación de delitos, ya comunes, ya de funcionario público, por razón del ejercicio de sus funciones.

En estas condiciones, cuando el Magistrado doctor Rey Barrera entendió que el libelo del doctor Suárez Pineda estructuraba predominantemente una querella por la vía disciplinaria contra el Juez Municipal, de acuerdo con el decreto número 3665 de 1.950; que èsta debía tramitarse de preferencia, para poder saber si era el caso de dar cabida a una investigación penal contra cualesquiera individuos; y que por el momento no existían circunstancias que impusieran esa investigación, por cuanto ni siquiera se habia hecho una formal denuncia bajo la gravedad del juramento, ni "tenía el Tribunal conocimiento de la comisión de ilícito alguno por parte del Juez o de otra persona", se limitó a hacer uso de su propio criterio como juzgador, encontrándose así por fuera del campo del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto pudo estimar que el conocimiento que de los supuestos ilícitos trataba de darle el querellante, no era el obligativo sobre que versa el mencionado precepto.

A lo cual podría agregarse la consideración de que el querallente tuvo y ha tenido en todo momento abiertos los caminos para proponer, ante cualquiera de los competentes funcionarios de instrucción, denuncio formal de los hechos que él censura, como así lo advierte en el segundo de sus memoriales a la Corte, cuando dice que su mandante, señor Valbuena, "formuló después de proferido el fallo, denuncio criminal contra Luis Josè Angulo, el cual está bajo instrucción y bastante adelantado". Lo que quiere decir que la actitud del Magistrado Rey Barrera, en cuanto omitió el dictar medidas directamente tendientes a promover en la órbita penal la investigación de los hechos denunciados, en nada entorpeció ni obstruyó el ejercicio de la facultad que ha tenido el querellante para denunciar esos hechos a la autoridad competente.

Y si las omisiones que el decreto número 3665 de 1.950 erige en motivos de sanción por la vía disciplinaria son aquellas que conlleven retardos injustificados en el despacho de los asuntos a cargo de los funcionarios a que tal ordenamiento se refiere o que produzcan retardos injustificados en la administración de justicia, que tiendan a hacerla ineficaz o a restarle imparcialidad, resulta que la conducta que se increpa al Magistrado Rey Barrera, en el caso de esta querella, escapa por las razones atrás consignadas, a la aplicación del decreto.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, DECLARA que no es el caso de aplicar ninguna sanción disciplinaria al Magistrado del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, doctor Guillermo Rey Barrera, por el cargo a que alude la presente querella.

Transcríbase esta decisión al Departamento de Vigilancia del Ministerio de Justicia para los fines consiguientes.

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

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

SALA DE CASACION CIVIL

Los extractos de las doctrinas sentadas por esta Sala durante los meses de enero y febrero de 1963, fueron preparados por el Relator de entonces Dr. Luis Ignacio Segura. Y los correspondientes al mes de marzo, por disposición de la Corte Plena, a cargo del Dr. Carlos Manuel Gutiérrez E., Relator Judicial Auxiliar.

ACCION RESOLUTORIA DEL CONTRATO

Sólo el contratante que ha cumplido o se ha allanado a cumplir, está legitimado para pedir la resolución o el cumplimiento del contrato.

En múltiples ocasiones la Corte ha asentado la doctrina de que el artículo 1546 del Código Civil debe entenderse y aplicarse en armonía con el 609 ibídem, de modo que sólo el contratante que ha cumplido o se ha allanado a ejecutar lo de su cargo en la forma y tiempo debidos, se halla legitimado para demandar la resolución o el cumplimiento del respectivo contrato. (Casación 17 de septiembre de 1.954, LXXVIII, 2146, 625. Casación de 16 de febrero de 1.956, LXXXII, 2163, 77).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, D.E., enero treinta y uno de mil novecientos sesenta y tres.

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

Ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Tunja y obrando por medio de apoderado, el señor Flaminio Buitrago F. promovió un juicio ordinario contra el señor Calixto Novoa para que en la sentencia respectiva se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que se declare resuelta por incumplimiento de lo prometido por el señor Calixto Novoa, a quien señalo como demandado, la promesa de contrato celebrada el día 1º. de agosto del año de 1.958 y en virtud de la cual mi poderdante Flaminio Buitrago le prometió vender a mi demandado Calixto Novoa y éste comprarle, una finca denominada "La Esperanza", ubicada en la vereda de "Churuvita", de la jurisdicción de Samacá, y determinada por los siguientes linderos: 'Por el Norte, partiendo de un mojón, sigue en recta por cerca de alambre a encontrar otro mojón, deslinda, callejuela al medio, con propiedad de Calixto Novoa; Oriente, partiendo del último mojón, toda una cerca de alambre a dar a otro mojón, callejuela al medio, deslinda con Víctor Molano y Edilberto Buitrago; por el Sur, del último mojón a encontrar otro mojón y cerca de alambre, deslinda con el Dr. José A. Cancelado; y por el Occidente, del último mojón a encontrar el primero, callejuela al medio, sin cerca, deslinda con de (sic) Pedro Matamoros, Pedro Sánchez y José del C. Torres'.

"Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a mi demandado Calixto Novoa a pagarle a mi poderdante Flaminio Buitrago la suma de diez mil pesos ($10.000.oo), moneda legal, suma que se estipuló como cláusula penal para el contratante que incumpliera, los intereses de dicha suma, intereses que se liquidarán desde el día 30 de diciembre de 1.958 hasta el día del pago efectivo,

"Tercera. Que se condene a mi demandado Calixto Novoa a devolverle a mi poderdante la posesión de la finca denominada "La Esperanza" por la alinderación indicada en la súplica primera de esta demanda, finca que recibió mi demandado el día 1º. de agosto de 1.958, día en que se celebró el contrato de promesa de venta del mencionado inmueble; y,

"Cuarta. Que se condene igualmente a mi demandado Calixto Novoa a reconocerle a mi poderdante el valor de los frutos civiles y naturales que haya producido la mencionada finca, de conformidad con la ley, y se le condene al pago de las costas de este juicio y los gastos que se ocasionen dentro de él".

Los hechos en que se sustentan estas súplicas pueden resumirse así:

I). El primero de agosto de 1.958 Flaminio Buitrago y Calixto Novoa celebraron un contrato de promesa, en virtud del cual el primero se obligó a vender al segundo y èste a comprar a aquél, en la suma de $30.000.oo, un predio rústico llamado "La esperanza".

2). El señor Novoa prometió pagar a Buitrago el valor de la finca en la forma estipulada en el contrato aludido, o sea "con el valor de los créditos que el promitente (sic) comprador tiene en contra del promitente (sic) vendedor, así: el hipotecario por la suma de seis mil pesos ($6.000.oo) y dos créditos pagados al Banco Popular por las sumas allí indicadas tanto por capital como por los intereses, los cuales se liquidarán oportunamente; el resto que resulte de la liquidación de esos créditos, se pagará el día treinta de diciembre del año en curso, fecha en que se otorgará la correspondiente escritura de venta en la Notaría Primera de Tunja".

3). El contratante Buitrago concurrió puntualmente a la Notaría el 30 de diciembre de 1.958 con el fin de otorgarle a Novoa la correspondiente escritura y recibir el resto del precio del inmueble.

4). Novoa incumplió la obligación de comparecer el día convenido a recibir el título de la finca.

5). En el contrato de promesa se estipuló que la parte infractora pagaría a la otra la suma de diez mil pesos ($10.000.oo) en caso de incumplir lo prometido.

6). Novoa entró en Posesión del fundo prometido en venta desde el mismo día en que se concertó la convención de Promesa.

7). El demandado jamás justificó el incumplimiento de sus obligaciones y por tanto debe sufrir las consecuencias derivadas de su negligencia.

Novoa contestó la demanda y en su respuesta aceptó unos hechos, negò otros, se opuso a las declaraciones impetradas y alegó varias excepciones.

El propio demandado promovió contra Buitrago una demanda de reconvención para que se declarara nulo el contrato de promesa de compraventa celebrado entre ellos.

La primera instancia del litigio concluyó con la sentencia de ocho de abril de 1.960, en la cual se declaró no probada la excepción de caso fortuito y que ninguno de los contratantes se hallaba en mora de cumplir el contrato de promesa, se les fijò un plazo de treinta dias para celebrar la compraventa prome-

lida y se denegaron las demás súplicas de la demanda principal así como las de la reconvención y la condena en costas.

Ambas partes se alzaron contra el fallo de primer grado, y en virtud de ese recurso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja profirió la sentencia de 31 de agosto de 1.960, en la cual se revocó la de primera instancia y en su lugar dispuso:

"1o. Se absuelve al demandado de las peticiones de la demanda.

"2o. No se declara la nulidad de la promesa de contrato de compraventa y en consecuencia no se declaran las súplicas de la contrademanda.

"Sin costas en ninguna de las instancias".

El fallo del Tribunal analiza el contrato de promesa de compraventa acordado entre el demandante Buitrago y el demandado Novoa y encuentra que el reúne todos los requisitos señalados por el art. 89 de la Ley 153 de 1.887. Hace referencia luego a la acción en ejercicio y dice al respecto:

"Para la prosperidad de la acción resolutoria se exige que el demandante haya cumplido con las obligaciones pactadas o esté dispuesto a cumplir y en cambio el demandado se encuentre en mora de hacerlo; según lo dispone el art. 1609 del C. C..

"Las prestaciones a que se obligaron los contratantes, al otorgar la promesa de contrato, eran de aquellas que se podían ejecutar simultàneamente, de modo que no requerían que uno de ellos ejecutara previamente la suya para que el otro ejecutara la propia.

"La demostración del cumplimiento de la obligación de otorgar una escritura exige la prueba de que el contratante reunió en determinado momento todos los requisitos que para el otorgamiento de la misma exige la ley.

"No basta, pues, con la demostración de que se estuvo en disposición de otorgar la escritura, sino que es indispensble probar que el prometiente vendedor presentó o estuvo en poder de todos aquellos comprobantes que exige la ley para el otorgamiento de una escritura, o sea certificados de paz y salvo, de libertad y propiedad de la finca, de pago del impuesto catastral, etc.".

La sentencia se refiere en seguida a la prueba que el demandante Buitrago adujo para demostrar que estuvo en la Notaría Primera de Tunja el día convenido con el fin de celebrar el contrato prometido. Esa prueba consiste en un certificado del Notario, en que consta que el citado Buitrago se presentó en el local de la Notaría dicha y manifestó que iba a otorgar una escritura de venta de un predio llamado "La Esperanza" a favor de Calixto Novoa. Sobre este certificado dice el fallo que no es una escritura pública ni un instrumento auténtico, "porque, aunque proviene de un funcionario que ejerce su cargo por autoridad pública, no lo hace en ejercicio de sus funciones, que consisten, según el art. 2547 del C. C., en recibir, extender y autorizar actos y contratos que la ley determine o las personas exijan". Expone otras consideraciones acerca de la certificación expresada y sostiene que, conforme a lo prescrito por el art. 632 del C. judicial, no es función propia de los Notarios certificar, como sí pueden hacerlo los Magistrados y Jueces, sobre hechos que hayan ocurrido en sus oficinas y de que no queda constancia en los libros, y que respecto de tales hechos el Notario es un mero testigo, cuya declaración debe reunir las formalidades de rigor. Este estudio concluye así:

"De acuerdo con lo anterior, la certificación del Notario sobre hechos que ante él han pasado y de que no hay constancia en los libros respectivos, no tiene más valor que el de un indicio, desde luego muy apreciable por provenir de persona a quien la ley ha confiado la guarda de la fe pública. Pero como sobre el mismo hecho a que se refiere el "certificado", no hay otras pruebas en el ex pediente que vinieran a coincidir o concordar con lo allí referido, no es posible considerar demostrado el hecho de que el demandante se presentara a otorgar la escritura el día fijado para ello en el contrato de promesa de venta y estuviera en capacidad de cumplir lo prometido.

"Pero aún suponiendo demostrado el hecho de su presencia en la Notaria, no por ello se puede considerar demostrado que todos los demás requisitos que de él dependían, tales como certificado de paz y salvo, pago de impuestos, etc., se hubieran llenado".

LA IMPUGNACION

La parte demandante recurrió en casaciòn contra la sentencia de segundo grado, y con fundamento en la primera de las causales que establece el art. 520 del C. Judicial formula contra esa decisión los dos cargos que la Corte pasa a examinar.

Primer Cargo.

Se hace consistir en la violaciòn indirecta, por falta de aplicación, de los arts. 1546, 1592 y 1599 del C. Civil, y por aplicación indebida del art. 1609 ibidem, a causa de error de hecho consistente en la no apreciación de unas pruebas.

En desarrollo de este cargo afirma el impugnante que "el error de hecho en que incurrió el Tribunal consistiò en no dar por demostrado, estándolo, que Flaminio Buitrago concurriò a la Notaría Segunda de Tunja el dìa señalado en la promesa de venta para el otorgamiento de la respectiva escritura y que estuvo listo a cumplir con sus obligaciones como prometiente vendedor". Agrega que, conforme al contrato de promesa, la escritura de venta debería extenderse en la Notaría Primera de Tunja el 30 de diciembre de 1.958; que la certificación del Notario acredita que Buitrago estuvo en la Notaría dicha el día convenido y manifestó al propio Notario que comparecía para otorgar una escritura a favor de Calixto Novoa sobre un predio rústico; que el Tribunal le da a esta certificación el valor de un indicio y expresa que no existe ninguna otra prueba que corrobore el hecho de la comparecencia del mismo Buitrago en la Notaría con el fin de otorgar la escritura. El recurrente sostiene que este juicio del sentenciador constituye un error de hecho, toda vez que hay dos pruebas más que demuestran la circunstancia de que Buitrago sí se presentó en la Notaría a celebrar el contrato.

Las dos pruebas que la sentencia dejó de apreciar, según el recurso, consisten en "el certificado Notarial que obra a fl. 18 del cuaderno No.3" y en las posiciones absueltas por Buitrago a solicitud del personero de Novoa, concretamente en la respuesta dada por aquél a la pregunta undècima. La certificación aludida fue allegada por el mandatario del demandado y, aunque respecto de ella podría argüirse que no forma sino un solo indicio con el otro certificado notarial que sobre el mismo hecho adujo Buitrago, puede prescindirse de esta prueba y considerar sólo la que el fallo omitió estudiar, o sea las posiciones que el demandante absolvió.

En el pliego de posiciones se le preguntó a Buitrago cuál era el número de la cédula de ciudadanía que había presentado al Notario el día en que concurrió a la Notaría Primera de Tunja a otorgar la escritura a favor de Novoa y el absolvente contestó: "La cédula que le presenté al Notario, fue la cédula vieja que ya no recuerdo el número.....". El recurrente sostiene que la pregunta parte de la base de que Buitrago se presentó en la Notaría a extender la escritura y que "la respuesta del actor es plena prueba sobre su comparecencia ante el Notario Primero de Tunja con la finalidad de otorgar la escritura al señor Calixto Novoa", según el art. 606 del C. Judicial. Añade que esta prueba concuerda con la que aportan los certificados del Notario y que en consecuencia "el juzgador de segunda instancia se equivocó al no dar por demostrado que el actor estuvo listo a cumplir con las obligaciones a su cargo".

Afirma también el impugnante que la sentencia, al requerir la prueba de que Buitrago poseía "los comprobantes que exige la ley para el otorgamiento de una escritura", incurrió en otro error, porque confundió el cumplimiento de la obligación de otorgar la escritura, que es el objeto de la promesa, con el allanamiento a cumplirla, y agrega que la omisión de esos comprobantes no afecta la validez del contrato y que, en relación con el allanamiento, basta con que el prometiente vendedor acredite su voluntad de cumplir, sin que sea necesaria la demostración de que tuvo en su poder los referidos comprobantes. El cargo se concreta finalmente así:

"En tal orden de ideas y como el H. Tribunal no da por demostrado, estándolo, que el prometiente vendedor estuvo listo a cumplir con su obligación principal originada en la promesa de contrato, incurrió en un error de hecho que lo condujo, como era natural, a aplicar indebidamente el artículo 1609 del C. Civil, según el cual ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado mientras la otra parte no se allane, por su parte, a cumplir con las suyas; y a transgredir, igualmente en forma indirecta, por falta de aplicación, las normas sustantivas consignadas en los artículos 1546, 1592 y 1599 de la obra citada, que consagran las facultades que el legislador otorga a quien cumple con sus obligaciones contractuales para solicitar judicialmente de la parte incumplida la resolución o el cumplimiento del contrato y la efectividad de la pena estipulada por el no cumplimiento de la obligación principal".

Segundo cargo

Expresa el recurente que impugna "la sentencia por interpretación errónea, vía directa, de las normas contenidas en los artículos 1608 y 1609 del C. Civil".

A este respecto dice el recurso que la sentencia admite en forma hipotética que Flaminio Buitrago acudió a la Notaría y estuvo dispuesto a otorgar la escritura y que, así las cosas, "no puede afirmarse que haya incurrido en mora de cumplir con sus obligaciones o de allanarse a cumplirlas, por cuanto quien incurrió en ella fue el prometiente comprador al no presentarse a la Notaría el 30 de diciembre de 1.958". Lo contrario equivale, según el impugnante, a "interpretar erróneamente el alcance y contenido de las normas que regulan el cumplimiento de los contratos y concretamente los artículos 1608 y 1609 del Código Civil".

LA CORTE CONSIDERA:

En orden a demostrar el cumplimiento de sus obligaciones, el actor allegó con su demanda un certificado del Notario Primero de Tunja, en el cual se expresa que el 30 de diciembre de 1.958 Flaminio Buitrago se presentó en el local de la Notaría y manifestó que iba a otorgar una escritura de venta de un predio llamado "La Esperanza" a favor de Calixto Novoa, y que para ese efecto exhibió un documento de promesa de contrato fechado el primero de agosto del año citado. Posteriormente el demandado solicitó la ampliación de ese certificado y el propio Notario dijo que Buitrago se había limitado a manifestar lo ya expuesto, que no desarrolló ninguna actividad encaminada a extender la escritura, ni presentó las certificaciones, comprobantes o documentos que en tales casos son necesarios.

La sentencia sostiene principalmente que no aparece plena prueba de que el demandante Buitrago se hubiera presentado en la Notaría a otorgar la escritura y cumplir lo prometido. Para llegar a esta conclusión analiza el certificado del Notario y afirma que no es una escritura pública ni un documento auténtico, por cuanto los Notarios no tienen la función de certificar sobre los hechos ocurridos en sus oficinas y de que no queda constancia en los libros. Por esta razón el fallo no le reconoce al certificado sino el valor de un indicio. Esto demuestra que la sentencia sí apreció esa certificación, y aunque se refiere en general a ella, sin mencionar expresamente la aportada por el demandante ni la ampliación aducida por el demandado, hay que concluir que la referencia comprende las dos certificaciones, porque ellas no versan sino sobre un hecho único, como lo reconoce el propio impugnante. Si respecto de esta prueba pudiera en hipótesis imputarse un error a la sentencia, no sería él de hecho, como lo formula el recurso, sino de derecho, por calificarla de indicio, extremo este último que, por no haber sido propuesto, no puede la Corte entrar a examinar oficiosamente.

En cuanto concierne a la prueba de las posiciones y de modo particular a la señalada con el ordinal undécimo, sucede que lo expresado allí por el absolvente Buitrago no constituye una confesión, sino una manifestación que lo beneficia, hecha también en la demanda inicial y que no es suficiente a demostrar que estuvo dispuesto a cumplir el contrato de promesa. La sentencia no menciona esta prueba, pero no por ello incurrió en el error de hecho que le atribuye el recurrente, porque sin respaldo probatorio las solas afirmaciones de un demandante nada comprueban en su favor ni en contra del demandado.

El fallo expresa además que para justificar la intención de otorgar una escritura de venta de un inmueble, no basta demostrar la comparecencia del presunto otorgante en la Notaría respectiva, sino que también se requiere establecer que tenía en su poder los comprobantes que en tales casos exige la ley, y que el demandante no acreditó aquí esta circunstancia. El recurrente censura este juicio como erróneo, porque en su opinión confunde el cumplimiento de la obligación de otorgar una escritura con el allanamiento a cumplirla, y dice que en este último evento no se necesitan los referidos comprobantes, sino que basta la sola voluntad de cumplir. Este reproche denota una divergencia de criterio del impugnante con el sentenciador sobre este punto, pero no demuestra que éste, al estimar necesarios esos comprobantes y echar menos la prueba de ellos, hubiera incurrido en ningún error de hecho en la apreciación probatoria.

También se sostiene en la sentencia que la prosperidad de la acción resolutoria requiere la demostración de que el demandante ha cumplido o estado dis-

puesto a ejecutar sus obligaciones y que en cambio el demandado se haya en mora de satisfacer las suyas, y con base en este concepto se analizan las pruebas aportadas por el actor Buitrago para concluír que no aparece debidamente establecido que éste hubiera cumplido o estado dispuesto a cumplir sus obligaciones de prometiente vendedor. Este razonamiento no constituye en modo alguno una interpretación equivocada de los arts. 1608 y 1609 del C. Civil; por el contrario se conforma al contenido y alcance de estos preceptos y de consiguiente no puede aceptarse que la sentencia los quebrantó. En múltiples ocasiones la Corte ha asentado la doctrina de que el art. 1546 del C. Civil debe entenderse y aplicarse en armonía con el 1609 ibidem, de modo que sólo el contratante que ha cumplido o se ha allanado a ejecutar lo de su cargo en la forma y tiempo debidos, se halla legitimado para demandar la resolución o el cumplimiento del respectivo contrato (Cas. de septiembre 17 de 1.954 - LXXVIII - 2146, 625. Cas. de febrero 16 de 1.956- LXXXII - 2163, 77).

Estas consideraciones demuestran que los cargos no pueden prosperar.

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 agosto de mil novecientos sesenta, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en este juicio ordinario sobre resolución de un contrato promovido por Flaminio Buitrago F. contra Calixto Novoa.

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

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

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

SIGNIFICACION JURIDICA DE LA OCUPACION ECONOMICA DE TERRENOS BALDIOS.

1. La presunción consagrada en el artículo 1o. de la ley 200 de 1.936 significa que el terreno baldío viene a pertenecer a quien lo haya poseído económicamente. 2. La figura que instituye el referido artículo, es el modo constitutivo de la ocupación. 3. Valor del título de la adjudicación, en el caso en que el adjudicatario tiene el terreno por virtud de haberlo recibido en arrendamiento del poseedor y ocupante. 4. Comparación entre el derecho del colono y el derecho del adjudicatario.

1. Si el artículo 1o. de la ley 200 de 1.936 consagra una presunción de no ser baldío el terreno poseído económicamente, sino de propiedad privada, ello no puede significar sino que pertenece a quien lo ha poseído: es la presunción general del artículo 762, inciso 2o., del Código Civil, trasladada a la esfera de los baldíos, en provecho del poseedor económico de la tierra. Por eso no es exacto decir, como lo hace el Tribunal en el fallo acusado, que la afirmaciòn hecha en la demanda de que determinado terreno se halla bajo la presunción del artículo 1o. de la ley 200, no encierra la alegación del dominio que ese texto presume.

2. La figura que instituye el artìculo 1o. de la ley 200 de 1.936, bajo la forma de una presunción, es el modo constitutivo de la ocupación, la reiteración de lo que consagran la ley y la jurisprudencia nacionales (65 del Código Fiscal, 10 y 12 de la ley 47 de 1.926, 1 y 9 de la ley 34 de 1.936). Porque si a la Nación le basta la posesión económica de la tierra baldía para considerarla o presumirla de dominio particular, quiere decir que es suficiente esa sola posesión para adquirir la propiedad, a menos que el colono se haya establecido èn tierras no susceptibles de ocupación por hallarse reservadas o destinadas por la Nación a un uso o servicio público, sobre los cuales no puede darse una posesión creadora de derecho.

3. Se pregunta: El título de adjudicación de un terreno que el adjudicatario había recibido antes en arrendamiento del poseedor y ocupante, en cuyo favor se presume el dominio, destruye la presunción del artículo 1o. de la ley 200 de 1.936.? No, porque al recibir el terreno del poseedor, ya éste tenía adquirido el dominio mediante la ocupación. El Estado no borra ni podría borrar con un acto declarativo de sus autoridades el hecho previsto en la ley como generador de la propiedad. Es cierto que el mero tenedor puede transformar ese carácter precario en posesión y aún llegar a adquirir el dominio si logra consumar una usucapión extraordinaria, según el artículo 2531 del Código Civil. Pero un título de adjudicación de la Nación, que es simplemente declarativo, de una tierra que ya la misma Nación presume de dominio particular, no es idóneo para conferir al intervertor, el derecho pertene-

ciente a otro, vale decir, para sustraer de un patrimonio lo que ya hacía parte de él. Por lo cual el artículo 47 del Código Fiscal deja a salvo los derechos de terceros en la adjudicación de baldíos.

La providencia de la Administración que los adjudica se reduce a reconocer el hecho preexistente de la ocupación. Tal providencia no es modo constitutivo porque el fenómeno que crea y confiere la propiedad es la ocupación, ya cumplida real y materialmente. Ni es tampoco translaticio: la inscripción en el Registro Público no transfiere en este caso, porque precisamente de antemano el dominio ingresa al haber del ocupante; cumple sí, los demás objetivos del registro, entre los cuales se destaca el de dar publicidad, en este caso al movimiento de la propiedad agraria realizado por la ocupación.

4. La controversia entre un colono y un adjudicatario, en el cual se persigue desatar la disputa entre el primero, que invoca la ocupación, y el último que alega la adjudicación del Estado, está prevista en el artículo 79 del Código Fiscal. Significa ello, en primer lugar, qne la adjudicación no afecta la legitimación del derecho de quien primeramente ocupó una extensiòn baldía, para que el Estado le reconozca esta situación y le „adjudique lo ocupado. El artículo 10 de la ley 47 de 1.926 prescribe que "cuando al hacer una adjudicación de terrenos baldíos a cualquier título, se hallaren establecidos previamente colonos o cultivadores en la extensión respectiva, se les deberá reconocer las extensiones cultivadas, para lo cual no se les exigirá a los cultivadores el que tengan adquirido título de propiedad", y agrega que éstos "podrán solicitarlo posteriormente, ciñéndose a las disposiciones de esta ley", lo cual enseña que ese derecho queda a salvo en toda adjudicación de baldíos. Por otra parte y previendo los futuros litigios entre colonos, adjudicatarios y terceros, tiene dispuesto el artículo 47 del C. Fiscal que el Estado "no garantiza la calidad de baldíos de los terrenos que adjudica, y, por consiguiente, no está sujeto al saneamiento de la propiedad que transfiere en las adjudicaciones", ni "tampoco está obligado al saneamiento, si el terreno baldío estuviere destinado a un uso público, u ocupado por cultivadores o colonos".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio de Joaquìn María Gómez contra Pedro Celestino Aguirre. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, fechada el 24 de octubre de 1.961. Recurrente: el actor.

- I -

ANTECEDENTES

1. José Joaquín Gómez expuso al juez civil del circuito de Roldanillo (Distrito Judicial de Buga), en libelo de 18 de septiembre de 1.957, los hechos siguientes:

a) Gómez dió en arrendamiento a Pedro Celestino Aguirre una finca situada en el Municipio de Argelia, "compuesta de cultivos de café, plátano, pasto, monte y rastrojo y árboles de sombrìo, que tiene diez hectáreas, más o menos,

de extensión superficial, y cuyos linderos son: por el oriente, de un mojón de piedra que hay junto a la quebrada de Buenos-Aires, línea recta hacia el occidente hasta dar con una estaca que está clavada en un filo que sirve de mojón de este punto una línea inclinada hacia la derecha hasta dar con un mojón de piedra, por otro lado, de este mojòn de piedra a un monte de piedra de los Aguirres, por este hacia el sur, a un mojón de piedra que da con lindero de predio de la señora Rosana Gómez, por otro lado, y por el otro lado, de este mojón de piedra, por éste abajo a dar con otro mojón de piedra que queda cerca de la misma cañada de Buenos Aires, por ésta abajo al primer mojón, punto de partida".

b). El arendamiento consta en documento privado suscrito por ambas partes, de fecha 13 de agosto de 1.937; se estipuló una duraciòn de seis años y una participación del cincuenta por ciento en los frutos que obtuviera Aguirre.

c). A la sombra del contrato Aguirre logró del Estado la adjudicación de la finca, como baldío y por los mismo linderos señalados en el referido contrato, por medio de Resoluciones números 53 de 10 de agosto, del Gobernador del Departamento del Valle, y 787 de noviembre 27 de 1.939, del Ministerio de Economía Nacional.

d). La finca ya no era tierra baldía, porque Gómez era y es el propietario de ella por haber sido quien "sembró los cultivos y se beneficiaba de ellos" y en ejercicio de su dominio celebró precisamente con Aguirre el mencionado arrendamiento. Por lo mismo, aquél no podía solicitar la adjudicación "ni como colono cultivador, ni como constructor, ni como explotador en forma alguna de la tierra con ganados". "El origen de su tenencia -precisa el libelo- se derivó del contrato de arrendamiento".

e). Por ello, Aguirre no puede enfrentar su título de adjudicación al derecho que Gómez tiene a que la finca vuelva a su poder.

f). Se siguió juicio de lanzamiento contra Aguirre, que no prosperó porque éste exhibió la Resolución de adjudicación antes aludida; pero no se puso en tela de juicio el contrato. Promoviò igualmente juicio ordinario de reivindicación, en el cual tampoco se discutió la validez del contrato; mas, fue declarada la excepción de petición de modo indebido, habiendo quedado abierta la vía a un nuevo juicio, que es el presente.

g). La posesión del actor prevalece sobre el título de adjudicación del demandado, por ser anterior a él, como aparece del contrato de arrendamiento, en el cual consta que la finca tenía ya cultivos estables de café, plàtano y sombrío, de los cuales el demandado iba a gozar partiendo los productos con el actor, sin que éste, al terminar el contrato tuviese que resarcirle las mejoras que pusiera.

2. Estas las peticiones formuladas con base en tales hechos:

"Primera. El señor Joaquín María Gòmez, de las condiciones ya dichas, es dueño y poseedor de los cultivos y mejoras agrícolas determinadas en el hecho primero de esta demanda.

"Segunda. En consecuencia tiene mejor derecho dicho señor Gómez a la adjudicación de esa finca agrìcola que el señor Pedro Celestino Aguirre, y así se hará constar en la oficina de Registo.

"Tercera. Como el señor Joaquín María Gómez le hizo entrega a título de arrendamiento, de dichas mejoras agrícolas, al señor Pedro Celestino Aguirre, y éste no fue lanzado en el juicio especial de lanzamiento por haber invocado derecho por el título que le adjudicó el Estado, y priva sobre ese título, la posesión anterior del señor Gómez, Aguirre debe entregar dichas mejoras agrícolas a mi poderdante inmediatamente.

"Cuarta. Se considera poseedor de mala fe al demandado desde que se hizo adjudicar por el Estado dichas mejoras agrícolas y por consiguiente no tendrá derecho a restituciones, sino al contrario debe pagar los frutos de esas mejoras desde que se apoderó de ellas, alegando posesión".

3. El demandado negó que el actor hubiese poseído el inmueble; afirmó que la entrega que le hizo Gómez fue de finca distinta; que la adjudicación obtenida del Estado se refiere a tierras entonces baldías, y propuso las excepciones de "cosa juzgada, carencia de acción, petición de modo indebido y prescripción extintiva de la acción".

4. Finalizó la primera instancia con declaración de haber sido probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante; y por apelación de la parte vencida, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga resolvió mediante sentencia de octubre 24 de 1.961:

"Refórmase la sentencia apelada, la que quedará así:

"1o. No hay lugar a formular las declaraciones suplicadas en el escrito de demanda.

"2o. Costas del juicio a cargo del actor".

Recurre en casación la misma parte, quien formuló oportunamente la demanda, a la cual el opositor dió respuesta dentro del término legal.

- II -

LA SENTENCIA ACUSADA

5. Considera que incurrió en error el juzgador de primer grado al declarar probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, con fundamento en que tratándose de finca perteneciente a una comunidad, debió pedir el actor para ésta y no para sí.

Afirma que según la demanda se trata de una pugna entre particulares, sobre las mejoras, "sin incidencia sobre el suelo por parte del demandante".

Cita una sentencia de la Corte (octubre 9 de 1.941. LII. 1979. 438), según la cual el colono que se establece en tierras baldías con plantaciones permanentes, puede reivindicarlas; otra (junio 14 de 1.938. XLVI. 1937. 651) que enseña: "Por eso se ve que el principio cardinal de la legislación en esa materia descansa sobre la base de que la propiedad de las tierras baldías se adquiere por el cultivo, como decía el artículo 1o. de la ley 48 de 1.882 y lo repite el artículo 65 del Código Fiscal. De ahí que, siendo real el derecho del colono, puede ser materia de acción reivindicatoria (G. J. XLVI, pág. 651)". Y otra, de acuerdo con la cual tratándose de disputa entre colonos sobre la propiedad de la tierra, "prevalece la adjudicación que haga el Estado, mientras otro no establezca

que hizo las mejoras, que se estableció con explotación económica, según lo previsto en el artículo 1o. de la ley 200 de 1.936".

Argumenta luégo diciendo que en esta controversia el actor no ha afirmado que el terreno le haya sido adjudicado por la Nación, ni tampoco que tenga un título de dominio sobre él; que "lo que el actor afirma es que aquel lote de terreno sobre el cual están plantadas las mejoras que entregó en tenencia precaria al demandado, no era baldío en razón de la presunción del artículo 1o. de la ley 200 de 1.936"; que sinembargo "la afirmación de esa posesion económica implica la afirmación de la titularidad del derecho real de propiedad sobre las mejoras en orden a la acción reivindicatoria de las mismas".

Y concluye que no se ha establecido que el demandante hubiese ejecutado las mejoras, por cuyo motivo carece del derecho que invoca.

En este campo halla deficiente la prueba testimonial. Y respecto al documento de arriendo, estima que no prueba sino la relación contractual entre las partes, esto es: "la entrega del inmueble, por un arrendador aparcero, a un arrendatario aparcero, en orden a que goce del bien con obligación a su cargo de pagar un canon o permitir una determinada participación en los productos a favor del primero, o sea, "la especie de sociedad o coparticipación en los productos" de que habla el artículo 1o. de la ley 100 de 1.944".

Concluye que cuando el arrendatario desconoce la relación contractual y se declara poseedor y dueño, corresponde al actor probar la propiedad de la cosa arrendada, lo que no sucede en el caso presente.

- III -

LA ACUSACION DE LA SENTENCIA.

Primer cargo

6. Se basa la impugnación en la causal primera por errores de hecho y de derecho en el examen de algunas pruebas; y se dirige a combatir el concepto del sentenciador de no haber demostrado el demandante la propiedad de las mejoras ni el mejor derecho sobre la tierra, porque no obstante haberse probado el contrato de aparcería entre Gómez y Aguirre, esto no significa que se haya establecido el dominio de ellas, ni la posesión del suelo con base en las mismas, sino las condiciones del vínculo contractual emanado de dicha fuente.

Considera la acusación que por ello aparecen quebrantados los artículos 762, inc. segundo, 786 y 791 C. C., y el concepto en que lo fueron lo condensa así:

"La infracción consistió en no haberse reconocido al demandante su derecho de propiedad sobre las plantaciones materia de la demanda, no obstante estar probado que tenía la posesión de ellas cuando le fueron entregadas en tenencia al demandado; que consecuencialmente conservó dicha posesión no obstante haber transferido la tenencia; que teniendo el demandado aquellos bienes en lugar y a nombre del demandante en virtud del contrato de aparcería de que da cuenta la demanda, el hecho de haberse dado por dueño de ellos, desconociendo el derecho de quien se los entregó en mera tenencia, no hizo perder a éste la posesión, ni la hizo adquirir por el detentador; y que la presunción de

dominio a favor del demandante no se destruyó por el demandado con un título de propiedad anterior a la posesión de aquel, pero ni siquiera con una posesión anteror":

Como se ve, el recurso se plantea en este cargo por haberse desconocido el derecho de quien entregó el inmueble en mera tenencia, derecho fundado en "la presunción de dominio a favor del demandante", que no pudo ser destruida por el reo mediante título de propiedad anterior, ni siquiera con una posesión antecedente.

La infracción se refiere al examen de las siguientes pruebas:

a) Error de derecho, en lo que respecta al documento de arriendo;

b) Error de hecho, en lo tocante al acta de inspección ocular del folio 43 del cuaderno 2º. y al dictamen de quienes actuaron como peritos en dicha diligencia; y

'c) Error de hecho en cuanto a las Resoluciones Nos. 787 de 27 de noviembre de 1.939, del Ministerio de la Economía Nacional, y 53 de agosto 10 del mismo año, del Gobernador del Departamento del Valle, confirmada por aquélla.

7.-a) El error de derecho, en la estimación del documento de arriendo, consiste, según el cargo, en no haberle atribuído, a pesar de que fue tomado en cuenta, el valor que le señalan los artículos 648, ordinal 3º., C. J. y 1761 C. C., en cuanto prueba la propiedad de las mejoras y la posesión y por consiguiente el dominio de los terrenos que Gómez entregó a Aguirre a título precario, y no sólo las condiciones del contrato, como lo considera la decisión recurrida.

De las disposiciones señaladas como infringidas en razón de dicho error de derecho, el artículo 648 C. J. autoriza para aducir en copia, por orden del juez, los documentos privados, y el 1761 C. C. determina el mérito pleno de los mismos en las circunstancias en él contempladas.

b) El error de hecho, en lo atinente a la diligencia de inspección ocular y al concepto de los peritos, estriba, de acuerdo con la impugnación, en que estas piezas demuestran que en el área adjudicada a Aguirre por la Nación, está comprendido el terreno que le arrendó Gómez, y además que esta zona se hallaba en poder de Aguirre cuando se le hizo la adjudicación, ya que para merecerla tuvo que demostrar su calidad de ocupante.

Agrega el recurrente sobre los dos errores expresados:

"Si el Tribunal hubiera apreciado el documento a que alude el ordinal anterior con referencia a la posesión del arrendador sobre los bienes materia del contrato y al reconocimiento de esa posición por el arrendatario, y si hubiera apreciado el acta de la inspección ocular y el dictamen pericial a que se refiere este ordinal, como prueba de haber recibido el arrendador los bienes materia del contrato, hubiera tenido que reconocer aquella posesión, y con ella el dominio presunto del poseedor, dando aplicación a los preceptos de ley sustantiva cuyo texto se dejó transcrito, ya que el demandado, según se dijo, no exhibió título alguno anterior a la posesión del demandante, ni siquiera una posesión anterior a

ésta. No lo hizo así el Tribunal, y por ese medio llegó al desobedecimiento de tales preceptos negándose a pronunciar la declaración de dominio impetrada en la demanda".

c). El error de hecho, en lo relacionado con la Resolución de adjudicación, se debe a la circunstancia, de haber sido incorporado en ella el artículo 47, inciso 5o. C. F., según el cual "la adjudicación en ningún caso perjudica a terceros, y deja a salvo los derechos a los cultivadores o colonos". Lo explica así:

"El Tribunal pasó en silencio esos documentos y su fecha, incurriendo en error de hecho por tal omisión, y ese error lo condujo a infringir aquel mandato legal, por el concepto de haberse negado a reconocer los derechos del demandante anexos a su calidad de poseedor de las plantaciones que el adjudicatario tenía como arrendatario de aquél, según quedó demostrado, derechos que quedaron a salvo por mandato del referido precepto de ley sustantiva y por disposición del propio acto administrativo de adjudicación".

8. Se acusa el fallo por violación directa de los mismos preceptos, ya que sin haber exhibido el demandado un título anterior a la posesión del actor o probado siquiera una posesión también pretérita en relación con aquélla, la sentencia debió reconocer la posesión y el dominio del actor.

Tercer Cargo

9. Consiste en que la súplica tercera de la demanda -que contiene una acción personal de restitución de las mejoras- fue negada por la sentencia, con quebranto del artículo 2005 del C. C., por cuanto "el arrendatario es obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento", ya que del acta de inspección ocular y dictamen pericial complementario, se sigue que Aguirre recibió los terrenos, pruebas éstas que dejó de estimar el Tribunal con manifiesto error de hecho, según quedó alegado en el primer cargo.

SE CONSIDERA:

10. El documento de aparcería dice: ".....Se indica que en el mencionado terreno así alinderado lo cedo hacia el segundo para cultivarlo con toda calidad de planta movible por el término de seis años, contando de la fecha, siendo tales producidos para el mutuo beneficio del segundo, sin que por ello pueda llamarse a derecho del terreno cultivado. Asimismo y hablando como primera parte (o sea Gómez), doy al segundo señor Celestino Aguirre un lote de cafetera que está dentro de los precitados linderos para cultivarlo en compañía, por entendido el fruto que ésta produzca, siendo la obligación de ayudarle con el 'tren' para beneficiar el café inclusive con la primera deshierba de esta (una sola). Queda obligado a plantar en los terrenos nuevos que el segundo Aguirre prepare previamente, plátano y café, teniendo a derecho el segundo a la mitad de estos producidos. Previamente dado que al cumplirse el plazo de seis años, fecha en la cual queda fenecido el presente, hubiere sembrado móviles, dará prórroga a Aguirre para disfrutarlos y así entregar el terreno. El segundo Celestino Aguirre se compromete a beneficiarse de los productos que sembrare hasta vencerse el plazo de seis años, sin que por ello pueda llamarse a derecho de la propiedad inmueble. A mantener en perfecto buen estado la cafetera que hay de vieja data más los frutos nuevos y el plátano que el señor Gómez plantare. A entregar las mitades de los productos del café y del plátano que siembre Gómez, como el que pueda producir en la actualidad la cafetera vieja".

De este documento, cuya aducción al proceso se ajustó a la ley, se sigue:

a) Que Joaquín María Gòmez estregó a título de arrendamiento a Pedro Celestino Aguirre, la extensión territorial descrita y a la cual se contrae el presente litigio;

b) Que en el terreno del contrato tenía el arrendador una plantación de café "de vieja data" que el arrendatario se obligò a mantener en "perfecto buen estado" y para cuyo beneficio se obligó Gómez a suministrar a Aguirre el tren necesario, así como a costear la primera deshierba;

c) Que Aguirre se comprometió asimismo a mantener "en perfecto buen estado", los cultivos de café y plátano que plantare Gómez en tierra que preparase Aguirre dentro de la misma área;

d) Que si al vencerse los seis años de duración del contrato, hubiere sementeras en los terrenos arrendados, con frutos pendientes, Aguirre gozaría del tiempo suficiente para recolectarlos;

e) Que de los frutos que obtuviese el arrendatario de los cultivos que èl estableciera, así como de los producidos en los cultivos existentes a la fecha del contrato y de los que pusiese Gómez después en terreno preparado por el arrendatario, se convino que éste entregase a aquél la mitad de ellos;

f) Que ni por el mutuo aprovechamiento de los terrenos, ni por el hecho de que el arrendatario explotase el inmueble arrendado con otros cultivos, podría Aguirre llamarse a derecho sobre el dominio de la tierra.

11. Según las voces de este contrato, Gómez poseía el terreno, ya que había sembrado en èl café "de vieja data" y se comprometió a plantar café y plátano en las zonas que preparase el arrendatario dentro de la misma tierra arrendada, comprometido Aguirre a mantener el cafetal viejo y los plantíos nuevos en "perfecto buen estado", subrayando de manera reiterada que por dividirse los contratantes los frutos no podía el arrendatario "llamarse a derecho sobre la propiedad del inmueble". Esto implica el reconocimiento, por parte de Aguirre, del derecho que para Gómez se había originado de la posesión, esto es, de la ocupación; de otro modo no se explicaría tan perentoria prevención formulada por arrendador a arrendatario. Arrendar en nombre propio, con el desarrollo de que dan cuenta estas cláusulas, significa, mientras no se demuestre lo contrario, que quien arrienda es poseedor de la cosa el día del contrato y en consecuencia adquirente por ocupación del derecho que el arrendatario se obligó a respetar en aquel compromiso; y además, que siguió poseyèndola a través del mero tenedor.

12. El fallo dice:

"Por eso se ve que el principio cardinal de la legislación en esa materia descansa sobre la base de que la propiedad de las tierras baldías se adquiere por el cultivo, como decía el artículo 1o. de la ley 48 de 1.882 y lo repite el artículo 65 del Código Fiscal. De ahí que, siendo real el derecho del colono, puede ser materia de acción reivindicatoria".

Auncuando el actor hubiese aseverado simplemente -como dice la sentencia- "que aquel lote de terreno sobre el cual están plantadas las mejoras que entregó en tenencia precaria al demandado, no era baldío en razón de la presunción instituida en el artículo 1o. de la ley 200 de 1.936", ello significaría tanto

como afirmar la propiedad, que en la forma de un "mejor derecho" impetró le fuese reconocido en la súplica segunda de su demanda y que motivó en la afirmación quinta de la misma en estos términos: "Quinto. El señor Pedro Celestino Aguirre no podía hacerse adjudicar dicha finca como si fuera baldía para lograr que a su favor viniera la teoría de la interversión, porque el bien estaba ya salido del Estado y era considerado como propiedad privada, ya que mi poderdante fue quien sembró los cultivos y se beneficiaba de ellos, y como acto de dominio y posesión, dió esa tierra con sus cultivos en arrendamiento a Pedro Celestino Aguirre por medio del ya expresado contrato de fecha 13 de agosto de 1.937".

Si el artículo 1o. de dicha ley consagra una presunción de no ser baldío el terreno poseído económicamente, sino de propiedad privada, ello no puede significar sino que aquél pertenece a quien lo ha poseído: es la presunción general del artículo 762, inciso 2o., trasladada a la esfera de los baldíos, en provecho del poseedor económico de la tierra. Por eso no es exacto afirmar, como lo hace el Tribunal, que el hecho de limitarse a decir que un terreno se halla bajo la presunción del artículo 1o. de la ley 200, no encierra la alegación del dominio que este texto presume.

13. La figura que instituye el artículo 1o. de la ley 200 de 1.936, bajo la forma de una presunción, es el modo constitutivo de la ocupación, la reiteración de lo que consagran la ley y la jurisprudencia nacionales (65 C. F. y 10 y 12 ley 47 de 1.926, 1o. y 9o. ley 34 de 1.936). Porque si la Nación le basta la posesión económica de la tierra baldía para considerarla o presumirla de dominio particular, quiere decir que es suficiente esa sola posesión para adquirir la propiedad, a menos que el colono se haya establecido en tierras no susceptibles de ocupación por hallarse reservadas o destinadas por la Nación a un uso o servicio público, sobre las cuales no puede darse una posesión creadora de derecho.

14. Y entonces se pregunta: el título de adjudicación de un terreno que el adjudicatario había recibido antes en arrendamiento del poseedor y ocupante, en cuyo favor se presume el dominio, destruye la presunción del artículo 1o. de la ley 200?.

No, porque al recibir el terreno del poseedor, ya éste tenía adquirido el dominio mediante la ocupación. El Estado no borra ni podría borrar con un acto declarativo de sus autoridades el hecho previsto en la ley como generador de la propiedad. Es cierto que el mero tenedor puede transformar ese carácter precario en posesión y aún llegar a adquirir el dominio si logra consumar una usucapión extraordinaria, según el artículo 2531 C. C. Pero un título de adjudicación de la Nación, que es simplemente declarativo, de una tierra que ya la misma Nación presume de dominio particular, no es idóneo para conferir al interventor, el derecho perteneciente a otro, vale decir, para sustraer de un patrimonio lo que ya hacía parte de él. Por lo cual, el artículo 47 del C. F. deja a salvo los derechos de terceros en la adjudicación de baldíos.

La providencia de la Administración que los adjudica se reduce a reconocer el hecho preexistente de la ocupación. Tal providencia no es modo constitutivo porque el fenómeno que crea y confiere la propiedad es la ocupación, ya cumplida real y materialmente. Ni es tampoco traslaticio: la inscripción en el Registro Público no transfiere en este caso, porque precisamente de antemano el

dominio ingresa al haber del ocupante: cumple sí, los demás objetivos del registro, entre los cuales se destaca el de dar publicidad, en este caso al movimiento de la propiedad agraria realizado por la ocupación.

Por esto, no se explica el alcance del fallo, cuando dice que "el actor no ha afirmado que el terreno sobre el cual están plantadas las mejoras.... le haya sido adjudicado por la Nación, ni tampoco ha afirmado que tenga un título de dominio sobre ese suelo; lo que afirma es que aquel lote de terreno sobre el cual están plantadas las mejoras que entregó en tenencia precaria al demandado no era baldío en razón de la presunción instituida en el artículo 1o. de la ley 200 de 1.936". No era indispensable que el actor adujece un acto administrativo de adjudicación, ni tampoco un título de otro linaje; le bastaba, frente a su arrendatario, el hecho de la posesión de que da cuenta el documento, hecho acentuado de manera insistente por la advertencia que Gómez hace a Aguirre, de que no podía llamarse a derecho a la propiedad de la tierra por entrar a gozar de los terrenos en la forma estipulada, advertencia que no puede tener otro sentido que a afirmación del dominio por parte del arrendador y el reconocimiento de este derecho por parte del arrendatario.

15. De los cargos formulados es procedente el segundo, por agravio directo de los artículos 762 y 786 del C. C., ya que la sentencia no ha negado al documento de 13 de agosto de 1.937, el valor que tiene como prueba. "La violación que hago consistir -dice el recurrente- en que el Tribunal no reconoció el dominio presunto del demandante sobre aquellos bienes, hallándose como se halla probado el hecho de la expresada posesión con los elementos de prueba que se dejan relacionados en la sección la., sin que el demandado haya exhibido título anterior a esa posesión ni haya acreditado una posesión anterior".

16. De los mencionados preceptos legales, aparece la infracción así:

Del artículo 762 -que consagra la presunción de dominio con apoyo en el hecho de la posesión- porque el fallo desconoce esta presunción al admitir como prueba de propiedad en favor de la parte demandada, la resolución de adjudicación nº. 787, fechada el 27 de noviembre 1.939, contra el hecho de la posesión económica confesada por el mismo contrincante en el documento de arriendo, es decir, contra la ocupación como modo de adquirir el dominio. Aún sin el artículo 1o. de la ley 200 -que la acusación no cita- se habría consumado el quebranto del artículo 762, porque se trata en todo caso de una presunción general aplicable a todas las cosas y antes de dicha ley fue siempre la ocupación el modo de adquirir las tierras baldías.

Del artículo 786 del mismo Código, porque al preferir el título de adjudicación se desconoció este precepto, según el cual se conserva la posesión de la cosa auncuando se traslade la mera tenencia, "dándola en arriendo", mera tenencia consentida por Aguirre en el tantas veces citado documento de arriendo.

- IV -

LA SENTENCIA DE INSTANCIA

17. Partiendo de la base de que Aguirre recibió de Gómez unos terrenos cuya propiedad estaba protegida por la dicha presunción de dominio, podía sin embargo el mero tenedor intervertir este carácter en el de poseedor y alegar la usucapión, siempre que el tiempo de posesión cubriese el requerido para la extraordinaria con arreglo al artículo 2531 C. C.

Consta que Aguirre solicitó la adjudicación de la finca "Estambul", que comprende la zona de este litigio, el 14 de abril de 1.939; una petición de esta índole implica naturalmente el desconocimiento del derecho del poseedor frente a la Nación, pero no del mismo modo frente al poseedor. No basta el desconocimiento del derecho del dueño para poseer, si el desconocimiento no se concreta en hechos físicos, de las condiciones generales previstas en el artículo 981 C. C., y en cuanto a baldíos, las contempladas en el 1o. de la ley 200. Por ello, los actos de explotación que Aguirre demostró al Estado para motivar la adjudicación, carecen de sentido posesorio respecto de Gómez, ya que en el contrato de arriendo estaba previsto que los ejecutase el aparcero a nombre del arrendador. Así resulta que la época de la interversión de la tenencia no coincide con el tiempo en que la adjudicación fue solicitada.

Puede coincidir, sin embargo, con las gestiones que desarrolló Aguirre en la respectiva Inspección de Policía para que Gómez se abstuviera de actos que perturbasen su posesión -lo que consiguió en efecto- gestiones a las cuales se refiere la providencia del Juez de Roldanillo, de 25 de mayo de 1.954, por lo cual fue denegado el lanzamiento pedido por Gómez. Mas, este fallo no menciona la fecha de la providencia del Inspector, ni ésta tampoco aparece en el proceso, de suerte que para ubicar la interversión debe partirse de aquella última fecha. Además, Gómez manifestó en su demanda de lanzamiento que el contrato de arrendamiento se había prorrogado hasta junio de 1.944, o sea, según el mismo arrendador, hasta cuando el arrendatario le pagó la parte de los frutos, lo cual no aparece contradicho por Aguirre; de manera que la interversión debió coincidir con la terminación del contrato y más concretamente con las diligencias de Aguirre para que Gómez no perturbase su posesión, lo que ocurrió con posterioridad.

18. Se infiere de esto que la usucapión extraordinaria autorizada por el artículo 2531, en el caso extremo de quien se pone en contacto inicial con la cosa a virtud de un nexo precario, está lejos de haberse cumplido. Los testigos que deponen sobre la posesión del demandado, dicen ignorar la existencia del contrato de arriendo, de manera que el elemento negativo diferencial de que habla Ihering priva sus afirmaciones de todo significado posesorio.

Es más: el reconocimiento de la posesión de Gómez lo hizo Aguirre al contestar la demanda de reivindicación que María de Jesús Ocampo viuda de Gómez le promovió en 1.942 sobre propiedad de la misma extensión de terreno, según lo afirma el juez civil del circuito de Roldanillo, en sentencia fechada el 22 de mayo de 1.956 (v. f. 9 C. 3o.), juicio en el cual para defenderse alegó Aguirre ser arrendatario de Joaquín María Gómez según el citado documento de 13 de agosto de 1.937, reconocimiento que tendría al menos el mérito legal de confesión extrajudicial, de autónoma valoración por los jueces de instancia.

Así que por el reconocimiento que el referido contrato encierra, reiterado posteriormente en las circunstancias expresadas, no puede ahora el prescribiente invocar a su favor la primera circunstancia de la regla 3a. del artículo 2531 C. C., para que opere la prescripción alegada por quien mudó la mera tenencia en posesión.

19. La propiedad del terreno en referencia ha originado varias controversias que conviene anotar:

a) Una de lanzamiento promovida por Gómez a Aguirre, con apoyo en el mencionado convenio de arriendo, fallado negativamente en segunda instancia por el citado Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con fecha febrero 25 de 1.955, por haber probado el demandado su calidad de poseedor del terreno;

b) Otra entre las mismas partes para que a favor de Gómez, de María de Jesús Ocampo de Gómez, Delfín, Rosana, José María y Ana Julia Gómez, se hiciese la declaratoria de pertenencia del dominio de la finca de "La Camelia", o sea el terreno a que el presente litigio se contrae. Fue fallada en segundo grado por el mencionado Tribunal con fecha 23 de julio de 1.957 (f. 15 y ss. C. 3o.), declarando la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido. La cosa juzgada material, que alegó el demandado en el presente juicio no aparece, por tanto, establecida.

c) También demandó a Aguirre la señora María de Jesús Ocampo, para que le fuere reconocida la propiedad del mismo lote de terreno. El Tribunal nombrado negó esta demanda por considerar que no estaba legitimada para pedir para sí únicamente.

20. Sobre estos procesos se destaca la litis actual, en la que se enfrentan los contendientes, con apoyo, por una parte, en el reconocimiento que hiciera el demandado del derecho del actor en el contrato de arriendo, reconocimiento ratificado después en diversas circunstancias; y por otra, en la ocupación realizada por Gómez, fuente de relaciones jurídicas entre el Estado y el colono, anteriores al referido contrato y a las gestiones desarrolladas por Aguirre para obtener la adjudicación de los terrenos, así como a la interversión misma de su mera tenencia, fenómeno cuya iniciación no permiten los autos determinar. Aguirre dice al contestar la demanda de lanzamiento (f. 10 C. 2o.) que a poco de celebrado el contrato de aparcería, se dió cuenta de que Gómez no tenía título de proiedad, por lo cual se consideró con derecho a conseguir uno del Estado, mediante la adjudicación de la misma parcela. Mas, si Gómez no invocaba título instrumental, lo tenía sustancial, en virtud de la ocupación, instituida por la ley como forma jurídica de adquirir el dominio de las tierras baldías.

21. Demanda Joaquín María Gómez a Celestino Aguirre para que se declare que tiene mejor derecho a la adjudicación de la finca agrícola; que es dueño de las mejoras y cultivos que hay en ella, y se condene al demandado a la entrega de éstas, con la calificación de mala fe para efectos de las prestaciones correspondientes.

La presente controversia ordinaria entre un colono y un adjudicatario, en la cual se persigue desatar la disputa entre el primero, que invoca la ocupación, y el último que alega la adjudicación del Estado, está prevista por el artículo 79 C. F.

Significa ello, en primer lugar, que la adjudicación no afecta la legitimación del derecho de quien primeramente ocupó una extensión baldía, para que el Estado le reconozca esta situación y le adjudique lo ocupado. El artículo 10 de la ley 47 de 1.926 prescribe que "cuando al hacer una adjudicación de terrenos baldíos a cualquier título, se hallaren establecidos previamente colonos o cultivadores en la extensión respectiva, **se les deberá reconocer las extensiones cultivadas**, para lo cual no se les exigirá a los cultivadores el que tengan adquirido título de propiedad", y agrega que éstos "podrán solicitarlo posteriormente, ciñéndose a las disposiciones de esta ley", lo cual enseña que ese derecho queda a salvo

en toda adjudicación de baldíos. Por otra parte y previendo los futuros litigios entre colonos, adjudicatarios y terceros, tiene dispuesto el artículo 47 C. F. que el Estado "no garantiza la calidad de baldíos de los terrenos que adjudica, y, por consiguiente no está sujeto al saneamiento de la propiedad que transfiere en las adjudicaciones", ni "tampoco está obligado al saneamiento, si el terreno baldío estuviese destinado a un uso público, u ocupado por cultivadores o colonos".

En segundo término, que una adjudicación de baldíos no es oponible a quien haya ocupado la tierra con anterioridad, motivo por el cual no se trata en esta litis de anular la Resolución nº. 787 de 27 de noviembre de 1.939, del Ministerio de Economía Nacional, sino de hacer prevalecer sobre ella la ocupación anterior, origen de la propiedad en favor del demandante.

22. Se halla así acreditada la propiedad del actor, es decir, el "mejor derecho" invocado en la súplica segunda del libelo que abrió la controversia, pues la ocupación de los baldíos no origina otro derecho que el dominio, de manera qne por haber demostrado en el litigio pertenecerle el de la zona en referencia, se habrá de decretar la restitución.

En cuanto a mejoras ejecutadas por el demandado durante el contrato de arriendo, no aparece que el arrendador esté obligado a reconocerlas. Respecto a las incorporadas después, debe dársele el tratamiento que prescriben las reglas comunes, siendo considerado el poseedor como de mala fe. (art. 966 C. C.).

En relación con la condena a satisfacer los frutos, impetrada en la súplica cuarta, se habrá de despachar favorablemente al actor, respecto al tiempo posterior a la expiración del arrendamiento.

23. Las siguientes circunstancias desvirtuan en contra del demandado la presunción del artículo 769 C. C.: a poco de haber recibido Aguirre la zona del litigio en arriendo, solicitó para sí la adjudicación de la misma; al contestar la demanda de lanzamiento manifestó que había procedido así por haber descubierto que Gómez no tenía título de propiedad; en la litis sobre dominio que le promovió María de Jesús Ocampo de Gómez, no halló, sin embargo, inconveniente en alegar su condición de arrendatario de Joaquín María Gómez conforme el consabido documento; y por último ha alegado en el presente litigio el fenómeno de la interversión que por sí solo coloca su caso en la regla 3a. del artículo 2531 C .C., según la cual se presume la mala fe.

DECISION:

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos sesenta y uno (1.961), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el juicio ordinario de Joaquín María Gómez contra Pedro Celestino o Celestino Aguirre, y como Tribunal de instancia revoca la sentencia del juzgado civil del circuito de Roldanillo, fechada el once (11) de julio de mil novecientos sesenta (1.960), y en su lugar resuelve:

Prmero. Declárase que Joaquín María Gómez es dueño de los cultivos de plátano, café, pasto, monte, rastrojo y arboles de sombrío existentes en una zona de terreno de diez hectáreas de extensión aproximadamente, ubicada en ju-

risdicción del Municipio de Argelia, Departamento del Valle, y alinderada así: por el oriente, de un mojón de piedra que hay junto a la quebrada de Buenos Aires, línea recta hacia el occidente hasta dar con una estaca que está clavada en un filo que sirve de mojón, de este punto una línea inclinada hacia la derecha hasta dar con un mojón de piedra, por otro lado, de este mojón de piedra a un monte de propiedad de los Aguirres, por este hacia el sur, a un mojón de piedra que da con lindero de predio de la señora Rosana Gómez, por otro lado, y por el otro lado, de este mojón de piedra, por éste abajo a dar con otro mojón de piedra que queda cerca de la misma cañada de Buenos Aires, por ésta abajo al primer mojón, punto de partida.

Segundo. Pedro Celestino o Celestino Aguirre restituirá a Joaquín María Gómez, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del auto que mande cumplir la presente sentencia, la dicha zona de terreno con todas sus mejoras, por los linderos y como se expresa en el punto anterior.

Tercero. Las mejoras que Pedro Celestino o Celestino Aguirre hubiere incorporado en el mismo terreno con posterioridad al vencimiento del contrato de arrendamiento de fecha trece (13) de agosto de mil novecientos treinta y siete (1.937) y que eventualmente el actor hubiere de pagar al demandado de acuerdo con la ley, serán reguladas conforme al procedimiento del artículo 553 del Código Judicial y teniendo a Aguirre como poseedor de mala fe. Si por razón de las mejoras hubiere lugar al derecho de retención, se estará a lo dispuesto por el artículo 970 del Código Civil.

Cuarto. El demandado Aguirre pagará a Joaquín María Gómez el valor de los frutos percibidos por el primero o que hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad en la explotación o cultivo del terreno expresado, en la época corrida desde el vencimiento del referido contrato de arriendo, considerando igualmente al demandado como poseedor de mala fe, y la regulación correspondiente se hará dentro del mismo procedimiento del citado artículo 553 del Código Judicial.

Quinto. Regístrese esta sentencia y cancélese la inscripción de la demanda con que se inició el presente juicio en la Oficina de Registro del Circuito de Roldanillo.

Sexto. Sin especial condenación en costas.

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

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

TECNICA DE CASACION

Necesidad de demostrar el error de hecho que se le atribuye al fallo de instancia.

No se censura, de la suerte que lo hace el recurrente, el fallo de instancia, por error de hecho, esto es, por falta de apreciación de pruebas o por suposición de pruebas que evidencian, a juicio del Tribunal, el hecho cuya existencia en la litis niega o supone el sentenciador. En este caso era indispensable demostrar el error, es decir, que determinada prueba o determinadas pruebas no fueron estimadas y que de las mismas surgía incontestable el hecho de la identidad de los terrenos que se pretendía reivindicar, identidad que en concepto del Tribunal no obtuvo demostración, porque la prueba pericial practicada no reunía los requisitos legales.

Según el concepto del sentenciador, no hubo acuerdo entre los peritos principales, ni entre ninguno de éstos y el tercero. Esta motivación del fallo absolutorio, no aparece combatida en la demanda de casación. Habría debido el recurrente demostrar la requerida uniformidad de los dictámenes mediante las afirmaciones, apreciaciones o razones de los peritos, de las cuales surgiera evidente, sin lugar a duda, el error de hecho.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio de José María Leyva contra José Galera Simón. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, fechada el 22 de febrero de 1.962. Recurrente: el actor.

- I -

ANTECEDENTES

1. Demandó José María Leyva a José Galera Simón, ante el juez Civil del circuito de Santa Marta, con el propósito de reivindicar una zona de terreno llamada "Andalucía", situada en el corregimiento de Minca, municipio de Santa Marta, con un área de cien hectáreas aproximadamente y comprendida en una extensión mayor denominada con el mismo nombre de "Minca", cuya propiedad dice el actor pertenecerle.

Estos, los linderos de "Minca": "norte, terrenos ocupados por herederos de Pedro Gómez y por Marquesa Jiménez, en parte, y siguiendo el lindero nor-

te, con terrenos ocupados por herederos de Alfonso Campo hasta la quebrada de Marinca; sur, con terrenos ocupados por Sixto Pérez, Prancina Noguera de Correa y Pérez Hermanos; éste, con terrenos ocupados por Diego Balaguera, Luis Bermúdez y herederos de Pedro Gómez y por Marquesa Jiménez, en parte".

2. Con la oposición del demandado se adelantó el proceso y tanto la sentencia de primera instancia como la de segundo grado, fueron desfavorables al demandante, quien acudió en casación ante la Corte y fundó oportunamente el recurso, que fue replicado por el opositor.

3. La sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta considera que los dictámenes periciales producidos en el juicio, no demuestran la identidad del inmueble que se pretende reivindicar, porque la prueba pericial rendida no reúne los requisitos de la ley.

- II -

LA ACUSACION DEL FALLO

4. Se acusa el fallo por error de hecho referente a la prueba pericial, con la consiguiente violación del artículo 946 del C. C. Por esto no es exacto lo que el opositor dice de no haber citado el recurrente ley sustantiva como violada en la sentencia.

Se limita el recurrente a decir:

"Si se tiene en cuenta el texto expreso de los presupuestos probatorios pedidos a los señores peritos, en relación con los dictámenes principales evacuados por éstos, viénese a la conclusión de que sí dispuso el sentenciador de segunda instancia de suficientes elementos de convicción, como para poder formarse un convencimiento acertado sobre el fondo del mismo pleito sometido a su decisión".

Cita unas sentencias de la Corte sobre la prueba pericial y su impugnación en el recurso extraordinario, y agrega:

"El Tribunal sentenciador se apartó del mandato obligatorio contenido en el artículo 723 del C. J. En efecto: bien podía el H. Tribunal sentenciador apreciar y valorar en su justo mérito las conclusiones periciales bien fundadas en inferencias, indicios, presunciones, planos, croquis del terreno reconocido y medición exacta de éste, perfectamente deducibles de los dictámenes principales, si era que en verdad se trataba de valorar críticamente una prueba, y no de otorgar mucho mérito al dictámen del perito tercero, quien soslayadamente abandonó su papel de tal, para convertirse en abogado de parte, llevándose de calle lo dispuesto por el artículo 716 del C. J.

"La no apreciación crítica de las probanzas aportadas a los autos, por parte del fallador de segunda instancia, es constitutiva de un error de hecho que conlleva la violación indirecta de la ley sustantiva, o sea del artículo 946 del C. Civil, ya que el actor, en este caso, sí suministró las pruebas de su derecho, que eran, en síntesis, la demostración de que era dueño, documentariamente hablando, de una cosa singular, perfectamente individualizada y medida, con cabida de 91 hectáreas y 1.463 metros cuadrados, de la cual no estaba, ni

está en posesiòn, y la misma que sí aparece -al decir de los peritos- incorporada en los terrenos de Minca, donde hoy se halla establecido el demandado señor José Galera Simón".

SE CONSIDERA:

5. No se censura de esta suerte en casación el fallo de instancia, por error de hecho, esto es, por falta de apreciación de pruebas o por suposición de pruebas que evidencian a juicio del Tribunal, el hecho cuya existencia en la litis niega o supone el sentenciador. En este caso era indispensable demostrar el error, es decir, que determinada prueba o determinadas pruebas no fueron estimadas y que de las mismas surge incontestable el hecho de la identidad de los terrenos.

La sentencia recurrida reza:

"Los peritos nombrados, señores Manuel Pacheco y Manuel G. Paugam Olaya rindieron por separado sus dictàmenes porque no estuvieron de acuerdo ni en la apreciación de los elementos objetivos que a ellos se les presentaban ni en las conclusiones sacadas de dichos elementos. Ello determinó que se nombrara un perito tercero, quien en su dictámen fundamentado llegó a la conclusiòn de que no se habia hecho una exacta localización del terreno, toda vez que linderos de él no fueron precisados ni realmente constatados".

Según el concepto del sentenciador no hubo acuerdo entre los peritos principales, ni entre ninguno de éstos y el tercero.

Esta motivación del fallo no aparece combatida en la demanda de casación. Habría debido el recurrente demostrar la requerida uniformidad de los dictámenes mediante las afirmaciones, apreciaciones o razones de los peritos, de las cuales surgiera evidente, sin lugar a duda, el error de hecho.

Por ello no es casable la sentencia.

DECISION:

Por 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 veintidòs (22) de febrero de mil novecientos sesenta y dos (1.962), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el juicio ordinario seguido por Josè María Leyva contra José Galera Simón.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente.

Publiquese, cópiese, notifíquese, insèrtese en la Gaceta Judicial y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de orígen

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

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INTERRUPCION Y SUSPENSION DEL PROCESO. LA CAUSAL DE INCONGRUENCIA. ERRORES EN LA ESTIMACION DE PRUEBAS.

1. Diferencia entre la interrupción y la suspención del proceso. En qué casos es forzosa la notificación personal de la primera resolución que se dicte después de la suspensión. 2. No hay incongruencia entre la condenación en abstracto que impone una sentencia y la petición formulada en concreto en la demanda, en lo que respecta al quantum de la indemnización. 3. No está legitimada para solicitar declaración de incongruencia la parte demandada que no se perjudica con la inconsonancia que pueda darse entre las pretensiones del demandante y las decisiones del fallo. 4. Clases de error en que se puede incurrir al examinar la prueba. 5. Errores derivados de la estimación de pruebas indebida o inoportunamente allegadas.

1. La crisis del proceso producida por la suspensión o por la interrupción tiene distintas causas, no definidas y señaladas por la ley de procedimiento civil, aunque sí aceptadas por la doctrina de la Corte y expuestas por los tratadistas. La suspensión se produce por motivos inherentes al proceso, que obran dentro de él, por voluntad de las partes o por ministerio de la ley. La interrupción se produce por hechos externos, generalmente ajenos a la voluntad de los litigantes. Mas a despecho de las diferencias entre las causas determinantes de los dos fenómenos, lo cierto es que ambas producen la paralización del procedimiento. La legislación procesal civil asimila la interrupción y la suspensión y determina que el efecto de ambas es la de paralizar el juicio.

"En la suspensión sea por ministerio de la ley, artículo 369, sea por voluntad de las partes o porque se presenten algunas de las causales del artículo 370, tiene estos dos factores: a) Los días comprendidos o corridos dentro del término de la suspensión, no pueden jamás contarse, computarse a agregarse a término que requiere la ley para que se produzcan los términos de la caducidad o abandono del negocio, y b) Siendo la suspensión a día fijo y determinado, ya en el caso del artículo 369, ya en el del 370, no es necesaria la notificación personal para que siga el proceso, porque del término de la suspensión han tenido conocimiento las partes y saben entonces qué día el proceso ha de continuar adelantándose. Si de ese día en adelante alguna de las partes no hace gestión propia para la prosecución del proceso, las consecuencias de su negligencia o descuido recaen sobre ella, pero no influyen, ni pueden refluír sobre la validez del proceso, ni menos puede esa actitud negligente paralizarlo o suspenderlo o entrabar la actuación de la otra parte.

"Cuando el juicio no prosigue, sin estar de por medio fenómenos de la suspensión, tal hecho depende de la abstención o inactividad de las partes, especialmente del demandante, y entonces cuando ese estado se ha prolongado por más

de seis meses, es preciso para la prosecución del juicio la notificación del primer auto en la forma prevenida por el artículo 322 del Código Judicial. La razón de esto es clara, porque no puede una de las partes en un proceso estar pendiente de la voluntad de la otra en no adelantarlo y no puede exigírsele que sepa o adivine cuándo habrá de proseguirlo. El artículo 322, entre otras razones, se funda en la de evitar sorpresas a una de las partes y que la otra pueda aprovecharse de su propia negligencia, que puede ser culposa en muchos casos. Además, la paralización del proceso en el caso del artículo 322, es la base para la caducidad del juicio de que trata el artículo 364 de la misma obra, puesto que los meses corridos a que se refiere el artículo 322, se computan para la sanción de caducidad, de que trata el artículo 364. De ahí que la notificación personal, cuando el caso del artículo 322 se presente, tenga también por objeto que la parte demandada quede enterada de que la caducidad no se producirá por la suspensión a que se refiere el artículo 322. Suspensión y caducidad, ante los textos de los artículos 322 y 364, se refieren o conexionan con el concepto de abandono del proceso, lo que no pasa ni puede pasar, con la suspensión legal de que tratan los artículos 369 y 370 de la obra citada" (T. XLIX, página 44. Casación de 5 de diciembre de 1.939).

Viniendo, pues, al caso de la suspensión del juicio a petición de la parte demandada, con fundamento en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, es notorio que ésta se encuentra en condiciones de saber hasta cuándo ha de durar ese efecto para personarse oportunamente en el juicio el día en que la suspensión termine. De donde se deduce que la notificación personal no es necesaria en tal caso, ni su falta inductiva de nulidad.

2. La condenación en abstracto que impone una sentencia, no es incongruente con la petición formulada en concreto en lo que respecta al *quantum* de la indemnización. Simplemente sucede que, por no encontrar el fallador prueba pertinente sobre el tanto de la indemnización, remite a las partes a la tramitación especial del artículo 533 del Código Judicial, para que allí se discuta y fije esa cuantía. La incongruencia resultaría cuando el fallador fijase el monto en una suma mayor que la pedida en la demanda. Si la sentencia no excede el campo del litigio, condenando o absolviendo, sobre lo que fue objeto de la controversia, no puede afirmarse que exista desarmonía.

3. En el caso del pleito, el apoderado de la parte demandada, recurrente en casación, no está legitimado para solicitar declaración de incongruencia. La Corte ha dicho al respecto: "Es vacuo el cargo por inconsonancia, cuando aunque la sentencia no esté acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, quien invoca la causal 2a. por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica esa inconsonancia" (T. LXXIX,855, Casación de 31 de marzo de 1.955).

4. No es lo mismo apreciar unas pruebas y darles valor en desacuerdo con las normas probatorias que lo determinan y prefijan, que suponerlas como existentes o desconocerlas si aparecen en el expediente, o verlas de manera distinta al de su propia realidad. El error de hecho evidente, cuando hay apreciación de pruebas, que supone y afirma el estudio que de ellas hiciera el fallador, sólo podría ser conducente si se demuestra que el sentenciador les hace decir lo que no dicen, matiz este del error de hecho, en que se incurriría por ver equivocadamente su contenido material.

5. En lo tocante al cargo que hace la demanda sobre error de hecho evidente en la apreciación de pruebas que se dicen mal allegadas al juicio, esto es, sin cumplimiento de la prevención del artículo 636 del Código Judicial, se replica que si en hipótesis fuese posible discutir en casación sobre la oportunidad y modo de allegar pruebas en instancia, no sería por quien las pidió, como sucede en este juicio en que la suspensión del negocio civil hasta que se resuelva el proceso penal, se solicitó por la parte a quien representa el recurrente.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

ANTECEDENTES

"En la mañana del 15 de abril del presente (1.952), -dice la demanda- el menor GONZALO ISAZA G., se hallaba parado al lado de una carreta de hielo que estaba estacionada a su derecha en el Paseo Bolivar del barrio Rodríguez Torices de esta ciudad" (Cartagena), cuando "en esos precisos momentos venía a gran velocidad y no muy a su derecha, el camión número 4-038 con un viaje de afrecho y se llevó al niño en la forma más brutal: arrollándolo de frente, pasándole por encima, para luégo triturarlo con las llantas traseras".

Este incidente causó al menor varias fracturas graves y su padre para atender al tratamiento requerido tuvo que pensionar al niño en un hospital y hacer las erogaciones consiguientes a ese tratamiento. El camión iba conducido por Rafael Vecino Espinosa, empleado de la empresa "Arrocera La Popa, Ltda".

EL JUICIO

Los hechos anteriores determinaron que Luis E. Isaza Alvarez, padre legítimo del menor Gonzalo, iniciase el presente juicio ordinario para que se declare que "Arrocera La Popa Ltda", domiciliada en Cartagena y representada por su gerente señor Guillermo Gómez A., es responsable extracontractualmente del accidente de tránsito referido y se la condene a pagar los perjuicios materiales y moralès que la demanda fija en treinta y dos mil pesos, discriminados así: veinte mil, como perjuicios materiales, "teniendo en cuenta las lesiones de carácter permanente sufridas en el cuerpo y salud de su hijo; y, en segundo lugar, los gastos ocasionados para atender con èxito la salvaciòn de su hijo"; y, doce mil, como perjuicios morales, "teniendo en cuenta principalmente la disminuciòn de la personalidad que le acarrearán las lesiones de por vida; y además, los padecimientos del niño y la desesperación infinita de sus padres que pudo llegar hasta hechos irreparables en un trance de esa naturaleza, a más del celo y desvelo intensos para que no peligrara la vida de su querido hijo".

En la contestación de la demanda se negaron todos los hechos expuestos en el libelo y también el derecho invocado.

En su alegato de primera instancia el apoderado de la sociedad demandada propuso las excepciones de falta de personería sustantiva del actor para cobrar perjuicios materiales y morales en la suma que señala en la demanda,

porque, en el cuaderno de pruebas solo aparece cubierta por concepto de gastos la cantidad de $ 353,55 y, porque, en lo que respecta a perjuicios morales sólo puede cobrarse hasta la suma de $ 2.000.oo; y, propuso también, la excepción de compensación de culpas, fundada en que si el menor no hubiese estado allí no habría sufrido el accidente y los daños consiguientes.

La sentencia de primera instancia, legible solo en su punto "primero", pues lo restante está materialmente destruído, condenó a la empresa demandada a pagar al menor Gonzalo Isaza, representado por su padre Luis E. Isaza, los perjuicios materiales ocasionados al primero. De esta sentencia apeló la parte demandada, y el Tribunal la reformó para condenar a la empresa "Arrocera La Popa Ltda." a pagar los perjuicios materiales y morales ocasionados al menor Gonzalo Isaza Galeano, representado en el juicio por su padre Luis E. Isaza, "condena esta que se hace en abstracto para ser regulados mediante el procedimiento establecido por el art. 553 del C. J."; y revocó el punto segundo, "en cuanto el juzgador de primer grado condenó a la sociedad demandada, a pagar en concreto los perjuicios morales".

Así mismo condenó en costas a la parte vencida.

El recurso de casación fue interpuesto por la parte demandada.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En el aparte que el Tribunal denomina "fundamento de la acción", concreta el examen a los elementos indispensables para el èxito de ella, y dice:

"Para la prosperidad de la acción indemnizatoria, es necesario establecer los siguientes presupuestos: 1o. La existencia del hecho que haya ocasionado los perjuicios; 2o. Que ese hecho es imputable a culpa de su autor directo; y, 3o. El vínculo de dependencia entre el autor del reato y el tercero de quien se pretende el pago de perjuicios.

"Nos hemos referido anteriormente al punto tercero, que lo consideramos probado. En cuanto al primero y al segundo, se demuestran, nó solo con las pruebas de autos, en que aparece establecida la violación de los reglamentos por la velocidad, fuera de la normal, que llevaba el chofer, al momento de ocurrir el accidente y por el mal estado de los frenos, sino también y ante todo, con las providencias del Juzgado Segundo Penal del Circuito y del Tribunal Superior de este Distrito Judicial en Sala Penal, que profirieron sentencia condenatoria el primero y confirmatoria el segundo.

"El pronunciamiento en lo penal influye en la decisión civil, fundamentándose tal acerto 'en la necesidad de que no haya sentencias contradictorias, en la garantía de los asociados y en la cosa juzgada'. 'La acción de resarcimiento de perjuicios por responsabilidad delictual está subordinada a la imputación proferida por un Juez del Crimen, y es esta la prueba que es preciso llevar al juicio civil para obtener la indemnización previa. (Auto, S. de N. G., 13 de julio de 1.940, No. 173)'".

Sobre la existencia de la sociedad demandada y su responsabilidad, el fallador se expresa del siguiente modo:

"Para acreditar la existencia de la sociedad "Arrocera La Popa Limitada", se trajo la certificación de la Cámara de Comercio de esta ciudad en que apa-

rece que ésta fue constituída por Escritura Pública número 148 de fecha 15 de febrero de 1.950, de la Notaría Segunda de este Circuito Notarial, siendo administrador, con derecho al uso de la firma o razón social, el Señor Guillermo Gómez A., en su calidad de Gerente.

"En cuanto a la propiedad sobre el vehículo de la firma dicha, obra el certificado del señor Tesorero del Municipio de Cartagena, en que se registra "que el camión número 4-038, marca Ford, modelo 1.942, motor número 699T1117184, con capacidad de 2 y 1/2 toneladas, es de propiedad de "Arrocera La Popa Limitada" y que el día quince (15) de abril de mil novecientos cincuenta y dos (1.952), figuraba a nombre de la "Arrocera La Popa".

"Tal circunstancia, de ser el camión número 4-038, de la Empresa demandada y manejado el día quince de abril de 1.952, por el señor Rafael Vecino Espinosa, fecha en que ocurrió el accidente que ha dado lugar a este juicio, viene establecida en el plenario; además, por la confesión libre y expontánea del señor Guillermo Gómez A., Gerente de la Empresa, con capacidad de representarle como ya vimos. En efecto, a folio 6 y 6v., del cuaderno de pruebas del demandante, están las posiciones rendidas por dicho señor Gómez en que aparece: 'PREGUNTADO. a la segunda, que dice: Diga si no es cierto, y yo lo afirmo, que en la mañana del 15 de abril del presente, el camión 4-038 manejado por Rafael Vecino Espinosa, salió a botar un viaje de afrecho al barrio de Canapote?. Bien enterado contestó: Que no puede precisar si en la mañana del 15 de abril del presente año, el camión 4-038, manejado por Rafael Vecino Espinosa, haya salido a botar un viaje de afrecho al barrio de Canapote de esta ciudad. Se le leyó su respuesta y la aprobó'. "Preguntado a la cuarta que dice: Diga usted si no es cierto y yo lo afirmo que en dicho camión iban como ayudantes los señores Fortunato Matorel y Carlos Rodríguez y como chofer el señor Rafael Vecino Espinosa?. Bien enterado contestó: En dicho camión iban como chofer el señor Rafael Vecino Espinosa; Carlos Rodríguez y Fortunato Matorel, en calidad de ayudantes. Se le leyó su respuesta y la aprobó". "Preguntado a la quinta que dice: Diga como es cierto y yo lo afirmo que dicho camión como los señores antes dichos estaban al servicio de la Empresa que usted gerencia. Bien enterado contestó: Que si estaban al servicio de la empresa que representa tanto el camión en referencia, como los señores Rafael Vecino Espinosa, Carlos Rodríguez y Fortunato Matorel. Se le leyó su respuesta y la aprobó".

"De manera que los extremos que serían objeto de discusión, están probados así: existencia de la Sociedad inscrita en el registro público de Comercio bajo el giro de Arrocera La Popa Limitada, como lo expresa el certificado de la Cámara de Comercio supramencionado; propiedad sobre el camión No 4-038 de la empresa dicha y carácter de subordinado en Rafael Vecino Espinosa, como empleado o chofer del referido camión, al servicio de la empresa "Arrocera La Popa Limitada", como resulta del certificado del señor Tesorero General del Municipio de Cartagena, a folio primero del cuaderno principal y de las posiciones rendidas por el Gerente, señor Guillermo Gómez A. Además, claramente se dice en el certificado de la Dirección de Circulación y Tránsito, folio 18 del cuaderno principal, y Tesorero del Municipio de Cartagena, que el día 15 de abril de 1.952, fecha del accidente, figuraba el camión como de propiedad de la "Arrocera La Popa Limitada".

Como el juicio civil se suspendió mientras se tramitaba el juicio penal, el Tribunal se refiere a este acaecimiento en los siguientes términos:

"El proceso de la referencia fue suspendido por providencia de fecha 4 de marzo de 1.954, de este Tribunal, en aplicación del art. 11 del C. de P. Penal, hasta esperar el fallo que debía proferir la jurisdicción penal. Tal modalidad se cumplió al allegarse al expediente copias de las providencias dictadas por el Juez Segundo Penal del Circuito y por este Tribunal Superior, confirmatoria de la condenatoria de aquél.

"En tal virtud se reanudó el procedimiento, por lo que ha llegado el momento de proferir la sentencia de instancia, teniendo en cuenta los fallos mencionados".

EL RECURSO

Contra la sentencia del Tribunal se presentan los cargos siguientes:

Primer cargo

Se hace ha través de la causal sexta, y se expresa como fundamento el no haberse notificado personalmente al apoderado de la parte demandada el auto que ordenó la prosecución del juicio, suspendido por más de seis meses, a causa de la tramitación del proceso penal.

SE CONSIDERA:

La crisis del proceso producida por la suspensión o por la interrupción tiene distintas causas, no definidas y señaladas por la ley de procedimiento civil, aunque sí aceptadas por la doctrina de la Corte y expuestas por los tratadistas. La suspensión se produce por motivos inherentes al proceso, que obran dentro de él, por voluntad de las partes o por ministerio de la ley. La interrupción se produce por hechos externos, generalmente ajenos a la voluntad de los litigantes. Más a despecho de las diferencias entre las causas determinantes de los dos fenòmenos, lo cierto es que ambos producen la paralización del procedimiento. La legislación procesal civil asimila la interrupción y la suspensión y determina que el efecto de ambas es el de paralizar el juicio.

"En la suspensiòn, sea por ministerio de la ley, artículo 369, sea por voluntad de las partes o por que se presenten algunas de las causales del artículo 370, tiene estos dos factores: a) Los días comprendidos o corridos dentro del término de la suspensión no pueden jamàs contarse, computarse o agregarse al término que requiere la ley para que se produzcan los términos de la caducidad o abandono del negocio, y b) Siendo la suspensión a día fijo y determinado, ya en el caso del artículo 369, ya en el del 370, no es necesaria la notificación personal para que siga el proceso, porque del tèrmino de la suspensión han tenido conocimiento las partes y saben entonces qué día el proceso ha de continuar adelantàndose. Si de ese dia en adelante alguna de las partes no hace gestión propia para la prosecución del proceso, las consecuencias de su negligencia o descuido recaen sore ella, pero nò influyen, ni pueden refluír sobre la validez del proceso ni menos puede esa actitud negligente paralizarlo o suspenderlo o entrabar la actuación de la otra parte.

"Cuando el juicio no prosigue, sin estar de por medio fenòmenos de la suspensión, tal hecho depende de la abstención o inactividad de las partes, especialmente del demandante, y entonces cuando ese estado se ha prolongado por

más de seis meses, es preciso para la prosecución del juicio la notificación del primer auto en la forma prevenida por el artículo 322 del C. J. La razón de esto es clara, porque no puede una de las partes en un proceso estar pendiente de la voluntad de la otra en no adelantarlo y no puede exigírsele que sepa o adivine cuándo habrá de proseguirlo. El artículo 322, entre otras razones, se funda en la de evitar sorpresas a una de las partes y que la otra pueda aprovecharse de su propia negligencia, que puede ser culposa en muchos casos. Además, la paralización del proceso en el caso del artículo 322, es la base para la caducidad del juicio de que trata el artículo 364 de la misma obra, puesto que los meses corridos a que se refiere el artículo 322, se computan para la sanción de caducidad, de que trata el artículo 364. De ahí que la notificación personal, cuando el caso del artículo 322 se presente, tenga también por objeto que la parte demandada quede enterada de que la caducidad no se producirá por la suspensión a que se refiere el artículo 322. Suspensión y caducidad, ante los textos de los artículos 322 y 364, se refieren o conexionan con el concepto de abandono del proceso, lo que no pasa, ni puede pasar, con la suspensión legal de que tratan los artículos 369 y 370 de la obra citada" (T. XLIX-44-Cas. diciembre 5 de 1.939).

Efectuada la suspensión del juicio a petición de la parte demandada, con fundamento en el artículo 11 del C. de P. Penal, estaba ésta en condiciones de saber hasta cuando duraba ese efecto para personarse oportunamente en el juicio el día en que la suspensión terminase. De donde la notificación personal no era necesaria, ni su falta inductiva de nulidad. El cargo, por eso, resulta ineficaz.

Segundo Cargo. *Incongruencia.*

Se funda sustancialmente en que, según el recurrente, una sentencia es inarmónica con la demanda, cuando en esta se pide la condenación a la reparación de los daños causados por el hecho culposo, señalando numéricamente el monto de ellos y, en la sentencia, se hace condenación en abstracto. Igualmente dice la demanda del recurso que es inconsonante la sentencia porque en el "libelo se solicitó condenación o declaración por responsabilidad civil extracontractual contra la demanda en nombre del señor Luis E. Isaza Alvarez y nó a nombre de su menor hijo Gonzalo representado por él como padre, y sinembargo la sentencia condena a favor de su hijo Gonzalo representado por él como padre.....".

SE CONSIDERA:

La condenación en abstracto, no es incongruente con la petición formulada en concreto en lo que respecta al quantum de la indemnización. Simplemente sucede que, por no encontrar el fallador prueba pertinente sobre el tanto de la indemnización, remite a las partes a la tramitación especial del artículo 553 del C. J., para que allí se discuta y fije esa cuantía. La incongruencia resultaría cuando el fallador fijase el monto en una suma mayor que la pedida en la demanda. Si la sentencia no excede el campo del litigio, condenando o absolviendo, en casos como este, sobre lo que fue objeto de la controversia, no puede afirmarse que exista desarmonía. Lo anterior se dice como simple enunciado doctrinal, que en concreto, el apoderado de la parte demandada, recurrente en casación, no está legitimado para solicitar declaración de incongruencia. La Corte ha dicho al respecto:

"Es vacuo el cargo por inconsonancia, cuando aunque la sentencia no está acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, quien invoca la

causal 2ª. por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica esa inconsonancia" (T. LXXIX -855 - Cas. marzo 31 de 1.955).

Tercero y Cuarto Cargos

Los funda el recurrente en la causal primera del artículo 520 del C. J., alegando que el Tribunal incurrió en errores evidentes de hecho.

Así el cargo cuarto, afirma el error de hecho evidente y la violación consiguiente del artículo 2357 del C. Civil, "y demás normas concordantes y relacionadas, en el sentido de establecer la compensación de culpas. Ese error de hecho condujo al fallador a violar la ley sustantiva en forma indirecta al no haber dado aplicación a lo dispuesto por el artículo 2357 del C. Civil y haber aplicado indebidamente los artículos 1613, 1614, 2341 a 2344, 2347, 2349, 2350, 2351, 2355, 2356 del Código Civil y 95 del Código Penal".

Se enumeran luego "las pruebas erroneamente apreciadas" y se concluye así: "Las anteriores pruebas han sido mal apreciadas y ello ha producido evidente y manifiesto error de hecho en cuanto el fallador ha deducido de ellas que la parte rea tiene la culpa exclusivamente del desgraciado accidente sufrido por el niño Gonzalo Isaza, y a dicha empresa corresponde el error de conducta y no al acto imprudente y claramente generador de la culpa que consistió en la actuación de la víctima y de las personas a cuya cuidado ella estaba, cuya responsabilidad se descarta en forma completa, sin lugar a compensación alguna ni reducción del valor de los perjuicios. Señalo como erróneamente apreciado, pues, todo el haz probatorio, en cuanto se dedujo de él, por parte del sentenciador, un error manifiesto de hecho que lo condujo a la violación de las normas sustantivas invocadas en este cargo".

Analiza el recurrente las pruebas para terminar enfrentando su criterio respecto al valor de ellas con el expuesto por el Tribunal.

SE CONSIDERA:

1o. No es lo mismo apreciar unas pruebas y darles valor en desacuerdo con las normas probatorias que lo determinan y prefijan, que suponerlas como existentes o desconocerlas si aparecen en el expediente, o verlas de manera distinta al de su propia realidad. El error de hecho evidente cuando hay apreciación de pruebas, que supone y afirma el estudio que de ellas hiciera el fallador, sólo podría ser conducente si se demuestra que el sentenciador les hace decir lo que no dicen, matiz este del error de hecho, en que se incurriría por ver equivocadamente su contenido material.

La mala apreciación de las pruebas en la forma expuesta por el recurrente, no engendra error de hecho manifiesto. Si del estudio de las aportadas en la oportunidad del debate respectivo, el fallador no dedujo concurrencia de culpas, pudo haber incurrido en error de derecho; pero no puede inducirse error manifiesto de hecho.

2o. Razones de igual sustancia son dadas para sostener error de hecho evidente en la apreciación de pruebas que se dicen mal allegadas al juicio, esto es, sin cumplimiento de la prevención del artículo 636 del C. J.; más, si en hipótesis fuese posible discutir en casación sobre la oportunidad y modo de allegar pruebas en instancia, no sería por quien las pidió, como sucede en es-

te juicio en que la suspensión del negocio civil hasta que el proceso penal se resuelva, se solicitó por la parte a quien representa el recurrente.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, de fecha cuatro de julio de mil novecientos sesenta, proferida en el juicio ordinario de Luis E. Isaza Alvarez contra "Arrocera La Popa Ltda.", sobre pago de perjuicios materiales y morales.

Sin costas en este recurso por no haberse causado.

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

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



REFORMATIO IN PEIUS. RECURSO DE APELACION. REGISTRO DE TITULOS SOBRE TRANSFERENCIA DE DERECHOS HEREDITARIOS.

1. La *Reformatio in peius* no se mide sobre los considerandos sino sobre la resolución de los fallos. Contra la parte expositiva de las providencias judiciales no hay apelación. 2. El Decreto Legislativo No. 154 de 1.957 vino a refrendar la doctrina conforme a la cual el registro de la enajenación del derecho hereditario en abstracto, debe hacerse en el Libro No. 2.-3. Una cosa es ceder el derecho hereditario en abstracto y otra diferente cederlo con incidencia directa sobre bienes individualizados de la masa herencial. En este segundo caso, el título debe registrarse en el libro 1o.

1. La *reformatio in peius* se mide sobre la resolución de los fallos; no sobre las razones, conceptos y conclusiones que expongan sus considerandos. Porque la relación procesal no se desata en la parte motiva sino en la resolutiva: ésta enseña si fue decidida en su plenitud o sólo en parte; si la sentencia favorece o agravia a uno solo de los litigantes, o si a ambos beneficia o perjudica. Por ello, es doctrina constante la de que contra la parte expositiva de las providencias judiciales no hay apelación, por más desfavorables que sean desde el punto de vista doctrinario o de la prueba de los hechos, si la resolución favorece al contendiente, pero a quien no satisfacen las consideraciones del Juez.

2. Se discutió en la jurisprudencia patria si el registro de las escrituras de cesión de derechos hereditarios, sin radicación en un bien determinado de la universalidad herencial, debía efectuarse en el Libro 2o. o en el de Causas Mortuorias.

La trayectoria jurisprudencial al respecto se puede resumir de la siguiente manera: En una primera etapa, las dudas iniciales acerca del Libro de Registro en el cual debían inscribirse tales cesiones, generaron la aceptación del registro en el No. 2o. ó en el de Causas Mortuorias, indistintamente; en una segunda etapa fue excluído el último de los citados libros, interpretando el artículo 38 de la ley 57 de 1.887 en el sentido de que tal acto no tiene origen en un juicio o causa mortuoria. Una última etapa vino a marcar la supresión del Libro de Causas Mortuorias mediante el Decreto Legislativo No. 154 de 1.957, de acuerdo con el cual deben inscribirse según las reglas generales los actos que en dicho libro se anotaban, de modo que la inscripción de la enajenación del derecho hereditario en abstracto, en el Libro 2o., quedó así refrendada.

3. Como quiera que las doctrinas de la Corte que sustentan la tesis de que la cesión del derecho hereditario abstracto ha de registrarse en el Libro 2o., se fundan en el hecho de tratarse de la universalidad abstracta, mal podría llevarse al mismo Libro una cesión de la cuota hereditaria en que además figurase ésta directamente ligada a un bien raíz en particular. Acentúan los fallos

aludidos la circunstancia de tratarse de derechos hereditarios en abstracto, para concluir que los títulos deben inscribirse en el Libro No. 2o., y en ocasiones, para fundar mejor la tesis, explican que los traspasos no hicieron referencia a inmuebles determinados, por donde se ve que en caso de haberla hecho, habría sido posiblemente otra la conclusión.

Porque no es lo mismo ceder el derecho que cederlo con incidencia directa sobre un bien individualizado de la masa herencial. Nuestra Jurisprudencia reconoce de tiempo atrás, esta clase de actos, con las consecuencias lógicas dentro de la liquidación de la herencia y distribución de bienes. En el primer caso no se muda, ni tiende a mudarse el derecho de propiedad de un inmueble en particular, porque tal derecho no lo tiene el heredero, que es sólo un copartícipe de la comunidad universal. En el segundo, el acuerdo de las partes se encamina a transformar el derecho de cuota, del sucesor, que es universal, en el dominio de un bien concreto, anticipándose a señalarle a éste, en lo posible, el patrimonio a que debe ingresar el día de la partición. No es una mudanza cierta y definitiva, porque depende de las contingencias de la liquidación de la herencia; mas las mutaciones condicionales también se llevan al Libro 1o. de Registro, por una parte; y por otra, tiene el cesionario personería, según constante doctrina, para comparecer al juicio mortuorio e impetrar el reconocimiento de su interés, de esa suerte objetivado.

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

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio de Franco Alfonso Domínguez contra Lucio Rueda. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, fechado el 26 de marzo de 1.962. Recurrente: el demandante.

- I -

ANTECEDENTES

1. Paulo Emilio Revelo casó con Rosa Elena Sánchez el 29 de septiembre de 1.923 y de este enlace nacieron Parmènides y Paulo Emilio. El marido compró dos lotes de terreno, según escrituras públicas Nos. 222 de 20 de marzo de 1.925 y 623 de 20 de junio de 1.927, otorgadas ambas en la notaría del circuito de Ipiales, lotes de terrenos conocidos con el nombre de "Cuacuán", con una casa de habitación, ubicada en jurisdicción del municipio de Ipiales, englobados en un solo inmueble y alindados así separadamente:

Primer lote: "Oriente, con terrenos de Primitivo Revelo, zanja por medio; que principia desde la entrada a la casa hasta dar con la quebrada que baña dicha finca; norte, con los de Francisco y Manuel Chalaca, quebrada al medio en una parte y zanja en el punto "Lavadero", por otra parte; occidente, con los que fueron de Pío de Jesús Revelo, luego de Paulo Emilo Revelo S. (segundo lote), zanja al medio; y sur, con los de Zócimo y Cornelia Revelo, zanja al medio".

Segundo lote: "Oriente, con el lote anterior, zanja al medio; norte y occidente, con terrenos de resguardo, aguada y borde por medio; y sur, con los de Secundina Revelo, zanja al medio".

El matrimonio se disolvió por muerte del marido, ocurrida el 8 de marzo de 1.939. Los hijos Parménides y Paulo Emilio, a los años y sin liquidar la sucesión vendieron sus derechos en ésta a Franco Alfonso Domínguez, según instrumento No. 1141, pasado en la notaría segunda del mismo circuito el 10 de noviembre de 1.958.

La posesión de los inmuebles la ha tenido el demandado Lucio Rueda a partir del año de 1.946.

2. Con apoyo en estos hechos y los documentos acompañados al libelo, Domínguez demandó a Rueda para que se resuelva en fallo definitivo:

"a) Que pertenecen en dominio a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de los esposos "Paulo Emilio Revelo y Rosa Elena Sánchez" y a la sucesión intestada del primero, en común y proindiviso, en proporción del cincuenta por ciento (50%) para la sociedad y cincuenta por ciento (50%) para la herencia o la sucesión intestada de Paulo Emilio Revelo, los lotes alinderados en el hecho 4o. de la demanda o fundo "Cuacuán" que hoy constituyen un solo globo de terreno.

"b) Que consecuencialmente el demandado debe restituir los mismos a la sociedad y sucesión o herencia ilíquidas, que para efectos de este juicio representa el demandante como causahabiente, esto es, a la comunidad universal de bienes formada por la sucesión de Paulo Emilio Revelo y la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de los esposos Paulo Emilio Revelo y Rosa Elena Sánchez; junto con sus frutos naturales y civiles, a partir de la fecha en que el demandado entró a poseer de modo material y hasta el día que se haga la entrega; o el valor de estos frutos en la cuantía que se demuestre en juicio.

"c) Que las costas del juicio son a cargo del demandado en caso de oposición".

3. El demandado aceptó algunos de los hechos, pero alegó a la vez haber adquirido los derechos de la viuda y de los hijos, en la mortuoria y la sociedad conyugal expresadas, con anterioridad a la escritura No. 1141, invocada por el actor, y opuso las excepciones de "carencia de acción", ineptitud sustantiva del actor y del demandado, "improcedencia de la acción propuesta", petición de modo indebido, prescripción adquisitiva y la "genérica".

4. La decisión que desató el proceso en primer grado, declaró probada la usucapión ordinaria alegada por el demandado, a quien, en consecuencia, absolvió de los cargos formulados. La de segundo grado, al reformar aquélla, se limitó a absolver al mismo contendiente.

De la cual sentencia recurrió el actor en casación; formuló su demanda, que el opositor replicó y a decidir el recurso procede la Corte.

- II -

LA SENTENCIA ACUSADA

5. Dice esta decisión que por escritura No. 523 de 29 de septiembre de 1.945, de la notaría primera del circuito de Ipiales, Rosa Elena Sánchez viuda de Revelo vendió a Lucio Rueda los gananciales habidos por élla en la sociedad conyugal ilíquida que tuvo con su esposo Paulo Emilio Revelo S., gananciales

que radicó en los dos lotes de terreno especificados antes; y que previo el trámite judicial correspondiente, el mismo Rueda compró en licitación pública verificada el 27 de marzo de 1.946, los derechos hereditarios de los menores Parménides y Paulo Emilio Revelo Sánchez, en la sucesión de su padre Paulo Emilio Revelo, vinculados igualmente en los dos inmuebles en referencia. La escritura No. 523 fue inscrita el 2 de octubre del mismo año de 1.945 en el Libro No. 1o.; y la diligencia de remate, con el auto aprobatorio, el 7 de mayo de 1.946, en el Libro No. 1o. y el 16 de diciembre de 1.958 en el Libro No. 2o.

Agrega que en 10 de noviembre de 1.958 y ante el notario segundo de Ipiales, los nombrados herederos vendieron de nuevo los mismos derechos herenciales a Franco Alfonso Domínguez, según consta en instrumento No. 1141, pasado ante el notario segundo del mencionado circuito, instrumento que fue registrado en el Libro No. 2o. el 19 de los mismos mes y año.

Sostiene que la venta de derechos hereditarios radicados en cuerpo cierto, está bien inscrita en el Libro No. 1o., y conforme a esta tesis falla el litigio en favor del demandado, cuyos títulos -uno de compra de gananciales pertenecientes a la viuda y otro de derechos hereditarios de los hijos- fueron registrados en dicho Libro.

- III -

LA ACUSACION DE LA SENTENCIA

Primer Cargo:

6. Consiste en que el fallo de segundo grado no podía tocar la decisión de primera instancia, en cuanto ésta reconoció en su parte motiva, mejor derecho al actor, por tener su título registrado en el Libro No. 2o., y no obstante ser posterior a los títulos del demandado, inscritos en el Libro No. 1o.; de modo que al fallar desconociendo esa posición, la empeoró, produciéndose una **reformatio in peius**, ya que, por una parte, el reo no apeló de dicho fallo, y por otra, lo único revisable en la segunda etapa del proceso, concernía a la excepción de prescripción adquisitiva que la decisión del Juez había declarado probada. En una palabra, que aceptados los títulos del actor como legales -y no los del demandado- en la providencia del juzgado, no habiendo recurrido el mismo de esta decisión, no podía el Tribunal desconocer el derecho así demostrado, sino referirse únicamente a la expresada excepción; si lo hizo para hacer prevalecer los títulos de la parte demandada, quebrantó el artículo 494 del C. J. e incurrió en la causal primera de casación.

SE CONSIDERA:

7. La sentencia del Juez, en **su parte motiva**, halló mejores los títulos del actor, y **en la resolutiva** declaró probada la usucapión ordinaria, propuesta por el demandado.

De esta sentencia no apeló este último; en cambio, recurrió el demandante.

La **reformatio in peius** se mide sobre la resolución de los fallos; no sobre las razones, conceptos o conclusiones que expongan sus considerandos. Porque la

relación procesal no se desata en la parte motiva sino en la resolutiva; ésta enseña si fue decidida en su plenitud o sólo en parte; si la sentencia favorece o agravia a uno solo de los litigantes, o si a ambos beneficia o perjudica. Por ello, es doctrina constante la de que contra la parte expositiva de las providencias judiciales, no hay apelación, por más desfavorables que sean desde el punto de vista doctrinario o de la prueba de los hechos, si la resolución favorece al contendiente, pero a quien no satisfacen las consideraciones del Juez.

Lucio Rueda, a quien le fue reconocida la usucapión -que propuso- en el fallo del Juez, no tenía razón para apelar: la decisión halló probada una de sus defensas, no obstante que los motivos, en cuanto a la prueba del derecho, no podían satisfacerle. Quien podía recurrir -y así lo hizo- era Domínguez, el actor; pero, apelado el pronunciamiento sobre la excepción de prescripción, no por haber conceptuado el Juez que sus títulos prevalecían sobre los del reo, quedaba clausurado el debate sobre la acción, máxime que la referida excepción, por tratarse de prescripción ordinaria, no podía prosperar sino apoyándose en títulos inscritos conforme a la ley, que ha sido precisamente la materia sustancial de la presente litis.

En casación de marzo 28 de 1.955 (LXXIX. 2151. 810), expuso la Corte los factores constitutivos de la reformatio in peius, de los cuales no es el menos importante el antes expresado.

8. Además, si la prescripción adquisitiva ha sido alegada por el demandado y es un medio exceptivo radical que se encamina a destruir el derecho invocado por el actor, en el caso actual el hecho de proponerla no significa ni que el demandado acepta que el derecho del demandante existió, ni tampoco el contrario, que no existió el del demandado. La alegación de tal defensa deja libres a las partes para hacer prevalecer sus titulaciones, si de disputa sobre éstas se trata. Por ello podía en este caso Rueda insistir en sus títulos y en la usucapión, además, con la circunstancia de que auncuando su actividad se redujera a probar la última, habría de tocarse necesariamente con las inscripciones indispensables a la posesión regular.

Segundo, tercero y cuarto cargos

9. Invocando igualmente la causal primera de casación, se acusa la sentencia en el cargo segundo, por violación de los artículos 2641 del C. C., que ordena inscribir en el Libro No. 2º. los títulos que no deben registrarse en el Libro Nº. 1º.; el 2673 ib., según el cual el título que no está debidamente registrado no presta fe en juicio; el 946 ib. que consagra la acción reivindicatoria del titular del dominio, y el inciso segundo, artículo 762 ib., que establece la presunción de propiedad con base en la posesión. La razón del agravio radica en que para el sentenciador la venta de derechos hereditarios vinculados a una especie raíz determinada, debe anotarse en la oficina del circuito de la ubicación del inmueble y en el Libro Nº. 1o.

En el cargo tercero se impugna el fallo desde el ángulo probatorio, en cuanto al admitir, en lo que respecta a prueba del derecho del demandado, la inscripción hecha en el Libro Nº. 1º., incurrió en error de derecho, con la infracción de los artículos 946, 762, inciso segundo, y 2673 del C. C. y 630 del C. J.

Y el cuarto, por error de hecho que consiste en suponer que al demandado le vendieron sus derechos todos los copartícipes de los inmueble, ya que

no hay prueba de que la viuda y los hijos sean los únicos interesados en la sucesión, lo que llevó al sentenciador a considerar la referida venta como cuerpo cierto, para aceptar en consecuencia su registro en el Libro No. 1o.

SE CONSIDERA:

10. Se discutió en la jurisprudencia patria si el registro de las escrituras de cesión de derechos hereditarios, sin radicación en un bien determinado de la universalidad herencial, debía efectuarse en el Libro No. 2o. o en el de Causas Mortuorias.

En el año de 1923 -como anota la casación de mayo 13 de1952 (LXXII. 2115. 106)- la Corte rindió informe al Congreso sobre las dudas que el punto venía suscitando y la manera de disiparlas; agregó que la doctrina, dado lo discutible del punto, había aceptado la validez del registro tanto en el Libro N°. 2°., como en el de Causas Mortuorias; y propuso un proyecto de ley que a la vez ordenase inscribir los instrumentos de cesión de tales derechos en un nuevo libro llamado a reemplazar el último, que se denominaría "Libro de Registro de Sucesiones", y declárase legalmente verificadas las inscripciones que hasta entonces se hubiesen hecho en cualquiera de aquellos dos libros. Dicha iniciativa no se convirtió en ley.

Casación de 25 de noviembre de 1.918 (XXVII. 1396. 101) se refirió a derechos herenciales no radicados en bienes determinados, para decir que inscrita la escritura de cesión en el Libro No. 2o. se había cumplido con la prescripción legal al respecto. La de junio 10 de 1.919 (ib. p. 184), recalcó en el hecho de haberse efectuado la venta de derechos hereditarios "sin vincularlos especialmente en inmueble alguno, y que en esta situación no puede decirse que la venta hubiera versado sobre bienes raíces de obligatorio registro en la oficina del lugar de la ubicación de estos..... pues se trata de un título de obligatorio registro no referente a bienes raíces, caso en el cual la inscripción debe hacerse, como se hizo, conforme a esta disposición legal, en el lugar del otorgamiento del mismo título". La jurisprudencia comenzó a diferenciar entre la cesión del derecho de cuota sobre la universalidad hereditaria, y el mismo derecho, pero radicado en bienes ciertos del patrimonio herencial, para concluir que en el primer caso el registro se hacía válidamente en el Libro No. 2o., o bien en éste o en el de Causas Mortuorias. Esta doctrina, sin embargo, no se refirió al caso de cesión del derecho, con radicación expresa en un inmueble, pero sí se deduce de los términos de los distintos fallos que otra habría sido la consecuencia en este último evento

Más tarde, la sentencia de la Sala de Casación de 20 de septiembre de 1.940 (L. 1961 a 1963. 91), reitera que la anotación de la venta de derechos herenciales sin vinculación a inmuebles especificados, se efectúa legalmente en el Libro No. 2o., pero tampoco sienta doctrina para el registro de la cesión del derecho radicado en bienes individualizados. La de 8 de mayo de 1.942 (LIV. 1989 y 1990. 39) citada por la de noviembre 8 de 1.943 (LVI. 2001. 258) se refiere también claramente al derecho de herencia en abstracto: "La venta de los derechos y acciones en general -dice- que al vendedor le correspondan en una sucesión, sin vincularlos en inmueble alguno especial, no es venta de bienes raíces que deba registrarse en la oficina de ubicación de éstos". (Subraya la Corte). Y la dicha sentencia de 8 de noviembre de 1.943 reza que "no siendo el derecho real de herencia, como en doctrina y jurisprudencia corresponde, propiamente un inmueble porque su ob-

jeto es la universalidad abstracta..... la inscripción de títulos de su transferencia no cae bajo la regla del artículo 2654 sino del artículo 2655".

Otras casaciones -octubre 16 de 1951- (LXX. 2105 y 2106. 471) y mayo 13 de 1952 (LXXII. 2115. 106 y 107) reiteran la tesis del registro en el Libro No. 2o. de los traspasos de derechos herenciales sin conexión con bienes raíces en concreto. La de 2 de diciembre de 1954 (LXXIX. 2149. 195) inserta la parte de la ya citada de 16 de octubre de 1.951:

"La jurisprudencia de la Corte no ha sido uniforme en la materia, pero en los últimos fallos, a partir de mil novecientos cuarenta y dos, ha considerado que las escrituras de traspaso de derechos hereditarios han de registrarse en el Libro número 2o., porque no versan sobre traspaso, modificación, gravamen o limitación del dominio de inmuebles, para ser inscritos en el Libro 1o., ni menos sobre actos constitutivos de hipotecas o de cancelación de éstas, para que pudieran inscribirse en el Libro especial sobre la materia". y la de 10 de los mismos mes y año (LXXIX. 2149. 229) concluye así:

"La cuestión presentada en la demanda como fundamento de las acusaciones a la sentencia, ha sido definida por la Corte en doctrina constante y uniforme desde el año de 1.942, en sentido contrario a las conclusiones del recurrente. Es verdad que antes de tal año, hubo dudas y vacilaciones en la jurisprudencia nacional. Pero la jurisprudencia de la Corte mantiene su doctrina en el sentido de considerar como única inscripción válida de las cesiones de derechos hereditarios, el registro de la escritura correspondiente en el Libro No. 2o.".

11. De la trayectoria jurisprudencial referida se sigue que en una primera etapa, las dudas iniciales acerca del Libro de Registro en el cual debían inscribirse tales cesiones, generaron la aceptación del registro en el No. 2o. o en el de Causas Mortuorias, indistintamente; que en una segunda etapa fue excluido el último de los citados libros, interpretando el artículo 38 de la ley 57 de 1.887, en el sentido de que tal acto no tiene orígen en un juicio o causa mortuoria. Una última etapa vino a marcar la supresión del Libro de Causas Mortuorias mediante el Decreto Legislativo No. 154 de 1.957, de acuerdo con el cual deben inscribirse según las reglas generales los actos que en dicho Libro se anotaban, de modo que la doctrina de la inscripción de la enajenación del derecho hereditario en abstracto, en el Libro No. 2o., quedó así refrendada.

12. De las dichas sentencias se infiere que fundada la tesis del registro en el Libro No. 2o., en el hecho de tratarse de la universalidad abstracta, mal podía llevarse al mismo Libro una cesión de la cuota hereditaria, en que además figurase ésta directamente ligada a un bien raíz en particular. Acentúan los fallos citados la circunstancia de tratarse de derechos hereditarios en abstracto, para concluir que los títulos deben inscribirse en el Libro No. 2o., y en ocasiones, para fundar mejor la tesis, explican que los traspasos no hicieron referencia a inmuebles determinados, por donde se ve que en caso de haberla hecho, habría sido posiblemente otra la conclusión.

Porque no es lo mismo ceder el derecho que cederlo con incidencia directa sobre un bien individualizado de la masa herencial. Nuestra jurisprudencia reconoce de tiempo atrás, esta clase de actos, con las consecuencias lógicas dentro de la liquidación de la herencia y distribución de los bienes. En el primer caso no se muda ni tiende a mudarse el derecho de propiedad de un inmueble en particular, porque tal derecho no lo tiene el heredero, que es sólo un copartícipe de la

comunidad universal. En el segundo, el acuerdo de las partes se encamina a transformar el derecho de cuota, del sucesor, que es universal, en el dominio de un bien concreto, anticipándose a señalarle a éste, en lo posible, el patrimonio a que debe ingresar el día de la partición. No es una mudanza cierta y definitiva, porque depende de las contingencias de la liquidación de la herencia; más, las mutaciones condicionales también se llevan al supradicho Libro Nº. 1o., por una parte; y por otra, tiene el cesionario personería, según constante doctrina, para comparecer al juicio mortuorio e impetrar el reconocimiento de su interés, de esa suerte objetivado.

13. Conforme a esta doctrina, los registros de los títulos aducidos por el demandado, están a derecho; siendo ello así prevalecen sobre el que invoca el actor, por medio del cual los mismos herederos -que ya habían enajenado sus derechos por conducto de la autoridad judicial- los vendieron de nuevo a Domínguez (art. 1873 C. C.). Por tanto, carecen de fundamento los cargos segundo, tercero y cuarto.

En el terreno de la prescripción declarada en el fallo recurrido, las inscripciones del título Nº. 523 de 29 de septiembre de 1.945, de la notaría primera de Ipiales -venta de los gananciales de la viuda a Lucio Rueda- y de la diligencia de remate -y auto aprobatorio- que de los derechos de los herederos hizo el mismo Rueda, en el Libro Nº. 1o., prueban la tradición de los derechos en referencia, constitutivos de la totalidad del dominio de los inmuebles, de manera que así quedó efectuada la tradición, indispensable a la usucapión ordinaria, que requiere la posesión regular (Art. 764, inc. 4o.).

14. Con respecto al último cargo, consistente en que los derechos adquiridos por Rueda no integran la propiedad de los inmuebles, porque no aparece en el proceso que la viuda y los dos hijos sean los únicos interesados en la sucesión -lo que configura un error de hecho- cabe observar que tal planteamiento no fue alegado por el actor durante la litis, de modo que ahora en casación es cosa extemporánea y constituye, por tanto, un medio nuevo.

15. En consecuencia, le basta al presente fallo, para negar los dichos cargos y dejar en pie la sentencia recurrida, lo expuesto sobre el registro de la cesión de derechos hereditarios y gananciales vinculados a inmuebles, con lo cual queda probada la propiedad del demandado, con apoyo en los títulos y aún con fundamento en la prescripción adquisitiva ordinaria.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiseis (26) de marzo de mil novecientos sesenta y dos (1.962), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio ordinario seguido por Franco Alfonso Domínguez contra Lucio Rueda.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

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

OPORTUNIDAD DE PRESENTAR LA DEMANDA DE CASACION. EN QUE CONSISTE LA CAUSAL SEPTIMA.

1. El que la demanda de casación sea presentada antes de darle traslado al recurrente, no es motivo para desestimarla. 2. No se da la causal 7a. de casación cuando el juez se declara inhibido para decidir, no por razón de incompetencia, sino por falta de los demás presupuestos procesales.

1. Cuando los escritos en que se formulan los cargos en casación son presentados antes del traslado para ello, no se desestiman, pues se considera que lo esencial en el trámite del recurso, es que la demanda no se formule con posterioridad al término señalado al efecto. Auto de 16 de febrero de 1.955 (LXXIX. 2150. 546) dice que la demanda "debe llegar a la Secretaría de la Corte antes que venza el término señalado por el mismo artículo" (530 C. J.); y esta doctrina no deja de aplicarse cuando la demanda de casación se recibe antes de correrse el traslado, y aún antes de dictarse en la Corte el auto de admisión del recurso, como ocurrió en el presente caso.

2. Lo que en la causal 7a. del artículo 520 del Código Judicial constituye la razón de la casación, está en que el Tribunal deje de decidir en el fondo por estimar que no tiene competencia para ello, dando como razón precisamente que carece de ella conforme a la ley. Pero no es lo mismo declararse incompetente para juzgar, porque las normas sobre competencia no se la otorgan, que inhibido para decidir por falta de los demás presupuestos procesoles. Por el contrario, esta última declaración supone la competencia, y sobre esta base lo que acontece es que el proceso no ha podido desarrollarse por carencia de las demás bases exigidas por la ley para fallar en el fondo

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

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio de Antonio Jinete Vargas contra José María Arraut B. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, fechada el 27 de marzo de 1.962. Recurrente: el actor.

- I -

ANTECEDENTES

1. Antonio Jinete Vargas pide, contra José María Arraut B., la declaración de nulidad de varias ventas, celebrada la primera de ellas por su padre natural Hermenegildo Jinete, cuando la finca se hallaba embargada.

Solicita igualmente del demandado "o de las personas que resulten en posesión del inmueble", la restitución del mismo.

Este se halla ubicado en el Municipio de Sitionuevo, del Departamento del Magdalena y sus linderos aparecen descritos en el punto 4o. de la parte petitoria del libelo.

La demanda fue incoada en el juzgado tercero civil del circuito de Barranquilla.

2. El demandado denunció el pleito a su vendedor Uldarico Valdés, y éste a su tradente Elvira viuda de Vargas. El fallo de primer grado declaró probada la excepción de cosa juzgada que con la de prescripción de la acción, propuso el demandado. Recurrido por el demandante para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el fallo expresado, esta corporación lo revocó y en su lugar declaró hallarse inhibida para fallar de mérito.

El recurso de casación introducido por el mismo litigante se decide en la presente providencia.

- II -

LA SENTENCIA ACUSADA

3. Dice que por haber sido pedida la declaratoria de nulidad de varios contratos, debió demandarse a los distintos contratantes y no sólo al último comprador Arraut B., motivo por el cual la demanda no reúne el presupuesto procesal de "demanda en forma". Es un caso de litis consorcio necesario afirma.

- III -

LA ACUSACION DE LA SENTENCIA

4. Aún antes de dictarse en la Corte el auto de admisión del recurso, la parte actora elevó un memorial tendiente a fundarlo, si bien con evidentes defectos tocantes a la técnica requerida. Corrido luego el traslado al recurrente, no hizo uso de él y por este motivo el opositor solicita, en primer lugar, que se declare desierto el recurso, y en caso contrario, se rechace el memorial, si se considera como demanda de casación.

A este respecto, los escritos en que se formulan los cargos en casación, presentados antes del traslado para ello, no han sido desestimados, considerando que lo esencial en el trámite del recurso, es que la demanda no se formule con posterioridad al término señalado al efecto. Auto de 16 de febrero de 1.955 (LXXIX. 2150. 546) dice que la demanda "debe llegar a la Secretaría de la Corte antes que venza el término señalado por el mismo artículo"; así que esta doctrina no deja de aplicarse cuando la demanda de casación se recibe antes de correrse el traslado.

5. Se acusa el fallo, primero por "violación del numeral 7º. del artículo 520 del C. J.", y luego por "violación del artículo 1899 del C. C.".

A)

No hay lugar, en tratándose del motivo séptimo de casación, a "violación del numeral 7º. del artículo 520". Lo que en esta causal constituye la razón de la

casación, está en que el Tribunal deje de decidir en el fondo por estimar que no tiene competencia para ello, dando como razón precisamente que carece de ella conforme a la ley.

Este no es el caso. No es lo mismo declararse incompetente para juzgar, porque las normas sobre competencia no se la otorgan, que inhibido para decidir por falta de los demás presupuestos procesales. Por el contrario, esta última declaración supone la competencia, y sobre esta base lo que acontece es que el proceso no ha podido desarrollarse por carencia de las demás bases exigidas por la ley para fallar en el fondo.

B)

6. Si Antonio Jinete Vargas, como sucesor universal de Hermenegildo Jinete, demanda la declaratoria de nulidad del contrato celebrado por este último y Francisco J. Ucrós, según escritura pública Nº. 994 de 17 de abril de 1.920, tal acción no podía trabarse en legal forma sino con el mismo Ucrós, o con sus herederos, por tratarse de acción personal. Incoado así el litigio de nulidad contra el comprador Ucrós, para efectos de la restitución del inmueble que ha pasado por distintas manos, habria bastado con incluir en el libelo al actual poseedor, último comprador del mismo bien, sin necesidad de anular los contratos intermedios, ni tampoco el último, afectados por ello del vicio inicial, según la demanda, vicio consistente en el embargo que sobre la finca pesaba cuando la primera venta, la de Hermenegildo Jinete a Francisco J. Ucrós, fue solemnizada. Sin perjuicio dede luego de que el actual poseedor demandado denunciase el pleito a su antecesor o al antecesor que eligiera, según lo prescribe el artículo 1897 del C. C., y este último lo denunciara a su turno, y así hasta la fecha del acto jurídico viciado originariamente, para los efectos de la garantia de la posesión pacifica de la cosa y el saneamiento de la evicción. Pero de todos modos, sin incluir en la demanda al primitivo comprador de Jinete o sus causahabientes universales, sucesores de la persona del causante -Francisco J. Ucrós- la litis en referencia no podía adelantarse válidamente por el aspecto procesal. Por lo cual no resultan violadas las disposiciones a que la acusación se refiere.

Por lo cual no hay lugar a infirmar la sentencia.

DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintisiete (27) de marzo de mil novecientos sesenta y dos (1.962), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio iniciado por Antonio Jinete Vargas contra Josè María Arraut B.

Costas a cargo del demandado.

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

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

LIQUIDACION Y PARTICION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y DE LA HERENCIA. VENTA DE GANANCIALES

1. El partidor debe proveer siempre en su trabajo al pago de los gastos de apertura de la sucesión y partición del acervo hereditario, formando la hijuela de gastos. 2. Tres formas distintas que puede revestir la venta que hace el cònyuge supérstite de sus gananciales, y sus respectivos efectos jurídicos. 3. La regla 3a. del artículo 1394 del C. Civil no es precepto propiamente sustantivo que admita violación directa. 4. La causal de violación directa exige que se citen las normas sustantivas conducentes y de trascendencia en el fallo acusado. Contenido de la regla 1a. del artículo 1394 del C. Civil. 5. El artículo 1134 del Código Judicial, como precepto procedimental o adjetivo, no es materia de violación directa. 6. No toda clase de objeciones a la partición tiene cabida en el recurso extraordinario.

1. Es incuestionable, como lo sostiene la sentencia impugnada, que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1016 del Código Civil, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley deben deducirse del acervo, entre otras partidas, la de costas anexas a la apertura de la sucesión.

En el juicio en estudio, el partidor formó la hijuela "para cubrir los gastos y deudas del presente mortuorio", sin que existan deudas hereditarias, sino solamente las provenientes de gastos propios de la apertura del juicio sucesorio y de la partición, pero tal equivocación en lo que toca con deudas hereditarias, por lo mismo que no existen, ni las señala el trabajo, no tienen trascendencia alguna, dado que todos los interesados están acordes en reconocer que la norma que se dice violada (Art. 1016) sí impone la deducción de los gastos de apertura del juicio, los que indudablemente se efectuaron. Y esto es lo que sostiene el sentenciador cuando dice que, por mandato del artículo 1016 citado, los gastos de apertura de la sucesión "constituyen una carga de ésta, que es de cuenta de los interesados en ella y que, consiguientemente, constituye materia especial de previsión que el artículo 1393 del mismo código señala al partidor".

En lo referente a los gastos impuestos por la partición, el artículo 1390, ibídem, reza que "son de cuenta de los interesados en ella a prorrata". En realidad, son deudas que la distribución de los bienes herenciales impone a cada asignatario en la proporción de sus derechos, pero la jurisprudencia, con el fin de evitar las dilaciones que puedan resultar de esperar a que todos los interesados consignen en el juzgado la cuota que les corresponda, y para así acelerar la liquidación de las comunidades sucesorales, ha interpretado siempre tal norma en el sentido de que el partidor debe señalar aproximadamente y como pasivo la partida destinada al reembolso de esos gastos. Interpretarla

con el alcance que pretende el recurrente, (quien afirma que la sentencia acusada viola la referida disposiciòn legal, cuando sostiene que su importe debe deducirse de la masa común), sería aceptar que el legislador no proporciona los medios para facilitar y abreviar la división de las herencias.

La doctrina constante de la Corte ha sido la de que el partidor debe proveer siempre en su trabajo al pago de los gastos de apertura de la sucesión y partición del acervo hereditario, formando la hijuela de gastos. En casación de 21 de octubre de 1.954, expresó: "El partidor està autorizado no solamente para formar la hijuela destinada al pago de las deudas a cargo de la masa social o hereditaria. Puede hacerlo también para atender a los gastos del juicio. Aunque no existe texto expreso que autorice al partidor en tal sentido, la jurisprudencia ha establecido acertadamente que por analogía debe aplicarse en las particiones herenciales la disposición del artículo 1142 del Código Judicial, sobre juicios divisorios". (Tomo 78, pág. 905).

2. De larga data la Corte tiene asentado que la venta que los herederos hacen de sus derechos en la sucesión, o la cónyuge de sus gananciales, puede revestir tres formas: a) en abstracto, en su totalidad o en cuota sin vinculación a ninguna especie; b) radicados en determinado bien de la comunidad herencial o social; y c) de un cuerpo cierto de tales comunidades.

La venta de la totalidad de los gananciales o de una cuota de ellos confiere al cesionario la personerìa para intervenir en la liquidación de la sociedad, a fin de que se le adjudiquen los bienes que corresponden al derecho transferido.

La venta de los gananciales vinculados en un bien, confiere asímismo personería al cesionario para hacerse parte en la liquidación de la sociedad conyugal, y para pedir que se le reconozca su derecho en los términos del contrato, sin que éste sea oponible a los demás interesados en el juicio en que se adelanta la liquidación, ni obligatorio para el partidor, pero si el patrimonio se lo permite, puede acogerlo y reconocer el derecho en él estipulado.

A la venta de un cuerpo cierto la ley (artículo 1401 del C. Civil) le reconoce validez, pero en forma condicional, es decir, que si en la partición se le adjudica al cónyuge que lo transfirió, se confirma la venta y efecto retroactivo, pero si se adjudica a otro interesado, la venta se mira como de cosa ajena. (G. J. XLIX, 230-231. LXXVIII, 898-899. LXXXVIII, 578-579).

3. En lo atinente a la regla 3a. del artículo 1394 del Código Civil, que el recurrente considera violada por la sentencia que acusa, por cuanto no se adjudicaron porciones contínuas a los diferentes asignatarios, debe decirse que la Corte ha sostenido que apenas constituye una norma aplicable "si fuere posible", segùn los términos de la misma, condición que le quita el carácter de precepto propiamente sustantivo, y excluye en consecuencia, la causal de violación directa.

4. Se hace a la sentencia acusada el cargo de haber infringido directamente el artículo 1394, regla 1a., del Código Civil, en cuanto sostiene que la partición material es una excepción, dado que dicho precepto prescribe todo lo contrario; "que la partición debe ser numérica, cuando no sea posible la material, por ocasionar demérito o perjuicio a los lotes por adjudicar".

Sobre el particular se advierte que la causal de violación directa exige que se citen las normas sustantivas conducentes y de trascendencia en el fallo acusa-

do. Porque la regla 1a. del artículo 1394 del Código Civil no prescribe que el partidor deba realizar su trabajo dividiendo los bienes numéricamente, cuando no es posible hacerlo materialmente. Tal regla contempla el caso de la licitación de una especie que corresponda a varios asignatarios y no admita división, o ésta la haga desmerecer; la reglamentan expresamente los artículos 961 y 962 del Código Judicial, y no ha sido materia de la presente litis.

5. El artículo 1134 del Código Judicial es norma procedimental que en desarrollo de los preceptos sustantivos atinentes del Código Civil, especialmente del artículo 145 de la ley 40 de 1.907, autoriza la presentación de la demanda de cosa singular común para que se divida materialmente, si fuere posible, o se venda si no lo fuere. Como precepto procedimental o adjetivo no es materia de violación directa propia del recurso de casación.

6. El memorial de objeciones no formuló ninguna relacionada con la presentación del trabajo de partición después de vencido el término señalado por e Juzgado para ello; por eso, ni el Juzgado ni el Tribunal se ocuparon de tal punto. Al final pidió el objetante al Juez que reemplazara al partidor por haber presentado su trabajo fuera de término. Resolvió el Juzgado la solicitud por providencia que fue apelada para ante el Tribunal, quien la declaró ejecutoriada. Se acusa ahora la sentencia de haber violado directamente los artículos 1385 del Código Civil, 959 y 717 del Código Judicial, y se alega que si el Tribunal hubiera aplicado tales disposiciones, habría reemplazado al partidor. A todo lo dicho se contesta que pretender revivir esta cuestión ya precluída es tanto como presentar nuevas objeciones en el recuso extraordinario de casación, que está limitado exclusivamente a las que fueron objeto de debate en las dos instancias.

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

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

Virgilio Santamaría contrajo matrimonio católico con María Santamaría en la parroquia de Susa el 12 de octubre de 1.891.

De este matrimonio hubo seis hijos: Ana Francisca, María Angelina, Luis Francisco, Antonio, José del Carmen y Ana Elisa.

El cónyuge murió el 5 de mayo de 1.937. Le sobrevivieron la cónyuge y los hijos. Su juicio sucesorio se radicó en el juzgado civil del circuito de Ubaté.

Antes de esta radicación, sobre el inmueble alistado en la partida única del inventario, se celebraron los siguientes actos:

La cónyuge supérstite, María Santamaría v. de Santamaría, por escritura número 117, extendida en la Notaría Primera del Circuito de Ubaté el dos de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, vendió a Juan de Jesús Espinel "los gananciales que le corresponden o pueden corresponderle ..... que se hallan vinculados en un solar ubicado dentro de esta población de Ubaté", el cual especifica por sus dimensiones y colindantes.

Espinel, mediante instrumento número 341 de 20 de junio de 1.947, otorgado en la misma Notaría, transfirió en venta a Agapito Arévalo y Faustina Marcelo el solar que dijo haber adquirido de María v. de Santamaría por la escritura 117.

El 15 de noviembre de 1.948, al tenor de la escritura 668 de la misma Notaría, la viuda de Santamaría vendió a José del Carmen Santamaría "los gananciales que le corresponden o puedan corresponderle..... vinculados en un solar con su casa de adobe y teja en èl edificada, situada en la población de Ubatè, solar que el causante hubo por compra a Mateo Murcia, según escritura 69 de 19 de enero de 1.905 Notaría de aquel circuito, y la casa por haberla construido a sus expensas.

Josè del Carmen Santamaría, por instrumento número 178 de 27 de abril de 1.957, Notaría 2a. de Ubatè, cedió a Luis J. Boada los gananciales habidos de María vda. de Santamaría.

En la misma escritura, José del Carmen Santamaría y sus hermanos, Luis Francisco y Elisa Santamaría vendieron a Luis J. Boada "los derechos y acciones que tienen, les corresponden y les puedan corresponder por herencia de su finado padre Virgilio Santamaría, en su condición de hijos legítimos".

Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaría cedieron en venta, en los términos de la escritura número 73, autorizada por el Notario 1o. de Ubaté el 11 de junio de 1.957, a Juan Rincón Nieto, "los derechos y acciones que les corresponden o puedan corresponder por herencia de su padre legítimo Virgilio Santamaría vinculados a una casa con su piso y solar anexos comprendidos por los linderos que allí se expresan.

Dentro del juicio de sucesión se les reconoció la calidad de cesionarios de conformidad con los títulos expresados: 1o. A Luis J. Boada, de María Santamaría vda. de Santamaría y de los herederos José del Carmen, Luis Francisco y Elisa Santamaría. 2o. A Agapito Arévalo y Faustina Marcelo, de la cónyuge viuda de Santamaría; 3o. A Juan Rincón Nieto, de los herederos Ana Francisca, María Angelina y Antonia Santamaría.

Fue inventariado en el activo como único bien sucesoral la casa con el piso en que está edificada, situada en el área urbana de Ubaté, alindada "junto con sus solares así: "con casa y solar que fueron de los herederos de Antonio Parra, luego de Juan Parra, hoy de Agapito Arévalo, paredes por medio, por el oriente con calle pública, carrera octava; por el sur, con calle pública o calle novena; y por el occidente, con solar que fue de Pedro I. Nuñez, hoy de Luis J. Boada, paredes por medio". En atención a que los dos solares que tiene la casa, el del costado norte figura en la escritura de venta hecha por la viuda de Santamaría a Juan Espinel y en la que éste le hizo a Agapito Arévalo, se avaluó el solar por separado en $8.000.oo y el resto del inmueble, o sea, la casa con su piso y solar contiguo en la cantidad de $22.000,oo, y teniendo en cuenta esta descripción al conjunto se le fija la suma de $30.000.oo.

Para gastos del juicio hasta su protocolización se calculó la suma de $ 3.000.oo como pasivo.

En la etapa respectiva del juicio, el partidor presentó su trabajo, en el cual, teniendo en cuenta los títulos por virtud de los cuales la cònyuge sobreviviente vendió por separado sus gananciales en las dos porciones del inmueble, la cesión que de sus derechos hicieron los herederos, el avalúo dado a cada una de las partes del inmueble y al total, lo mismo que el pasivo, liquida el activo de $ 27,00,oo, así:

Gananciales de María Santamaría de Santamaría $13.500.oo

Herencia de Virgilio Santamaría .... 13.500oo.

A Luis J. Boada cesionario de parte de gananciales y herencia..... 16.650.oo

A Agapito Arévalo y Faustina Marcelo de Arévalo cesionarios de parte de gananciales..... .... 3.600.oo

A Juan Rincón Nieto, cesionario de parte de derechos hereditarios.. 4.950.oo

A Ana Francisca Santamaría, por sus derechos herenciales no vendidos 600.oo

A María Angelina Santamaría, por el mismo concepto 600.oo

A Antonio Santamaría por el mismo concepto 600.oo

Total distribuible..... $ 27.000.oo

Para cubrir el valor de estos derechos formó las siguientes hijuelas:

I. La de Luis J. Boada, en la cual se le adjudica: a) en común y proindiviso con Juan Rincón sobre la casa y solar en que está edificada un derecho por valor de catorce mil ochocientos cincuenta pesos que corresponden: $9.900.oo a los gananciales comprados a la viuda de Santamaría, y $4.950.oo a los derechos hereditarios de José del Carmen, Luis Francisco y Ana Elisa Santamaría y b) Un derecho en común y proindiviso con Agapito Arévalo, Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaría, por la suma de mil ochocientos pesos ($1.800.oo) sobre el solar comprendido dentro de los linderos especificados en la cartilla.

II. Hijuela de Juan Rincón:

Para cubrirle el derecho equivalente a cuatro mil novecientos cincuenta pesos ($4.950.oo), que compró a los herederos Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaría, se le adjudica en comunidad con Luis J. Boada una cuota equivalente a ese valor sobre la casa y solar en que está construída, la que fue avaluada en la suma de $22.000.oo.

III. Hijuela de Agapito Arèvalo y Faustina Marcelo de Arèvalo:

Para pagarle el derecho de valor de $3.600.oo, se le adjudica en común y proindiviso con Luis J. Boada, Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaría una cuota equivalente a dicha cantidad sobre el solar avaluado en el inventario en la suma de $8.000.oo.

IV. La de Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaría:

A cada uno de éllos se adjudica una cuota de seiscientos pesos ($600.oo) y en total de $1.800.oo en común y proindiviso con Luis J. Boada, Agapito Arévalo y Faustina Marcelo de Arèvalo sobre el solar, encerrado por los linderos especiales que se expresan, y avaluado en la suma de ocho mil pesos ($8.000.oo).

V. La cartilla de deudas y gastos de la mortuoria para que se rematen y con su producto se paguen, destina: 1o. Un derecho equivalente a dos mil doscientos pesos ($2.200.oo) en relación con un avalúo de veintidós mil pesos ($22.000.oo) sobre el inmueble adjudicado en comunidad a Luis J. Boada y Juan Rincón. 2o. Un derecho equivalente a la suma de ochocientos pesos ($800.oo) en relación con un avalúo de ocho mil pesos ($8.000.oo) dado al solar adjudicado

en común a Luis J. Boada, Agapito Arévalo y Faustina Marcelo de Arévalo, Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaría.

El apoderado de Juan Rincón Nieto, Agapito Arèvalo y Faustina Marcelo de Arévalo le formuló cinco objeciones al trabajo de partición, cuyo resumen es el siguiente:

Primera. El partidor "dedujo del activo la suma de $3.000.oo sin existir deudas inventariadas, sino un simple "cálculo" de los posibles gastos de la sucesión, gastos que los objetantes están dispuestos a cancelar en la parte que les corresponda. Por consiguiente, dicen los objetantes, no habiendo deudas del causante ni de la sociedad conyugal, estando cancelados los gastos hechos hoy por las mismas partes, y estando dispuestas a hacer de su peculio los gastos que estén pendientes, es claro que la deducción del pasivo no se justifica porque no la hay".

Segunda. El partidor no hizo liquidación alguna de la herencia, sino que sin explicación alguna asignó a Luis J. Boada $16.650.oo a Juan Rincón $4.950.oo a Agapito Arévalo y Faustina Marcelo de Arèvalo $3.600.oo y a cada uno de los herederos Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaría, $600.oo.

Como demostración de la objeciòn, liquida los $13.500.oo del acervo herencial así:

Para los seis hijos a razòn de $ 2.250.oo .....$ 13.500.oo

A Luis J. Boada cesionario de los tres hijos le corresponden. 6.750.oo

A Juan Rincón Nieto, causahabiente de tres herederos. 6. 750.oo

Sin embargo, el trabajo objetado le asigna a Boada sin explicar por qué concepto, la suma de $ 16.650.oo y a Juan Rincòn Nieto, que tiene exactamente los mismos derechos de Boada, le fija una cuota herencial solo por $ 4.950.oo

Tercera. A cada uno de los herederos Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaría se señala un derecho por valor de $ 600.oo. Esta liquidación y asignación "es absurda e ilegal", porque dichos herederos vendieron a Juan Rincón la totalidad de sus derechos en el único bien sucesoral. Por esta razón la "liquidación en esta parte y las correspondientes adjudicaciones son ilegales y sin fundamento alguno".

Hace el objetante una liquidaciòn sobre la cantidad de $ 30.000.oo, avalúo total del inmueble, y, conforme a ella, a Boada, cesionario de tres herederos, le correspondería la suma de ....$ 7.500.oo y a Rincón Nieto, también cesionario de tres herederos igual cantidad .... $ 7.500.oo

Cuarta. Toca con los gananciales de la cónyuge viuda de Santamaría, la cual cedió primero una parte a Agapito Arèvalo y Faustina Marcelo de Arèvalo, y luego otra parte a Luis J. Boada sobre el único bien social inventariado, en el cual debe, por consiguiente, adjudicàrseles el respectivo derecho. Para efectos de la liquidación debe tomarse en cuenta el orden de las ventas, en el sentido de que primero debe computarse la cuota del primer cesionario, Juan de Jesús Espinel, a quien sucedieron los Arévalos, y hacerse luego la respectiva adjudicación, y deducida esta, determinar y adjudicar la cuota del segundo cesionario, José del Carmen Santamaría, representado hoy por su causahabiente Luis J. Boada.

De esta forma, no existiendo pasivo, liquida así los gananciales que ascienden a la suma de $15.000.oo

A los Arévalos. 8.000.oo

A Boada. 7.000.oo

Quinta. La última objeción se refiere a que se hizo la partición numérica o ad valorem, cuando el inmueble "sí admite cómoda división material sin desmerecer, por lo cual debe hacerse en esta forma".

El Juzgado, en providencia de seis de septiembre de mil novecientos sesenta, declaró fundadas las objeciones y ordenó rehacer la partición.

El Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de dos de diciembre de mil novecientos sesenta, revocó lo resuelto por el Juzgado, y, en cambio, resolvió aprobar el trabajo de partición por resultar infundadas las objeciones formuladas; ordenó inscribir dicho trabajo y el fallo, y protocolizar el expediente.

El apoderado de los interesados inconformes, impugnó la sentencia de segunda instancia con el recurso de casación.

MOTIVACIÓN DEL FALLO RECURRIDO.

Considera el Tribunal que, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1016 y 1320 del C. Civil, los gastos de apertura de la sucesión y los correspondientes a la partición de los bienes relictos constituyen una carga de cuenta de los interesados, la cual, por tanto, es materia de lo previsto en el artículo 1393, ibídem. Por manera que, si el partidor en cumplimiento de tales normas, hace la deducción en el activo, y forma la hijuela respectiva con que deban cubrirse los gastos, no se funda legalmente una objeción. "Con menor razón si dicho pasivo fue inventariado sin objeción alguna", como es el caso contemplado aquí, pues el partidor estaba obligado a incluirlo en su trabajo, acatando el principio de que los inventarios son "la base obligatoria", a la cual debe someterse.

Transcribe el paso de una sentencia de casación, en la cual la Corte dice que no cabe reparo a la partida con que el partidor atiende a los gastos que han de hacerse en la partición, así sea "por cifra mayor o menor".

Encuentra, además, el tallador que no está demostrado que los gastos de la sucesión se hayan sufragado por todos los interesados, como afirma el objetante, "sino solamente por uno de ellos, como lo pone de manifiesto el examen de los recibos correspondientes. Tampoco consta el acuerdo que, respecto de este pago, se hubiera celebrado entre ellos".

Sobre la segunda objeción considera:

El partidor, luego de determinar la cuota de que resulta titular cada asignatario conforme al origen de sus derechos, "practicó como legalmente corresponde la previa liquidación de la sociedad conyugal para deducir el acervo sucesoral, el cual liquidó con base en los referidos antecedentes. Y hecha esta liquidación, procedió a la distribución correspondiente entre los asignatarios".

No constituye irregularidad ninguna el hecho de que "omitiera el partidor hacer una nueva relación de los antecedentes u orígenes del derecho de cada uno de los asignatarios".

Se ocupa luego del fondo mismo de la liquidación, y al efecto encuentra que la cónyuge sobreviviente, por la escritura 127 de mayo de 1.946, vendió a Juan de Jesús Espinel sus gananciales que pudieran corresponderle "ubicados tales gananciales en un 'solar situado en la misma ciudad, en la parte norte', que en los inventarios fue parcialmente avaluado en la suma de $ 8.000.oo. Espinel mediante el instrumento 341 de junio de 1.947 "vendió el mismo lote a Agapito Arèvalo y Faustina Marcelo de Arévalo".

Por escritura número 668 de noviembre de 1.948, la viuda de Santamaría vendió a José del Carmen Santamaría el resto de sus gananciales ubicados 'en un solar con su casa de adobe y teja', la cual fue avaluada parcialmente en la suma de $ 22.000.oo.

José del Carmen Santamaría vendió luego esos mismos derechos a Luis J. Boada, al tenor de la escritura 178 de abril de 1.957.

Los seis hijos del causante transmitieron sus derechos herenciales así:

Josè del Carmen, Ana Elisa y Luis Francisco Santamaría, cedieron a Luis J. Boada los ubicados en los dos inmuebles en los términos de la misma escritura 178.

Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaría vendieron a Juan Rincòn los derechos radicados en la casa y solar anteriormente relacionados, por medio de la escritura 273 de 1.957.

De este análisis concluye que son asignatarios:

Luis J. Boada en los gananciales radicados en la casa y solar contiguo, y en los derechos herenciales que sobre la totalidad del acervo inventariado corresponden a sus cedentes José del Carmen, Ana Elisa y Luis Francisco Santamaría.

Juan Rincón en los derechos correspondientes a los herederos Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaría radicados "en la casa y solar tantas veces citados".

Agapito Arévalo y Faustina Marcelo de Arèvalo, en los gananciales que corresponden a la cónyuge en el solar del costado norte.

Y Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaría, "en los derechos herenciales radicados en el mismo solar".

Sobre esta base, y teniendo en cuenta el avalúo de $ 22.000.oo dado a la casa y solar anexo y el de $ 8.000.oo al solar del costado norte, lo mismo que las deducciones de $2.200.oo y $ 800.oo proporcionalmente correspondientes al pasivo en las dos fracciones del inmueble, se tiene:

1o. Que la suma de $16.650.oo liquidada a Luis J. Boada, es exactamente la que le corresponde, porque representa los gananciales ubicados en 'la casa y solar' avaluada en $22.000.oo y los derechos que hubo de tres de los herederos sobre todo el inmueble, habida cuenta de las deducciones proporcionales al pasivo.

2o. Que la cantidad de $ 4.950.oo, liquidada en favor del asignatario Juan José Rincón, es la que tiene como cesionario de los herederos Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaría en los derechos sobre la citada casa y solar, respecto de la cual el acervo herencial asciende a la suma de $ 9.900.oo. El derecho de los cedentes en dicho acervo equivale a la cantidad de $ 4.900.oo, cuota asignada a Rincón.

3o. La suma de $ 3. 600.oo, liquidada en favor de Agapito Arèvalo y Faustina Marcelo de Arèvalo, es también la que hubieron como cesionarios en los gananciales de la cónyuge supérstite determinados en el 'solar del costado norte' conforme a la escritura 117 de 1.946. Dado el avalùo de $8.000.oo que se dió a este solar y la deducción de $800.oo por razón del pasivo, los gananciales ascienden a la suma de $3.600.oo que es la mitad de $7.200.oo en que queda el valor líquido del solar.

4o. Finalmente, la asignaciòn de $600.oo a cada uno de los herederos Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaría es la que representa, según los cómputos anteriores, el derecho de que son titulares en el 'solar del costado norte'.

En relación con la tercera objeción expone el Tribunal:

"Basta repasar con la debida atenciòn la diligencia de inventarios de los bienes relictos, y la escritura 273 de 1.957 que contiene la venta que los herederos nombrados hicieron al señor Juan Rincón Nieto, para concluir dos cosas fundamentales, que desvirtúan el cargo que por medio de la anterior objeción, se hace al trabajo de partición":

La primera de estas conclusiones es que, aunque en el inventario se fijó un guarismo único a la casa, su solar anexo y el del costado norte, se hizo la debida discriminación de las dos partes que lo integran "precisamente por haberse constituído sobre cada uno de ellos derechos distintos en favor de personas diversas".

Transcribe la parte de la diligencia de inventario, en la cual, en atención a la venta que la cónyuge Santamaría hizo a Juan Espinel, y éste a Agapito Arévalo, de sus gananciales sobre el solar del costado norte, se le da a dicho solar un avalúo de ocho mil pesos ($8.000.oo) y a la casa con el terreno en que está edificada y el solar contiguo, el de $22.000.oo, y a todo el inmueble se le fija la suma de $30.000.oo.

"La otra conclusión es la de que en la escritura 273 de 1.957 claramente aparece que lo vendido a Juan Rincón Nieto, fueron los derechos que a los citados herederos pudiera corresponderles en la 'casa y solar' con su piso y solar anexo, circunstancia esta que además aparece claramente determinada en el acto de la diligencia de inspección ocular practicada como prueba en el incidente de objeciones de que se hace mèrito (fl. 5 vto. C. N. 3)".

La cuarta objeción la estudió así:

"Los gananciales son el activo neto que resulta de la liquidación de la sociedad conyugal y cubren todos y cada uno de los bienes inmuebles o muebles de la sociedad. Por consiguiente, puede hacerse la cesión de los derechos gananciales radicados en un determinado bien, y por separado hacerse la de aquellos que estén radicados en otro".

De las escrituras por las cuales vendió sus derechos gananciales la viuda de Santamaría, aparece nitidamente que por separado transfirió los que le correspondían en el solar del norte, y los que tenía en la 'casa y solar'.

Habiéndose alistado, justipreciado e individualizado cada uno de esos bienes en la diligencia de inventario y avalúo, y habiéndose cedido separadamente los derechos sobre cada uno de los bienes que constituyen el haber social, no en común e indiscriminadamente, "no procede el alistamiento y partición común a que se refiere el objetante".

A la quinta objeción observa:

El partidor dentro del juicio divisorio debe ceñirse a la partición numérica del caudal hereditario, para dar fin a la acción que los romanos llamaban familiae erciscundae, que es distinta de la comuni dividundo, equivalente a la división material de comunidades singulares, consagrada en el Título XL, Libro II del C. Judicial.

Siendo distinto el procedimiento "no es posible que la partición de los bienes sucesorales, muebles o inmuebles, envuelvan necesariamente la división material de los últimos. Así lo tiene consagrado la jurisprudencia".

En la comunidad herencial podría procederse a la partición material de bienes raíces, "siempre que mediara el consentimiento expreso de todos los participes, circunstancia que no concurre en el caso de autos".

DEMANDA DE CASACION:

Nueve cargos contiene la demanda de casación: El primero, el segundo, quinto, sexto, séptimo y noveno por infracción directa de normas sustantivas, el tercero, el cuarto y el octavo por error de hecho en la estimación de algunas pruebas.

Se consideran en su orden, pero conjuntamente, por referirse a la misma cuestión, el tercero y el cuarto.

La parte opositora presentó oportunamente su alegato.

- I -

Lo propone en estos términos: "La sentencia recurrida viola los arts. 1016, 1390, 1375, 1343, 1392 y 1393 del C. C. por infracción directa unos y otros por indebida aplicación, como paso a demostrarlo".

En este empeño dice que la sentencia aplica indebidamente los artículos 1016, ord. 2o. 1375, 1343, y 1393, citados, cuando dice que el partidor debía deducir el pasivo de $ 3. 000.oo y adjudicar bienes para su pago, porque tales preceptos se refieren exclusivamente a 'deudas hereditarias', y en la mortuoria no aparecen deudas de esta naturaleza.

Y en cuanto a gastos de la apertura del juicio sucesorio y de la partición, viola directamente los arts. 1016 y 1390, porque la primera norma impone al partidor deducir las costas comprobadas anexas a la apertura de la sucesión, de la masa hereditaria ("no de cada parte del bien, como pretende el Tribunal") y los gastos de la partición, que son los honorarios del partidor, dere-

chos de registro de la partición, de hijuelas y protocolización, son de cargo de cada interesado a prorrata, y, por lo mismo, no pueden deducirse del acervo hereditario, porque son deudas de los asignatarios, no de la sucesión.

Se ocupa luego de demostrar cómo de los gastos de apertura de la sucesión, los impuestos fiscales ya fueron cubiertos y quedó un saldo en la Recaudación de Hacienda Nacional de $528.34 a favor de la sucesión; que este pago no fue hecho por uno de los interesados sino por Juan Rincón Nieto y por Luis Boada, según aparece en los recibos transcritos en las escrituras de cesión. Los pagos de timbre y honorarios de perito, que ascienden a un total de $135.oo, fueron pagados por Boada, pero del mencionado saldo sobra para cancelarlos.

No existiendo los gastos de que trata el artículo 1016 del C. Civil, la sentencia lo viola directamente al sostener la suma "de $3.000.oo, para pagar un pasivo, que, como está demostrado, no existe".

Repite que en lo que hace a los gastos de impuestos por la partición, que son honorarios de perito, los gastos de otro perito, registro y protocolización del expediente contentivo de la mortuoria, conforme al artículo 1390 ibídem, "deben ser pagados por cada asignatario a prorrata, y por ello no deben deducirse de la masa común. Y por lo mismo la sentencia acusada, viola esta disposición legal, cuando sostiene que debe deducirse su importe de la masa común".

SE CONSIDERA:

Es incuestionable, como lo sostiene la sentencia impugnada, que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1016 del C. Civil, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley deben deducirse del acervo, entre otras partidas, la de costas anexas a la apertura de la sucesión.

El partidor formó la hijuela "para cubrir los gastos y deudas del presente mortuorio", sin que existan deudas hereditarias, sino solamente las provenientes de gastos propios de la apertura del juicio sucesorio y de la partición, pero tal equivocación en lo que toca con deudas hereditarias, por lo mismo que no existen, ni las señala el trabajo, no tiene trascendencia alguna, dado que todos los interesados están acordes en reconocer que la norma que se dice violada sí impone la deducción de los gastos de apertura del juicio, que indudablemente se han efectuado. Y esto es lo que sostiene el sentenciador, cuando dice que, por mandato del artículo 1016 citado, los gastos de apertura de la sucesión "constituyen una carga de esta, que es de cuenta de los interesados en ella y que, por consiguiente, constituye materia especial de previsión que el artículo 1393 del mismo código señala al partidor".

En lo referente a los gastos impuestos por la partición, el artículo 1390, ibídem, reza que "son de cuenta de los interesados en ella a prorrata". En realidad, son deudas que la distribución de los bienes herenciales impone a cada asignatario en la proporción de sus derechos, pero la jurisprudencia, con el fin de evitar las dilaciones que pueden resultar de esperar a que todos los interesados consignen en el Juzgado la cuota que les corresponda, y para así acelerar la liquidación de las comunidades sucesorales, ha interpretado siempre tal norma en el sentido de que el partidor debe señalar aproximadamente y como pasivo la partida destinada al reembolso de esos gastos. Interpretarla con el alcance que pre-

tende el recurrente sería aceptar que el legislador no proporciona los medios para facilitar y abreviar la división de las herencias.

La doctrina constante de la Corte ha sido la de que el partidor debe proveer siempre en su trabajo al pago de los gastos de apertura de la sucesión y partición del acervo hereditario, formando la hijuela de gastos. En casación de 21 de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro, expresó: "El partidor está autorizado no solamente para formar la hijuela destinada al pago de las deudas a cargo de la masa social o hereditaria. Puede hacerlo también para atender a los gastos del juicio. Aunque no existe texto expreso que autorice al partidor en tal sentido, la jurisprudencia ha establecido acertadamente que por analogía debe aplicarse en las particiones herenciales la disposición del artículo 1142 del C. J. sobre juicios divisorios". (T.78 pág. 905. XXVII· pág. 40. - XXVI pág. 541. T. 49 pàg. 585 y 604. No. 1957. T. LXIX pàg. 69. No. 2090 y 98· T. - LXXI pág. 16 No. 2110 y 2111).

Los argumentos que el acusador trae, basado en que los gastos de la apertura de la sucesión aparecen hechos en su casi totalidad por todos los interesados, tocarían no con la tacha de violación directa de la ley sustantiva, sino con la de error de hecho en la estimación de pruebas tenidas en cuenta por el sentenciador, para hacer esta afirmación: "No resulta comprobado, por lo demás, que el pago de los gastos de la sucesión se hayan sufragado por todos los interesados -como lo afirma el objetante- sino solamente por uno de ellos, como lo pone de manifiesto el examen de los recibos correspondientes. Tampoco consta el acuerdo que, respecto de sus pagos se hubiera celebrado entre ellos".

Por este particular no hay tacha ninguna.

- I I -

La segunda censura la enuncia por cuanto la sentencia infringe directamente el primer inciso del artículo 1399 del C. C. "En la parte que impone la obligación al partidor de hacer primeramente la liquidación del acervo partible, lo que a su turno constituye la consagración del derecho sustantivo de los coasignatarios para determinar el valor de la cuota que a cada uno corresponde, según su categoría sucesoral".

Tal disposición ordena al partidor efectuar la liquidación de la masa herencial, y a la vez concede a los interesados el derecho de exigirla para saber si está o nò acorde con el derecho que les corresponde en su condición de asignatarios, "en este caso de herederos en calidad de hijos legítimos que son los derechos mismos de los cesionarios".

Prosigue el recurrente que basta leer el Capítulo que el trabajo objetado llama "Segundo Capítulo -Liquidación- para convencerse a primera vista que el partidor no efectuó liquidación alguna del acervo herencial, aunque luego de hacerse la de la sociedad conyugal sobre la totalidad de su acervo, "señala unas cantidades a los que son parte y a los que no lo son, pero sin que aparezca, en forma alguna la cuota o cuotas que les corresponda, por concepto de la masa o haber social o herencial".

Concluye que, al afirmar el Tribunal que por haber realizado el partidor la "liquidación" de la sociedad conyugal, podía, "sin liquidar la sucesión, pasar a la

distribución de los efectos hereditarios entre los coasignatarios, viola de manera flagrante el precepto citado que prescribe la previa liquidación de los bienes para luego proceder a la distribución y adjudicación de ellos.

CONSIDERA LA CORTE:

El sentenciador de segunda instancia al considerar la objeción con la cual toca el presente cargo, en el detenido estudio que hace de la transferencia que la cónyuge sobreviviente hizo de sus gananciales en las dos porciones de que se compone el inmueble inventariado a Juan de Jesús Espinel y a Luis J. Boada; de la cesión que los herederos Josè del Carmen, Ana Elisa y Luis Francisco Santamaría hicieron de sus derechos en todo el inmueble al mismo Boada; y de la venta que los otros tres herederos, Ana Francisca, Maria Angelina y Antonio Santamaría, efectuaron a favor de Juan Rincòn Nieto solamente sobre la casa y solar contiguo, halló que la cuota señalada y adjudicada por el partidor a estos cesionarios era la que correspondía a sus respectivos derechos.

La misma deducción halló respecto de la cuota que el partidor asignó a los tres herederos últimamente nombrados en el solar del costado norte. Fue en razón de este detenido estudio como el Tribunal estampó este aserto: "El partidor, luego de relacionar los antecedentes procesales para determinar la calidad de asignatarios y la cuota de que cada uno de ellos resultaba titular, de acuerdo con el origen de sus derechos, practicó -como legalmente corresponde- la previa liquidación de la sociedad conyugal para deducir el acervo sucesoral, el cual liquida con base en los referidos antecedentes. Y hecha esta liquidación, procedió a la distribución correspondiente entre los asignatarios".

Ante esta conclusión categórica de la sentencia, fundada en los elementos de juicio que contiene el expediente, no solamente de que el partidor sí realizó la liquidación de los bienes herenciales sino de que se halla acorde con los derechos de cada asignatario, el cargo de violación directa del artículo 1399 del C. C. carece de fundamento, máxime si lo deduce el recurrente de la afirmación que este le atribuye al Tribunal de que sin liquidar la sucesión se podía pasar a la distribución de los efectos hereditarios, cuando su aseveración es que el partidor "practicó -como legalmente corresponde- la previa liquidación de la sociedad conyugal para deducir el acervo sucesoral, el cual liquidó con base en los referidos antecedentes. Y hecha esta liquidación procedió a la distribución correspondiente entre los asignatarios".

-III-

Formula el tercer cargo fundado en que la sentencia infringe la ley sustantiva por haber incurrido en manifiesto error de hecho consistente en la falta de apreciación de las pruebas que luego determina.

Anota que, según lo dijo en la segunda objeción, a Juan Rincón se le fija una cuota inferior a la que legalmente tiene derecho. Se refiere a la parte de la sentencia en la que se afirma que la suma de $4.950.oo liquidada a Rincón Nieto, es la que exactamente corresponde a su asignación de cesionario de los herederos Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaria en sus derechos 'en la casa y solar'.

A esta errada conclusión dice, llega el Tribunal luego de hacer una caprichosa liquidación no sobre el bien inventariado sino separándolo 'en lo que llama casa y solar' y 'solar del costado norte', basado en la discriminación que hizo el perito para explicar y fundar su avalúo, "pero que en manera alguna puede dar base para que el partidor haga la liquidación y distribución sobre cada parte del único inmueble".

El error, según el recurrente consiste en que el sentenciador no tuvo en cuenta las siguientes pruebas: la escritura número 273 de 11 de junio de 1.957, por la cual los tres nombrados herederos cedieron en venta a Juan Rincón Nieto sus derechos y acciones herenciales vinculados en la totalidad del único bien que constituye el acervo inventariado, la diligencia de inspección ocular practicada dentro del incidente de objeciones, "el dictamen pericial allí contenido" y la diligencia de inventario y avalúo.

Con este error la sentencia infringió los artículos 603, 630, 730, 724, 722 y 730 del C. Judicial, 1759, 1765 y 1401 del C. Civil.

Se refiere a la diligencia de inventario, según la cual, el único bien que figura en èl y que "constituye la totalidad del acervo partible", es el detallado en ella. Copia de la misma la parte que habla de la casa de rafa y teja de barro con sus solares anexos y de los linderos, de los cuales destaca el del norte "con casa y solar que fueron de propiedad de los herederos de Antonio Parra, luego de Juan Parra hoy de Agapito Arévalo". Anota que la mentada escritura de cesion número 273 de 11 de junio de 1.953 habla de "una casa de rafa y teja con su piso y solares anexos... que se distingue por los siguientes linderos...y por el norte con propiedad de Juan Parra hoy de Agapito Arévalo. Es decir, que en esta cesión a Juan Rincón Nieto se encierra la totalidad del único bien inventariado".

Pasa luego al acta de inspección ocular, en la cual el Juez, secretario, peritos e interesados identificaron el inmueble alistado por los mismos linderos del inventario, de los cuales por el norte figura "la casa y solar que fueron de propiedad de herederos de Antonio Parra, luego de Juan Parra, hoy de Agapito Arèvalo", y observaron, además, que "ese único bien inventariado está compuesto de la casa y dos solares". Finalmente los peritos, con base en la identificaciòn verificada en la diligencia de inspección ocular y en sus observaciones propias, manifiestan acordemente que los linderos de la escritura número 273 de 11 junio de 1.957 "corresponden a los linderos de todo el inmueble primeramente identificado o sea, a los de la casa y los dos solares".

De los ameritados documentos deduce las siguientes conclusiones: a) que la casa con sus dos solares anexos constituye la totalidad del único bien inventariado en este juicio; b) que la cesiòn hecha por tres de los herederos Santamaría a Rincón Nieto mediante la escritura 273 corresponde en su alindación a todo el inmueble inventariado, o sea, 'la casa y los dos solares', c) que la cesiòn hecha por los otros tres herederos a Luis J. Boada, únicamente se refiere a la casa y primer solar contiguo.

Por no haber tenido en cuenta la diligencia de inventario y las escrituras 273 y 178 de 1.957, violó los articulos 1759 y 1765 del C. Civil, 603 y 630 del C. J. que le da a tales documentos plena fe. Con la inadvertencia del dictamen pericial infringiò el artículo 722 del C. Judicial, y por la no aprecición de la diligencia de inspección ocular, los artículos 725 y 730 ibídem. Al haberlos tenido

en cuenta, habría reconocido la sentencia la cesión a Rincón Nieto en todo el inmueble, y su cuota en la liquidación hubiera sido no de $ 4.950.oo sino de $ 6.750.oo, que es lo que corresponde a los tres herederos vendedores, en el supuesto de que se deduzca el pasivo de $ 3.000.oo o de $ 7.500.oo si no se hace tal deducción.

La infracción de las precitadas disposiciones condujo a la quiebra indirecta del artículo 1401 del C. Civil, ya que, ocupando Rincón Nieto el lugar de sus tres cesionarios, sucede necesariamente en la totalidad de la cuota correspondiente a ellos sobre el inmueble inventariado.

-IV-

El cuarto cargo lo formula por error de hecho en la apreciación de la escritura 273 de 1.957 y de la diligencia de inspección ocular, en cuanto el Tribunal sostiene, con vista en ellas, que los herederos Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaría "cedieron a Juan Rincón sus derechos solamente respecto de una parte del único bien inventariado, o sea, la parte que el Tribunal llama la casa y el primer solar, y no la casa con sus dos solares".

CONSIDERA LA CORTE:

Es evidente que al inmueble sucesoral en el inventario se le dieron los límites que le encierran en su totalidad. Pero en la denuncia hecha por el apoderado recurrente, se dijo que dicha finca consta de la casa con sus patios y piezas y "un solar contiguo a la casa y otro solar en el costado norte del inmueble que es el que figura en la escritura de venta que hizo la cónyuge sobreviviente María S. de Santamaría a Juan Espinel y este vendió a Agapito Arévalo".

Con asentimiento del mismo apoderado se avaluó el solar norte en $ 8.000.oo. y el resto, "o sea, la casa con sus patios y el otro solar" en $ 22.000.oo.

También reza la misma diligencia que el inmueble fue adquirido por el causante "parte por permuta con Juan Parra de conformidad con la escritura 905 de 21 de julio de 1.905 de la Notaría de Ubaté, parte por compra a Mateo Murcia, por escritura 69 de 19 de enero de 1.905 de la misma Notaría".

La cónyuge vendió separadamente sus gananciales así: A Juan de Jesús Espinel, cedente de Agapito Arévalo, los localizados en el solar del costado norte como aparece en la diligencia de inventario; y a José del Carmen Santamaría los vinculados en la casa y solar que linda por uno de sus lados "con casa y solar que fue de la vendedora, hoy de Agapito Arévalo". Se explica que el solar lo hubo el causante por compra a Mateo Murcia según escritura 69 de 19 de enero de 1.905.

Los herederos José del Carmen, Luis Francisco y Elisa Santamaría vinculan los derechos que venden a Boada en la casa y solar anexo, uno de cuyos lindes es el solar que fue del causante Virgilio Santamaría y hoy es de Agapito Arévalo. Señalan como origen del solar la compra a Mateo Murcia, y de la edificación haberla hecho el adquirente Santamaría.

El Tribunal, al resolver la tercera objeción, con la cual se relaciona el cargo, sí tuvo en cuenta el inventario, la escritura y el acta de inspección ocular. En efecto, dice que basta repasar la primera de tales piezas y el instrumento 273 de 1.957, para concluir que, si bien se fijó un guarismo único al activo, se hizo

la debida discriminación entre las dos partes que lo integran, precisamente por haberse constituido sobre cada una de ellas derechos diversos en favor de personas distintas. Al respecto transcribe el paso de dicha diligencia en que se hace la separación y el avalúo de las dos porciones del inmueble. Concluye también que de la escritura 273 de 1.957 aparece claramente que lo vendido a Juan Rincón Nieto fueron los derechos que a sus cedentes pudieran corresponderles en 'la casa y solar' con su piso y solar anexos. Advierte que esta circunstancia la confirma la diligencia de inspección ocular practicada en el incidente de objeciones.

El fallador no ignoró que el inventario alista un inmueble único pero fraccionado en dos partes avaluadas separadamente en razón de los derechos constituídos en cada una de ellas.

La escritura 273 no se refiere a 'una casa de rafa y teja de barro, con su piso y solares anexos', como pretende transcribirlo el recurrente, pues la copia de este instrumento traída al proceso, al respecto dice: que los tres herederos comparecientes transfieren a Rincón Nieto sus derechos herenciales " vinculados en la siguiente firna (sic): una casa de rafa y teja de barro con su piso y solar anexos..." no habla de solares anexos sino del solar anexo, ya que el plural de este adjetivo se explica por su concordancia con los sustantivos solar y piso.

La división que hace el inventario del inmueble en la casa con su solar y el solar del costado norte, confirmada en la inspeccion ocular que se practicó en el incidente de objeciones; la referencia de la misma diligencia a que parte del bien raíz fue habida por el causante Santamaría por permuta con Juan Parra al tenor de la escritura 905 de 21 de julio de 1.905, y parte por compra a Mateo Murcia, según instrumento número 69 de 19 de enero de 1.905, la alusión que la cónyuge y tres herederos en la venta de los gananciales y derechos sucesorales a Boada ubicados en la casa y solar anexo hacen a que esta porción del inmueble la adquirió el causante en compra a Mateo Murcia de conformidad con el título citado, y la explicación que los cesionarios de Rincón Nieto dejaron de que la casa con su piso y solar anexos fue el comprado por el de cujus a Mateo Murcia en los términos del supradicho instrumento público número 69 de 1.904, permiten inferir que la transferencia a Rincón Nieto sólo se refirió a los derechos de sus tradentes en la casa con su solar anexo, no en toda la finca.

Es verdad que el acta de inspección ocular reza que los linderos de la escritura 273 "corresponden a los de todo el inmueble primeramente identificado, o sea a los de la casa y los dos solares". Ha de advertirse, empero, que el mismo documento cita como título precedente la venta de Mateo Murcia al causante; que los límites señalados en el instrumento 273 a los costados oriente, occidente y sur son los mismos que expone la escritura 668 de 1.934, mediante la cual la cónyuge supérstite transfirió sus gananciales a José del Carmen Santamaría en la casa y solar contiguo, y la número 178 de 1.957 que recoge el traspaso de estos mismos derechos a Boada, y tambièn los hereditarios del mismo asignatario y los de sus hermanos Luis Francisco y Elisa Santamaria en la misma parte del bien raíz. El primero de estos documentos determina como límite norte "solar que fue de la vendedora, hoy de Agapito Arèvalo", y el segundo, solar que fue de la misma sucesión de Virgilio Santamaría, hoy de Agapito Arévalo". El instrumento 273 reza: "por el norte con propiedad que fue de Juan Parra hoy de Agapito Arévalo". Esta aparente diferencia se explica, porque, si el solar del costado norte fue, como parece, la parte que el causante hubo por per-

muta con Juan Parra, y siendo, como es, el que Agapito Arèvalo compró como cuerpo cierto a Juan de Jesús Espinel hay razón para que en la cesión a Rincón Nieto se especificara con la propiedad de Agapito Arévalo y antes de Juan Parra. Pero en el supuesto de que el lindero norte que expresa el título en que funda su derecho Rincón Nieto, fuere el que divide el solar del costado norte del inmueble inventariado y otra propiedad de Agapito Arévalo, tal circunstancia, ante la limitación que la escritura 273 contiene de que la cesión se contrae a los derechos radicados en la finca comprada por el causante Santamaría a Mateo Murcia, no al permutado con Juan Parra, queda una duda de si el solar del costado norte quedó o no comprendido en la venta a Rincón Nieto, la cual excluye el error de hecho, que para la prosperidad del cargo debe ser evidente modalidad, que no resulta ni de la nombrada escritura, ni de la diligencia de inspección ocular, ni del dictamen pericial.

No existiendo el error evidente de hecho, son inoperantes las censuras tercera y cuarta, mediante las cuales el recurrente pretende que los herederos Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaría le cedieron a Juan Rincón sus derechos en las dos partes del inmueble.

- V -

Explica el impugnante que la censura quinta toca con la objeción atinente a la cuota asignada a Agapito Arèvalo y Faustina Marcelo de Arévalo, cesionarios de la cónyuge en una parte de los gananciales.

Observa que el fallador, basado en que el perito avaluò en el inventario separadamente las dos partes del único bien alistado, consideró que "se trata de dos bienes distintos que deben liquidarse y adjudicarse separadamente". Pero, como la liquidación debe hacerse de acuerdo con la ley sobre la totalidad del acervo inventariado, que, en el caso presente, está constituido por el único bien alistado, la porciòn que tienen los cesionarios Arévalo y Marcelo de Arévalo, "sí cabe en su totalidad en la parte del único inmueble a que la cesión se refiere, entonces como lo prescribe el artículo 1401 del C. C. tales cesionarios son y deben ser los sucesores inmediatos y exclusivos del causante, como causahabientes de la cónyuge supérsiste, por caberle a èsta la totalidad de su cuota en ese único bien que forma el acervo inventariado como social".

"Y como el Tribunal al fallar esta objeción sienta la tesis contraria, haciendo una separación de las partes del único bien inventariado, viola por infracción directa, el citado artículo 1401 del C. C. y por ello este cargo consiste en violación de la ley sustantiva por infracción directa".

SE CONSIDERA:

Habiendo encontrado el fallador que las escrituras 116 de 1.946 y 665 de 1.948 contienen la venta separada a Espinel y a Boada de los gananciales que pudieran corresponderle en "el solar del costado norte", al primero, y en la casa y solar anexo, al segundo; que en el inventario del inmueble aparece denunciado como compuesto de estas dos partes, y que pòr esta circunstancia el perito las avaluó separadamente, no cabe la violación directa del artículo 1401 del C. C. En efecto, no habiendo vendido la cónyuge a cada cesionario sino los gananciales que tuviera o pudiera corresponderle en la porción, objeto del contrato, la equidad y el respeto a estas trans-

terencias llevaron al partidor a liquidar la sucesión y la sociedad conyugal en forma que la mitad del bien total, y, por ende, la de cada una de las dos partes que lo componen, correspondiera a los herederos, y la otra mitad a la cónyuge, y, por tanto, a sus respectivos cesionarios. De ahí por què el Tribunal encontró infundada la objeción de que no se había hecho liquidación y declaró correcta la efectuada por el partidor.

De larga data la Corte tiene aceptado que la venta que los herederos hacen de sus derechos en la sucesión, o la cónyuge de sus gananciales, puede revestir tres formas: a) en abstracto, en su totalidad o en cuota sin vinculación a ninguna especie; b) radicados en determinado bien de la comunidad herencial o social; y c) de un cuerpo cierto de tales comunidades.

La venta de la totalidad de los gananciales o de una cuota de ellos confiere al cesionario la personería para intervenir en la liquidación de la sociedad, a fin de que se le adjudiquen los bienes que corresponden al derecho transferido.

La venta de los gananciales vinculados en un bien también confiere personería al cesionario para hacerse parte en la liquidación de la sociedad cònyugal, y para pedir que se le reconozca su derecho en los términos del contrato, sin que este sea oponible a los demás interesados en el juicio en que se adelanta la liquidaciòn, ni obligatorio para el partidor, pero si el patrimonio se lo permite, puede acogerlo y reconocer el derecho en él estipulado.

A la venta de un cuerpo cierto la ley (Art. 1401 del C. C.) le reconoce validez, pero en forma condicional, es decir, que si en la partición se adjudica al cónyuge que lo transfirió, se confirma la venta y con efecto retroactivo, pero si se adjudica a otro interesado, la venta se mira como de cosa ajena. (G. J. XLIX- 230-231-LXXVIII-898-899. LXXXVIII -578-579).

La viuda de Santamaría en la escritura número 117 de 1.946 vendió a Juan de Jesús Espinel, quien a su turno lo transfirió a Agapito Arèvalo y Faustina Marcelo, los gananciales que le correspondieran o pudieran corresponderle en el solar del costado norte del inmueble que el inventario para los efectos de esta cesión determinò y avaluó separadamente.

Tràtase de la venta de gananciales contemplada en el segundo caso, que el partidor de acuerdo con las facultades de su cargo y con alto espíritu de equidad acogió, y por eso a Arévalo y Marcelo adjudicó proindiviso la mitad del solar del costado norte, y la otra mitad a los tres herederos que no enajenaron sus derechos en dicha parte, descontando la cuota proporcional de gastos. No podía adjudicarles a Arèvalo y Marcelo la totalidad del solar, porque su título estaba limitado a lo que en èl tuviera la cónyuge sobreviviente. En esta adjudicación no se da ninguna violación del artículo 1401 del C. C. sino su debida aplicación.

- VI -

El sexto cargo es del siguiente tenor: "La sentencia a que esta demanda se refiere viola directamente la regla 3a. del artículo 1394 del C. Civil por cuanto aprueba una partición que adjudica a los diferentes asignatarios partes separadas del mismo y único bien, cuando lo legal, justo y conveniente, para todos ellos, es que a cada uno se le adjudique la totalidad de su cuota, sea por concepto de gananciales o de herencia, en forma contínua, y sin que se atomice innecesariamente el único bien inventariado".

SE CONSIDERA:

Habiendo acatado el partidor la cesión que la cónyuge hizo de sus gananciales a Espinel en el solar norte y a Boada en la casa y solar anexo; la que tres de los herederos hicieron de su derecho en este mismo bien a Rincón Nieto, la que los otros tres acordaron con el mismo Boada sobre las dos partes del bien partible, y la cuota herencial que les quedó a Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaría en el solar del lado norte, no podía efectuar las adjudicaciones en forma distinta de la que trae el trabajo, porque a estos asignatarios no les cabía derecho en otra parte. El único que podría reclamar continuidad sería Boada, por cuanto tiene derechos en ambas porciones de la finca, pero como no le hizo reparo alguno a la partición, la consintió. Esto en lo que mira a las adjudicaciones en sí mismas, ya que en lo atinente a la regla 3a. del artículo 1394 del C. Civil, la Corte ha sostenido que ella apenas constituye una norma aplicable "si fuere posible", según los términos de la misma, condición que le quita el carácter de precepto propiamente sustantivo, y excluye en consecuencia, la causal de violación directa.

- VII -

Acusa también la sentencia de haber infringido directamente el artículo 1394, regla 1a. del C. C. en cuanto sostiene que la partición material es una excepción, dado que dicho precepto prescribe todo lo contrario; "que la partición debe ser numérica, cuando no sea posible la material, por ocasionar demérito o perjuicio en los lotes a adjudicar". Agrega que el Tribunal violó también el artículo 1134, aplicable por analogía, porque "el Tribunal exige para la procedencia de la partición material, acuerdo de las partes, cuando la ley en parte alguna exige tal cosa".

SE CONSIDERA:

La causal de violación directa exige que se citen las normas sustantivas conducentes y de trascendencia en el fallo acusado. La regla 1a. del artículo 1394 del C. Civil no prescribe, que el partidor deba realizar su trabajo dividiendo los bienes numéricamente, cuando no es posible hacerlo materialmente. Tal regla contempla el caso de la licitación de una especie que corresponda a varios asignatarios y no admita división, o esta la haga desmerecer; la reglamentan expresamente los artículos 961 y 962 del C. Judicial, y no ha sido materia de la litis.

El artículo 1134, ibídem, es norma procedimental que en desarrollo de los preceptos sustantivos atinentes del C. Civil, especialmente del artículo 145 de la ley 40 de 1.907, autoriza la presentación de la demanda de la cosa singular común para que se divida materialmente, si fuere posible, o se venda si no lo fuere. Como precepto procedimental o adjetivo no es materia de violación directa propia del recurso de casación. De otra parte, la oportunidad de solicitar la partición de los bienes de una sucesión la consagra el artículo 953 del C. Judicial, dentro del juicio de sucesión.

- VIII -

Tacha la sentencia de error de hecho, consistente en no haber apreciado el dictamen pericial, de conformidad con el cual "el inmueble a que este juicio se refiere admite cómoda partición material, no solamente sin que sus partes desmerezcan en su valor y utilidad, sino que mejoran en precio". Este dic-

tamen por referirse a hechos perceptibles por los sentidos constituye plena prueba, y por no haberlo tenido en cuenta el fallador violó el artículo 722 del C. Judicial y, por consecuencia, los artículos 1134 ibídem y 1394 del C. Civil "que para estos casos prescriben la partición material".

SE CONSIDERA:

La pericia rendida en el incidente de objeciones, se sitúa en los supuestos en que el recurrente planteó las objeciones relacionadas con los alegados derechos de sus representados Juan Rincón Nieto, Agapito Arévalo y Faustina Marcelo de Arévalo, y sobre los cuales no han prosperado los cargos respectivos.

Asi a Agustin Arévalo (sic) debe adjudicársele todo el lote del costado norte por su avalúo de $8.000.oo. En la partición, descontada la cuota de deudas correspondiente a gastos, solamente se le asigna un derecho por $3.600.oo correspondiente a los gananciales que la viuda de Santamaría le vendió en dicho solar.

A Luis Boada no le adjudica nada en el mismo solar, al paso que en la partición objetada se le destina una cuota de $1.800.oo por la cesión de los derechos de tres herederos en este bien.

Tampoco tiene en cuenta la adjudicación de una cuota de $600.oo en el mismo lote a cada uno de los herederos Ana Francisca, María Angelina y Antonio Santamaría.

En la casa y solar anexo, señala a Juan Rincón una asignación por un valor de $8.500.oo que en el trabajo de partición se fija en $4.950.oo.

A Luis Boada se le liquida una cuota de $14.500.oo al paso que la partición lo hace por $14.850.oo.

Los peritos prescinden de la hijuela de deudas correspondiente a gastos. En síntesis la pericia acepta todos los puntos de vista de las objeciones que no han prosperado, y, por lo mismo, no puede tenerse como prueba de que el inmueble sí admite cómoda división material, ya que no contempla el caso de la partición como corresponde en derecho.

El cargo, por lo mismo, debe rechazarse.

- I X - (Octavo de la demanda)

Finalmente dice el acusador que también formuló como objeción la de que no se aprobara la partición por haber sido presentada después de haber vencido el término señalado por el Juzgado.

Como el Tribunal nada resolvió en la sentencia, violó directamente los artículos 1385 del C. C. 959 y 717 del C. J. "pues si el Tribunal hubiera aplicado estas disposiciones, hubiera reemplazado al partidor, como así lo pido lo resuelva la Corte al casar la sentencia".

SE CONSIDERA:

El memorial de objeciones no formula ninguna relacionada con la presentación del trabajo de partición después de vencido el término señalado por el Juzgado para ello. Por eso ni el Juzgado, ni el Tribunal se ocuparon de tal punto,

Al final pide el objetante al Juez que debe reemplazar al partidor por haber presentado su trabajo fuera de término, y por ser apoderado del cesionario Boada en otro juicio.

Esta solicitud se la resolvió el Juzgado por autos de nueve y veintiocho de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve. Subido el primero en apelación, se declarò ejecutoriado por el Tribunal. De suerte que pretender revivir una cuestiòn ya precluída es tanto como presentar nuevas objeciones en el recurso extraordinario de casación, que está limitado exclusivamente a las que fueron objeto de debate en las dos instancias.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en razòn de lo expuesto y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de dos de diciembre de mil novecientos sesenta, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el incidente de objeciones a la particiòn adelantada dentro del juicio de sucesiòn intestada de Virgilio Santamaría.

Las costas en casación a cargo de los recurrentes en ella.

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

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



LA PRUEBA DEL DOMINIO EN LA ACCION REIVINDICATORIA.

1. Necesidad de acreditar plenamente el derecho de dominio o el de condominio, según el caso, como fundamento de la acción reivindicatoria. 2. Cómo ha de demostrarse en juicio reivindicatorio que se ha adquirido por cuotas indivisas la totalidad de un inmueble. 3. La simple certificación del Registrador no es prueba, en juicio, de los títulos traslaticios o declarativos del dominio sobre inmuebles.

1. Bien sabido es que en la acción reivindicatoria de una cosa singular se contraponen dos posiciones: la del actor, dueño de la cosa de cuya posesión está desprovisto y pretende recuperar, y la del demandado que la tiene en su poder con ánimo de dueño. Toca al primero acreditar el título de su dominio, de manera cabal, en tanto que el segundo puede defenderse al amparo de la presunción de propiedad con que lo cubre el artículo 762 del Código Civil, cuando dice: "El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo". Quiere decir que quien ejercita esta acción real debe acreditar plenamente la titularidad del derecho de dominio que invoca, pues de lo contrario cumple mantener en su posesión al demandado.

Si, además, la ley consagra, como no podía ser de otra manera, la acción reivindicatoria de *cuota pro indiviso* en una cosa singular, -acción cuyo éxito se traduce en la entrega de la coposesión al comunero hasta concurrencia de su cuota para que pueda ejercer sus derechos de coposeedor en la cosa común usurpados por otro-, ello requiere, como lo preceptúa el artículo 949 del C. Civil, que se trate de una cuota determidada de un bien singularizado, cuota cuya propiedad debe acreditar el reivindicador.

Cualquiera, pues, que sea la especie de acción reivindicatoria que se contemple, se impone como factor ineludible el de la determinación del derecho de dominio o de condominio con fundamento en el cual se ejercita la respectiva acción: si lo primero, esto es, si se tratare de cosa singular, el actor ha de demostrar su dominio sobre la totalidad de ella; y si se tratare de la reivindicación de cuota, ha de demostrar la titularidad del derecho sobre la precisa cuota cuya posesión persigue.

2. En el caso del pleito, las varias escrituras que fueron traídas a los autos, apenas acreditan que el actor compró a distintas personas unos derechos proindiviso en el inmueble que en parte es materia de la reivindicación, pero no determinan las cuotas en que tales derechos consisten y, por lo mismo, no establecen que el reivindicador hubiera adquirido la totalidad de ese fundo. Entonces, la demostración de que por las susodichas ventas se fijó en cabeza del demandante el dominio del bien en su integridad, ha debido hacerse acreditando las adquisiciones que los vendedores del actor hubieran hecho de cuotas arit-

mèticamente especificadas y que la suma de las mismas montó el entero del inmueble. Y es claro que la prueba de esas adquisiciones anteriores, por versar sobre derechos inmuebles, tenía que hacerse con la aducción, en copia formal, de los respectivos títulos en que ellas se hubieran hecho constar (arts. 2577 y 2652 del C. Civil y 630, 636, 1052 y 967 del Código Judicial, entre otros).

3. Es equivocada la tesis del recurrente de que la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos relativa a las adjudicaciones que de cuotas en el inmueble en litigio, aritméticamente determinadas, se hicieran a los vendedores del demandante, en el juicio de sucesión del causante, constituye prueba de tales adjudicaciones con apoyo en el ordinal 4°. del artículo 2640 del Código Civil. Porque cuando este precepto confiere a los Registradores la atribución de "certifcar, con vista en los respectivos libros, acerca del estado o situación en que se encuentren los inmuebles existentes en el lugar", esa función está circunscrita en el texto a la concreta finalidad de informar sobre esa situación a quienes, interesados en conocerla, soliciten las certificaciones pertinentes; pero el precepto no le atribuye a estas certificaciones la virtud de servir, en juicio, de prueba de los títulos translaticios o declarativos del dominio sobre inmuebles. Quiere decir que las certificaciones del Registrador en estos casos, son prueba de haberse hecho la inscripción del título, pero no demuestran el título mismo, cuando éste ha de acreditarse, lo cual sólo puede hacerse mediante la aducción del propio título, esto es, de su copia formalmente expedida.

Confirma esta conclusión el precepto del artículo 2675 que sólo y excepcionalmente admite que un título sujeto a registro pueda suplirse con el certificado del Registrador acerca del punto o de los puntos de que haya constancia en el Registro, relativa a los contenidos en aquél, "cuando se compruebe la pérdida del protocolo o del expediente en que estaba consignado el título original registrado" y concurran las demás circunstancias señaladas en el mismo artículo.

No es esta una novedad doctrinal, sino conclusión consignada por una jurisprudencia constante, de que podrían citarse numerosos fallos, uno de ellos el de casación civil de fecha 20 de marzo de 1.952 (LXXI, 2112, páginas 442 a 446), en donde la Corte, reafirmando que la prueba del dominio de inmuebles dimanante de actos sujetos al registro es de solemnidad irreemplazable y "consiste en la copia auténtica de los títulos con su nota de haberse inscrito adecuadamente en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados", dijo:

"De manera que no es solamente cuando se trata de escrituras de compraventa, servidumbres, testamentos, donaciones, capitulaciones matrimoniales, que el rigor legal exige la presentación del título mismo, sino que en forma clara y terminante se exige siempre que se trate de *títulos registrados*. ...."

No es atendible la referencia que el recurrente hace al extracto de Relatoría, de una antigua sentencia de la Corte, de 30 de junio de 1893, extracto según el cual las certificaciones del Registrador "son documentos auténticos que hacen plena prueba acerca del hecho certificado, aunque no se den en forma de copia de las respectivas inscripciones", tanto porque el punto de tal fallo, a que este extracto se refirió, fue el de saber si un certificado de tal funcionario era documento apto para probar el embargo que pesaba sobre el inmueble, -que sí es materia demostrable por este medio-, como porque la doctrina cierta de la Corte y de que se

ha hecho mérito, ajustada a la ley, es clara y terminante en cuanto a que la prueba de un título sobre inmuebles, sometido a la solemnidad del registro, no puede hacerse por medio de simple certificación del Registrador.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogóta, D. E., doce de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 5 de abril de 1.960, en el juicio ordinario seguido por Justo Céspedes N. frente a Dámaso Almanza.

- I -

EL LITIGIO

Justo Cèspedes N. trajo a juicio ordinario a Dámaso Almanza, para que contra éste se decidiera que el demandante es dueño de un lote de terreno que hace parte de la finca "El Porvenir", antes "El Paradero", situado en el Municipio de Villavicencio y alindado así: "Por un costado con la cerca de alambre que construyó recientemente Carolina Carranza de Sánchez; por otro costado, con lote ocupado por Heraclio López; por otro costado con sabanas de la finca 'El Porvenir' antes 'El Paradero'; y por otro costado, con la confluencia de los caños de Pachiaquiaro y El Zorro, lindando con todos sus costados con la misma finca de 'El Porvenir, antes 'El Paradero"; y, en consecuencia, la condenación del demandado a lo siguiente: a restituir al actor, dentro del término que al efecto se le señale, el lote de terreno que se acaba de terminar; a pagar al mismo demandante los frutos civiles y naturales que el terreno mencionado haya producido o podido producir con mediana inteligencia y cuidado, considerando al reo como poseedor de mala fe; y a las costas correspondientes.

Los HECHOS fundamentales del pedimiento se resumen así:

Que por escritura número 150 de 26 de noviembre de 1.917, Pablo Emilio Rubio compró a Rosa Ortega de Rojas la finca llamada "El Paradero", en jurisdicción de Villavicencio;

que, fallecido el comprador Rubio, en el juicio de sucesión del mismo se adjudicó tal finca en común y pro indiviso a Cecilia Rubio, Pablo Enrique Rubio Barbosa y Guillermo Rubio, en las proporciones de un derecho de siete pesos y noventa y siete centavos ($7.97) a la primera, un derecho de seiscientos trece pesos y diez y seis centavos ($613.16) al segundo y un derecho de trescientos setenta y ocho pesos y ochenta y siete centavos ($378.87) al último, computados con relación a un avalùo de mil pesos ($1.000. oo) dado a todo el fundo;

que luego los mencionados Pablo Enrique, Cecilia y Guillermo Rubio, por actos separados, transfirieron a título de venta al actor justo Céspedes N. las cuotas o derechos que en la sucesión de Pablo Emilio Rubio se les habían adjudicado sobre el referido inmueble de "El Paradero", ventas que respectivamente hicieron mediante las escrituras números 562 de 2 de octubre de 1.942 (sic), 502 de 13 de septiembre de 1.943 y 194 de 10 de marzo de 1.944, otorgadas en la Notoria de Villavicencio;

que, por razón de estas ventas, se extinguió la comunidad que se había formado sobre tal finca, la que así quedó de propiedad exclusiva del demandante Céspedes N., quien en esta virtud la ha venido usando y poseyendo, como sus antecesores, y haciendo en ella actos a que sólo da derecho el dominio;

que el demandado, "por su cuenta y con el ánimo de apropiárselo", ocupó dentro de la misma finca, el lote de terreno atrás descrito, en el cual el dicho Almanza "tiene un rancho o casa de zinc, plátano y yuca y tiene una extensión superficiaria de unas quince (15) hectáreas aproximadamente"; y

que el mismo Almanza "viene usufructuando y aprovechándose de este lote de terreno" y "lo explota económicamente", sin título que lo acredite como dueño, puesto que pertenece al demandante, cuya posesión le fuè arrebatada por el demandado, con ánimo de apropiárselo, siendo el reo "poseedor de mala fe, pues tenía conocimiento desde antes de ocupar el lote de terreno referido, que era y es de propiedad del señor Céspedes N.".

En DERECHO, el libelo invoca concretamente los artículos 946, 947, 950, 952, 954, 955, 957, 961, 962, 963, 964, 967, 969 y 971 del Código Civil.

En su contestaciòn, el demandado aceptó como ciertos los hechos consistentes en las compras que el actor hizo de cuotas en el predio de "El Paradero" a Pablo E., Cecilia y Guillermo Rubio (hechos 4o., 5o. y 6o.) y los de la ocupación por el demandado, con ánimo de apropiárselo, y aprovechamiento y explotación por èste, del lote de terreno a que se contrae la acción (hechos 8o. y 9o.); negó los demás y, entre otras alegaciones, hizo la de que el demandado Almanza "ocupó sabanas de pastos naturales en terreno baldío. Por lo tanto y como eso ocurrió antes de 1.943, sumando su posesión a la de sus antecesores, no puede ser condenado a restituir el inmueble. Contrariamente tiene mejor derecho que Cèspedes a la adjudicación por el Estado de ese lote.....".

En consecuecià, concluye oponièndose a las peticiones de la demanda y proponiendo, además, las excepciones de prescripción especial adquisitiva a que se refieren las leyes 200 de 1.936 y 100 de 1.944, la de ilegitimidad de la personería del actor, por cuanto éste pide para sí sobre la afirmación de haber comprado unos derechos de una comunidad, cuya extinción no está acreditada por los medios legales, y la de carencia de causa o razón, por no haber poseído Justo Céspedes materialmente el inmueble que reclama en los términos de las leyes 200 y 100 últimamente citadas; y finalmente, para la hipótesis de ser el reo condenado a restituir, invoca el derecho de retención mientras no se le paguen las mejoras que posee en el inmueble, segùn afirmaciòn del propio demandante.

La primera instancia terminó con fallo por el cual el Juez del Circuito de Villavicencio acogió las peticiones de la demanda.

Por apelación del litigante vencido, abrióse el segundo grado del juicio, que culminó con sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual se REVOCA la del inferior y en su lugar se niegan las peticiones impetradas.

Interpuesto por el actor el recurso de casación contra esta última providencia, procede la Corte a su despacho.

-II-

LA SENTENCIA RECURRIDA

Los fundamentos de la decisión del Tribunal están contenidos en los siguientes pasajes, que informan lo considerativo de la misma:

"Conforme al Art. 946 del C. C., la reivindicación o acción de dominio, es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla. Y según el texto 949 de la misma obra, se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular.

"De suerte que la ley otorga acción para demandar la reivindicación: o de una cosa singular, o de una cuota determinada pro indiviso de una cosa singular. En ambos casos el demandante debe probar el derecho que invoca.

"En el caso sub-judice, Cèspedes no impetra la reivindicación de cuotas en cosa singular, sino que pretende el derecho de dominio sobre un globo de terreno singularizado por las lindes expresadas en el libelo.

"Debe, pues, demostrar el dominio sobre el mismo.

"Afirma que adquiriò todas las cuotas que integran la totalidad del predio denominado 'El Porvenir'. Pero las escrituras 502, 562 y 194 no expresan esas cuotas. Se ignora, en consecuencia, si compró todos los derechos pro indiviso y si en consecuencia la comunidad se extinguió. Se anunció el acto de partición origen de la comunidad; mas, no se trajo al proceso. Esa omisiòn dejó sin prueba tanto el origen como la extinción de la comunidad.

"Por consiguiente, el actor no acreditò su dominio pleno y completo sobre la cosa singular cuya reivindicación pretende. No desvirtuó la presunción de dueño que ampara al demandado, constituída por el Art. 762 del C. C. y la acción debe fracasar, reconociéndose la ilegitimidad sustantiva o carencia de derecho del reivindicante, propuesta como excepción por el demandado, al contestar la demanda".

- III -

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

En dos capitulos se contienen los cargos formulados por el recurrente en relación con la 1a. de las causales establecidas por el artículo 520 del C. J.

Primer cargo.

Propuesto por violación de los artículos 632 y 597 del C. J., 2640 ord. 4o., 2637 ord. 2o., 2340, 946 y 950 del C. civ., su planteamiento queda todo recogido en la siguiente síntesis:

Que con la demanda inicial del juicio se produjeron sendas copias registradas de las escrituras números 502 de 13 de septiembre de 1.943, 562 de 2 de octubre del mismo año y 194 de 10 de marzo de 1.944, otorgados en la Notaría de Villavicencio, por medio de las cuales Cecilia Rubio de Moran, Pablo Enrique Rubio y Guillermo Rubio A., respectivamente, vendieron a Justo Céspedes N. los derechos de dominio y posesión que en común y pro indiviso tenían los enajenantes en la finca llamada "El Paradero", de que hace parte el lote de terreno objeto del litigio;

que "ciertamente estos instrumentos no expresan las cuotas de los derechos indivisos objeto de las compraventas de que dan cuenta"; pero que se trajo como prueba la certificación expedida el 5 de abril de 1.956 por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Villavicencio (fs. 4, 5 y 6, cd. 3o.), en que aparece que Cecilia, Pablo Enrique y Guillermo Rubio habían adquirido, en el juicio mortuorio de Pablo Emilio Rubio, registrado el 4 de marzo de 1.940, la primera una cuota de siete pesos y noventa y siete centavos ($7,97), el segundo una cuota de seiscientos trece pesos y diez y seis centavos ($613.16) y el tercero una cuota de trescientos setenta y ocho pesos y ochenta y siete centavos ($378.87) en el referido predio de "El Paradero", allí avaluado en mil pesos ($1.000.oo); o sea que "esa certificación no sólo establece la cuantía de cada derecho, esto es, la cuota de cada comunero, sino que acredita también que, sumadas, todas tres completan o hacen cabal la unidad";

que, según el Art. 632 del C. J., "esta certificación del Registrador tiene mérito de plena prueba acerca de su contenido", porque los registradores tienen, a virtud del art. 2640 ord. 4o. del C. civ., la atribución de "certificar, con vista de los respectivos libros, acerca del estado o situación en que se encuentren los inmuebles existentes en el lugar", atribución que corresponde a uno de los objetos del registro, cual es, conforme al ord. 2o. del art. 2637 ibídem, el de dar publicidad a los actos de enajenación y mutación del dominio de bienes raíces o de imposición de gravámenes y limitaciones a su dominio; y

que el sentenciador, por no haber apreciado la certificación dicha, dejó de tener como hechos demostrados las cuantías de los derechos de los comuneros vendedores de Céspedes, que tales derechos integraban el entero del dominio y que, en razón de las referidas ventas que aquellos hicieron de sus cuotas en la finca al último, éste adquirió la totalidad del bien, extinguiéndose la comunidad por el modo contemplado en el ord. 1o. del artículo 2340 ibídem.

De todo lo cual -según el recurrente- "resulta claro que al obrar así (el sentenciador), dejando de apreciarlo (el certificado), incurrió en evidente error de hecho y también en error de derecho por cuanto se abstuvo, como es obvio, de reconocerle el mérito probatorio que las leyes le asignan. Y como consecuencia de estos errores, quebrantó las disposiciones legales que he citado -arts. 632 y 597 del C. J. y 2640, inciso 4o., 2637, ord. 2o. y 2340 del C. C., de un lado y, de otro, los arts. 946 y 950 del C. C., que consagran la acción de dominio que denegó".

LA CORTE CONSIDERA:

Bien sabido es que en la acción reivindicatoria de una cosa singular se contraponen dos posiciones: la del actor, dueño de la cosa de cuya posesión está desprovisto y pretende recuperar, y la del demandado que la tiene en su poder con ánimo de dueño. Toca al primero acreditar el título de su dominio, de manera cabal, en tanto que el segundo puede defenderse al amparo de la presunción de propiedad con que lo cubre el artículo 762 del Código Civil, cuando dice: "El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo". Quiere decir que quien ejercita esta acción real debe acreditar plenamente la titularidad del derecho de dominio que invoca, pues de lo contrario cumple mantener en su posesión al demandado.

Si, además, la ley consagra, como no podría ser de otra manera, la acción reivindicatoria de **cuota pro indiviso** en una cosa singular, -acción cuyo éxito se traduce en la entrega de la coposesión al comunero hasta concurrencia de su cuota para que pueda ejercer sus derechos de coposeedor en la cosa común usurpados por otro-, ello requiere, como lo preceptúa el artículo 949 del C. civ., que se trate de una cuota determinada de un bien singularizado, cuota cuya propiedad debe acreditar el reivindicador.

Cualquiera, pues, que sea la especie de acción reivindicatoria que se contemple, se impone como factor ineludible el de la determinación del derecho de dominio o de condominio con fundamento en el cual se ejercita la respectiva acción: si lo primero, esto es si se tratare de cosa singular, el actor ha de demostrar su dominio sobre la totalidad de ella; y si se tratare de la reivindicación de cuota, ha de demostrar la titularidad del derecho sobre la precisa cuota cuya posesión persigue.

En el caso del pleito, las referidas escrituras números 502 de 13 de septiembre de 1.943, 562 de 2 de octubre de 1.943 y 194 de 10 de marzo de 1.944, de la Notaría de Villavicencio, apenas acreditan que Justo Cèspedes N. compró a Cecilia, Pablo Enrique y Guillermo Rubio unos derechos de dominio pro indiviso en el inmueble de "El Paradero", pero no determinan las cuotas en que tales derechos consisten y, por lo mismo, no establecen que Justo Cèspedes N. hubiera adquirido la totalidad de ese fundo.

Entonces, la demostraciòn de que por las susodichas ventas se fijó en cabeza de Céspedes el dominio del bien en su integridad, ha debido hacerse acreditando las adquisiciones que los vendedores de Céspedes hubieran hecho de cuotas aritméticamente especificadas y que la suma de las mismas montó el entero del inmueble. Y es claro que la prueba de esas adquisiciones anteriores, por versar sobre derechos inmuebles, tenía que hacerse con la aducción, en copia formal, de los respectivos títulos en que ellas se hubieran hecho constar (arts. 2577 y 2652 del C. civ. y 630, 636, 1052 y 967 del C. J., entre otros).

Es equivocada la tesis del recurente de que la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos relativa a las adjudicaciones que de cuotas en el inmueble de "El Paradero", aritméticamente determinadas, se hicieran a los vendedores del demandante, en el juicio de sucesión de Pablo Emilio Rubio, constituye prueba de tales adjudicaciones con apoyo en el ordinal 4o. del artículo 2640 del C. civ., porque cuando este precepto confiere a los registradores la atribución de "certificar, con vista en los respectivos libros, acerca del estado o situación en que se encuentren los inmuebles existentes en el lugar", esa función está circunscrita en el texto a la concreta finalidad de informar sobre esa situación a quienes, interesados en conocerla, soliciten las certificaciones pertinentes; pero, el precepto no le atribuye a estas certificaciones la virtud de servir, en juicio, de prueba de los títulos traslaticios o declarativos del dominio sobre inmuebles. Quiere decir que las certificaciones del Registrador, en estos casos, son prueba de haberse hecho la inscripción del título, pero no demuestran el título mismo, cuando éste ha de acreditarse, lo cual sólo puede hacerse mediante la aducción del propio título, esto es, de su copia formalmente expedida.

Confirma esta conclusión el precepto del artículo 2675 que sólo y excepcionalmente admite que un título sujeto a registro pueda suplirse con el certificado del Registrador acerca del punto o de los puntos de que haya constancia

en el Registro, relativa a los contenidos en aquel, "cuando se compruebe la pérdida del protocolo o del expediente en que estaba consignado el título original registrado" y concurran las demás circunstancias señaladas en el mismo artículo.

No es ésta una novedad doctrinal, sino conclusión consagrada por una jurisprudencia constante, de que podrían citarse numerosos fallos, uno de ellos el de casación civil de fecha 20 de marzo de 1.952 (LXXI, 2112, págs. 442 a 446), en donde la Corte, reafirmando que la prueba del dominio de inmuebles dimanante de actos sujetos al registro es de solemnidad irreemplazable y "consiste en la copia auténtica de los títulos con su nota de haberse inscrito adecuadamente en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados", dijo:

"De manera que no es solamente cuando se trata de escrituras de compraventa, servidumbres, testamentos, donaciones, capitulaciones matrimoniales, que el rigor legal exige la presentación del título mismo, sino que, en forma clara y terminante se exige siempre que se trate de títulos registrados.

"La partición y sentencia aprobatoria en juicio de sucesión, constituye un título sujeto al registro, pues sin esta formalidad no se operaría la tradición (sic) del dominio o usufructo o servidumbre etc., sobre inmuebles que se hayan adjudicado a un heredero o legatario. Por consiguiente, para demostrar que el dominio de un inmueble pasó del causante al heredero o al legatario, o al cónyuge supérstite por razón de gananciales, etc., es indispensable llevar al juicio el título registrado, al tenor del citado artículo 2652 del Código Civil. Y esa prueba solemne no puede sustituírse con otra alguna, a no ser que se esté en el caso contemplado por el artículo 2675 del Código Civil... . .

"Este artículo 2675 del Código Civil viene también a dilucidar claramente el punto, porque se refiere expresamente a la pérdida no sólo del protocolo sino también del expediente que contenga el título, con lo cual le da completa cabida a las hijuelas formadas en los trabajos de partición que sean parte de expedientes relativos a juicios sucesorios. De esta manera se ve una completa armonía entre los artículos 2652 y 2675 del Código Civil: uno y otro comprenden todo título sujeto a registro.

"La regla general es que la prueba del título es distinta de la certificación de la Oficina de Registro sobre su inscripción en los libros pertinentes. Y de la misma manera como no puede suplirse la escritura de compraventa con su nota de registro, tampoco puede admitirse la sustitución de la copia de la hijuela de adjudicación en juicio sucesorio, con el certificado del Registrador sobre su registro y contenido (salvo el caso del artículo 2675 del Código Civil) porque la una y la otra constituyen títulos registrados y son pruebas solemnes".

No es atendible la referencia que el recurrente hace al extracto de Relatoría, de una antigua sentencia de la Corte, de 30 de junio de 1.893, extracto según el cual las certificaciones del Registrador "son documentos auténticos que hacen plena prueba acerca del hecho certificado, aunque no se den en forma de copia de las respectivas inscripciones", tanto porque el punto de tal fallo, a que este extracto se refirió, fué el de saber si un certificado de tal funcionario era documento apto para probar el embargo que pesaba sobre un inmueble, -que sí es materia demostrable por ese medio-, como porque la doctrina cierta de la Corte y de que se ha hecho mérito, ajustada a la ley, es clara y terminante en cuan-

to a que la prueba de un título sobre inmuebles, sometido a la solemnidad del registro, no puede hacerse por medio de simple certificación del Registrador.

Si, pues, en la especie de esta litis, el demandante no produjo como prueba de la adquisición de cuotas determinadas sobre el predio de "El Paradero" por parte de los vendedores de Justo Cèspedes N., las copias notariales de las respectivas hijuelas de adjudicación en el juicio mortuorio de Pablo Emilio Rubio, es claro que, no ocurriendo, como no ocurre aquí, el caso excepcional del artículo 2675 del C. civ., no podía el Tribunal tener como prueba de esas adjudicaciones y de que la suma de las mismas hacía la unidad del dominio, el simple certificado del Registrador de Instrumentos Públicos. Por lo tanto, mal pudo violar las disposiciones de los artículos 2640 ord. 4o., 2637 ord. 2o. del C. civ. y 632 y 597 del C. J.

Conclusión de todo lo cual es la de que las escrituras de compra de cuotas indeterminadas pro indiviso en el fundo de "El Paradero", como únicos títulos del reivindicante Céspedes probados en la litis, no demuestran que èste sea el titular del dominio total de la porción a que, como parte del dicho inmueble, se contrajo la demanda, la que, por este aspecto, no era susceptible del acogimiento del Tribunal.

No fueron, pues, vulnerados los artículos 2340, 946 y 950 del C. Civil.

Segundo cargo.

Trátase de un capítulo en que se suman varios motivos de censura y del cual se hará adelante el conveniente resumen.

Según la formulación con que remata el planteamiento, el sentenciador de segunda instancia, al dejar de apreciar ciertas pruebas "incurrió en manifiesto error de hecho que lo condujo a quebrantar, como infringió, las disposiciones de los arts. 604, 697, 722 y 730 del C. J. y 762 del C. C., de un lado, y de otro nuevamente los arts. 946 y 950 del C. C., todos por falta de aplicación y el 762, además, por errònea interpretación e indebida aplicación".

Como antecedente de esta proposición, el impugnante aduce el siguiente razonamiento:

Que los testigos Raúl Velásquez, Cristóbal Naranjo, Antonio Rojas y Carlos Velásquez, quienes declaran en 1.955, dando la razón de sus dichos, afirman conocer desde hace màs de veinte años el inmueble de "El Porvenir", denominado antes el "El Paradero", por la situación y linderos que se mencionan en el hecho 1o. de la demanda, iguales a los que determinan los títulos exhibidos por el reivindicador; que les consta, por haberlo visto, que esa finca ha sido poseida por los herederos de don Ricardo Rojas, después por Pablo Emilio Rubio, luego por los herederos de éste y últimamente por el demandante Céspedes; y que el lote de tierra objeto del litigio hace parte de aquel inmueble y está ocupado y poseído, sin que a ellos sepan con que derecho, por el demandado Dámaso Almanza desde hace unos cuatro o cinco años;

que esta demostración de la posesión material del actor está respaldada por la inscrita de que da cuenta el referido certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y corroborada, además, por la cláusula 5a. de las citadas escrituras de venta de los Rubios a Céspedes, en donde cada vendedor dijo hacer entrega material del respectivo derecho de dominio a Céspedes, aclarando que éste tiene la posesión del suelo desde hace varios años y que así fuè como

él mismo puso las mejoras que hoy existen, consistentes en la formación de potreros de pastos artificiales y cerramientos de éstos con cercas de alambre de púas, rozas en montañas y construcción de casas de habitación;

que la ocupación del terreno del pleito por el demandado, con pretensiones de dueño, así como su identificación, están demostradas con las respuestas dadas por él a los hechos 4o., 5o., 6o., 8o. y 9o. de la demanda; con la inspección ocular practicada en la primera instancia y con el dictamen de los peritos Rafael Arciniegas y Salvador Triana.

Pero que el Tribunal prescindió de estos factores probatorios, por lo cual no vió que la posesión del terreno litigioso por Justo Céspedes precedió en mucho a la del demandado, ya que data de época anterior a las compras que el actor hizo a los comuneros Rubios o, por lo menos, desde las fechas de tales compras, y la del demandado apenas comenzó cuatro o cinco años antes de 1.955 y que, añadiendo a la posesión de Céspedes la de sus antecesores, resulta que viene de época anterior al año de 1.917, todo lo cual imponía la definición del pleito en pro del demandante, a cuyo favor obra aquí la presunción del art. 762 del C. C., por ser su posesión anterior a la del demandado; y que, en conclusión, el sentenciador al hacer caso omiso de este haz de pruebas, que demuestran los presupuestos de la acción reivindicatoria, quebrantó las disposiciones, así de régimen probatorio como de ley sustancial, ya citadas.

SE CONSIDERA:

La censura contenida en este capítulo se desenvuelve sobre el supuesto de que el dominio del actor en la porción inmueble, objeto de la litis, lo adquirió éste mediante una posesión anterior a la del demandado, que cuando menos colocó al primero bajo el amparo de la presunción de dueño consagrada por el artículo 762 del C. civ.

Aparte de no ser admisible la última afirmación de este planteamiento, pues, en principio, la presunción de dominio de que trata el artículo 762 ampara al actual poseedor, y no, contra éste, al que lo hubiera sido en otro tiempo, es lo cierto que en el caso de este juicio el actor no ha demostrado debidamente ni el hecho de la posesión material por él alegada sobre el terreno reivindicado, ni el lapso de esa posesión, que fuesen suficientes a configurar una prescripción adquisitiva del dominio. Porque, de los testimonios a que el recurrente se acoge con el intento de hacer ver en ellos la demostración de tales requisitos, no resultan estos ciertamente probados.

En efecto: ninguno de los declarantes Raúl Velásquez, Cristóbal Naranjo y Carlos Velàsquez expresa en què hechos consistieron el uso y posesiòn que -dicen- tuvieran el demandante Justo Cèspedes y sus antecesores sobre la finca de "El Paradero" o "El Porvenir", ni concretamente en la porción objeto de este juicio. Limitándose, en el punto, a reproducir más o menos el texto del interrogatorio, esas declaraciones que en manera alguna especifican la materia del testimonio, carecen de la responsividad exigida por el artículo 688 del C. J.; y por lo que hace a la declaraciòn de Antonio Rojas, éste no trata, en parte alguna, de posesión material que en el inmueble hubiera tenido Céspedes y sus inmediatos antecesores, sino que, luego de referir que en otro tiempo la finca de 'El Paradero' "pasò a ser o poseer" el padre del deponente, se reduce a hablar de las transferencias de su dominio a partir de la sucesión de Ricardo Rojas en adelante.

A lo cual se agrega que, en cuanto al tiempo de la posesión que tuviera la parte actora, aunque los referidos testigos -quienes declaran en octubre de 1.955- dicen haber conocido la finca así: Raúl Velásquez, desde hace más o menos veinticinco años; Cristóbal Naranjo, desde hace veinte años también más o menos; Antonio Rojas, de 55 años de edad, desde hace muchos por haber sido criado allí; y Carlos Velásquez desde 1.936 o 1.937, es lo cierto que esas declaraciones no suministran datos suficientes para concretar el número de años que hubiera durado la pretendida posesión del demandante sobre el terreno reivindicado, antes de que Dàmaso Almanza hubiera entrado a poseerlo. Ni está acreditado con fijeza cuándo se aposentó èste en él, pues al paso que los testigos Naranjo, Rojas y Velásquez (Carlos) hablan de unos cuatro o cinco años, otros testigos oídos a petición de la parte demandada dentro de la diligencia de inspección ocular en primera instancia, o sea Tomás Torres y Telmo Garcés, declaran, refiriéndose al terreno poseído por el demandado, donde "nos encontramos actualmente", el primero o sea Torres constarle que Almanza "ocupa este terreno hace por ahí más de doce años" y el segundo o sea Garcés constarle que "hace siete años el señor Dàmaso Almanza ocupa el terreno ..... haciéndose pasar por dueño y explotàndolo con agricultura".

Ni son bastantes para subsanar estas deficiencias aquellas cláusulas de los contratos de compra de derechos Pro indiviso de Céspedes a los Rubios en el inmueble de "El Paradero" o "El Porvenir", y en las cuales se dice que los vendedores lo entregan materialmente al comprador y que éste tiene la posesión del suelo desde hace varios años, habiendo puesto las mejoras que entonces existían, consistentes en la formación de potreros de pastos artificiales y sus cerramientos, hechura de rozas y construcción de casas, porque estas declaraciones -que de ser precisas apenas podrían tener el valor de un simple indicio- se resienten de las mismas deficiencias preanotadas, pues no precisan los extremos cronológicos en que se contuviera la posesión del demandante, ni menos determinan que tales hechos posesorios se hubieran ejecutado sobre la porción de terreno, objeto de la reivindicación.

Todo lo cual quiere decir que el sentenciador, sin quebrantar los preceptos de valoración probatoria que el recurrente cita como infringidos, bien pudo dejar de considerar las declaraciones testimoniales y escriturarias de que se acaba de hablar, en cuanto no demuestran una posesión por parte del actor, suficiente para haber constituído o consolidado en su cabeza, con anterioridad a la posesión del demandado, el dominio del bien que se reivindica.

Estando, pues, sin demostrar el primero de los presupuestos de la acción reivindicatoria, cual es la calidad, en el actor, de dueño de lo que se reivindica, se hace inoficioso el estudio de los demás puntos contemplados en este capítulo de la impugnación, pues la falla anotada es suficiente por sí sóla para que la sentencia acusada deba ser mantenida en piè.

No prosperan, pues, los cargos.

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 cinco (5) de abril de mil novecientos

sesenta (1.960), 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 López de la Pava. - Gustavo Fajardo Pinzón. - José Hernández Arbeláez. Enrique Coral Velasco. - José J. Gómez R. - Arturo C. Posada. - Ricardo Ramirez L. Secretario.

EXTRALIMITACION DEL MANDATARIO EN EL EJERCICIO DEL MANDATO.

Estricta interpretación del mismo.

La facultad del mandatario debe ceñirse a los términos del mandato y la apreciación de éste, por lo mismo, es de cáracter estricto, fuera de los casos en que las leyes autoricen a obrar de otro modo, como lo enseña el artículo 2157 del Código Civil.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá catorce de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco)

ANTECEDENTES

Del matrimonio de Francisco A. Correa y Bernardina Restrepo, hubo varios hijos, entre ellos José María Correa Restrepo, casado con Laura Mejia. De este matrimonio es hija María Bernardina (Bernarda) Correa Mejía v. de Londoño.

Francisco A. Correa fue dueño del inmueble descrito en el hecho cuarto de la demanda, ubicado en el paraje de "Tapartó". En esta finca José María Correa y Laura Mejia, durante la vigencia de la sociedad conyugal Correa-Restrepo, plantaron a sus expensas y con autorización de don Francisco una mejora de aproximadamente 15.000 árboles de café, con su sombrío correspondiente. Construyeron, además, dos edificios: uno para el beneficio del grano y otro para vivienda de los consortes Correa y Mejia. Estas mejoras fueron reconocidas por los demás herederos en el juicio de sucesión de Francisco A. Correa, así en la diligencia de inventario y avalúo, como en el trabajo de partición aprobado por la sentencia respectiva.

José María Correa R., padre de la demandante, murió antes que Francisco A. Correa, su abuelo, y en este juicio de sucesión se le adjudicaron dos cuotas de derecho de dominio, especificadas así: una de dieciocho mil pesos, con relación a un avalúo de treinta mil, dado a la totalidad del globo de terreno a que se refiere el numeral undècimo de la demanda; y acción y derecho de octava parte sobre un monto de doce mil pesos, en relación al mismo avalúo de treinta mil, como copartícipe en la hijuela de gastos y en el mismo globo de terreno. De lo cual resulta que la acción y derecho correspondiente a la actora en este juicio, en calidad de representante de su padre y por hijuela de gastos en la sucesión de su abuelo Francisco, equivale a la suma de $ 19.500.oo, con relación al avalúo de $30.000.oo dado a la totalidad del inmueble sucesoral

Así, pues, María Bernardina (Bernarda) Correa V. de Londoño, es titular del derecho de dominio sobre un globo de terreno de equivalencias antes determinadas y de las mejoras también referidas, cuestión esta última sobre la cual no hay discusión entre las partes.

Por medio de la escritura pública No. 954 de 30 de diciembre de 1.947, de la Notaría de Andes, dice el hecho catorce de la demanda, el señor Manuel Londoño M., en calidad de apoderado de Carlos Enrique, Luis Alfonso, Jesús María y Herminia Correa Restrepo; Aníbal y Roberto Correa Mejía; Bernardo, Luis Carlos y Elvira Correa Correa; y Herminia Correa de Restrepo y diciéndose apoderado de Bernardina Correa de Londoño, dió en venta a Leonidas Pareja todo el inmueble antes referido.

Posteriormente, "y en ejercicio de lo que él cree ser su derecho sobre la totalidad de la finca en cuestión, el señor Leonidas Pareja constituyó en favor del señor Manuel Londoño M. gravamen hipotecario sobre ese inmueble para garantizar una obligación por treinta y cinco mil pesos de la moneda legal, según los términos de la escritura pública No. 162 de 4 de marzo de 1.948 de la notaría de Jericó„.

EL LITIGIO

Como la demandante sostiene que Manuel Londoño M. no fue diputado por ella para vender los cuerpos ciertos que le correspondieron al liquidarse la sucesión de Francisco A. Correa, y con base en los antecedentes que en síntesis se dejan enunciados, solicita se hagan las siguientes declaraciones y condenas, frente a sus demandados Leonidas Pareja y Manuel Londoño M.:

"a). Que son inoponibles a la suscrita María Bernardina (Bernarda) Correa viuda de Londoño los contratos contenidos en las escrituras No. 954 de 30 de diciembre de 1.947 de la notaría del circuito de Andes y No. 162 de marzo 4 de 1.948 de la notaría de Jericó, en cuanto a la cuota de dominio de diecinueve mil quinientos pesos ($ 19.500.oo), sobre treinta mil ($ 30.000.oo) pesos moneda legal que tiene la asignataria sobre el lote de terreno que se determina por sus linderos en el hecho catorce del libelo.

"b). Que, consecuencialmente, debe ordenarse la cancelación de los asientos de registro y de matrícula de los instrumentos citados en la letra anterior, asientos llevados a cabo en la oficina de registro de instrumentos púbicos y privados del circuito de Bolívar y en cuanto los tales se relacionan con cuota de dominio determinada en el mismo literal que antecede. A tal efecto se librarán las órdenes correspondientes.

"c). Que, la suscrita María Bernardina (Bernarda) Correa viuda de Londoño, es dueña de una cuota de diez y nueve mil quinientos ($19.500.oo) moneda legal en relación a un avalúo de treinta mil ($30.000.oo) pesos moneda legal, sobre el inmueble descrito en el numeral catorce de la demanda, íntegramente con las mejoras allí plantadas, tal y conforme se relacionan en el hecho quinto del mismo libelo.

"d). Que, en consecuencia, el señor Leonidas Pareja debe restituir a la suscrita María Bernardina (Bernarda) Correa viuda de Londoño las acciones, derechos y mejoras a que se refiere la letra anterior, con todos los frutos que la

cosa hubiera podido producir con medianos cuidado y diligencia, desde la fecha en que el señor Pareja inició su posesión, o, subsidiariamente, desde el día en que reciba notificación de esta demanda".

El apoderado de Manuel Londoño, negó unos hechos y acepto otros y, en síntesis, se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas. Alegó en su favor las excepciones de ilegitimidad de la personería suntantiva de la parte demandante, petición de modo indebido o antes de tiempo, ratificación expresa de la venta contenida en la escritura No. 954 ya citada, ratificación tácita de la misma venta y la denominada genérica. En lo esencial, idéntica fue la contestación del demandado Leonidas Pareja, quien hizo denuncia del pleito a las personas de quien se dijo apoderado el señor Londoño.

La primera instancia del juicio terminó con la sentencia de 9 de marzo de 1.960, pronunciada por el Juez Civil del Circuito de Bolívar (Antioquia), en la cual se declaró probada la excepción perentoria de ratificación, no se accedió a ninguna de las peticiones de la demanda y se condenó en costas a la parte actora.

Apelada la sentencia por la demandante, el Tribunal declaró no probadas las excepciones propuestas; inoponibles a María Bernardina (Bernarda) Correa de Londoño, los contratos contenidos en las escrituras números 954 de 30 de diciembre de 1.947, y 162 de 4 de marzo de 1.948, en cuanto a la cuota de dominio de $19.500.oo, sobre un avalúo de $30.000.oo, que tiene la asignataria sobre el lote de terreno determinado en el hecho catorce de la demanda; ordenó la cancelación de los asientos de registro y de matrícula de los instrumentos citados, en cuanto se relacionan con la cuota de dominio referida; declaró que María Bernardina Correa v. de Londoño, es dueña de una cuota de $19.500.oo, en relación a un avalúo de $30.000.oo, sobre el inmueble descrito en el numeral catorce del libelo, con las mejoras allí plantadas y conforme se relaciona en el hecho quinto del mismo; ordenó al demandado Leonidas Pareja restituir a la demandante Correa v. de Londoño las acciones, derechos y mejoras a que se refiere el numeral cuarto de la sentencia, con todos los frutos que la cosa hubiera podido producir, con mediana inteligencia y cuidado, desde la fecha de la contestación de la demanda, frutos cuyo importe se fijará de acuerdo con lo que se deja dicho en la parte motiva; y, por fin, declaró que la parte actora está obligada a pagarle a Leonidas Pareja el valor de las mejoras útiles y necesarias puestas en el bien reivindicado, cuyo valor se establecerá de acuerdo con el artículo 553 del C. J. Se condenó en costas a la parte demandada.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal hace el planteamiento de la cuestión debatida, de la manera siguiente:

"Trabose este litigio, como queda visto, porque el señor Manuel Londoño M., considerándose facultado para ello en razón del poder general que la demandante le confirió, dispuso de algunos bienes pertenecientes a ésta cuando ya se había protocolizado el juicio de sucesión del señor Francisco A. Correa O., actuación que dicha demandante ha rechazado por estimar que le es inoponible y claramente lesiva de sus derechos legítimos, llevándola, consecuencialmente, a instaurar la acción sobre cuya prosperidad o ineficacia se decide ahora en esta segunda instancia. De allí que previas las anteriores observaciones de orden pro-

batorio deba entrarse a estudiar el mandato aludido, sus alcances o efectos, así como lo concerniente a la acción de dominio incoada y a la excepción de ratificación alegada por la parte demandada y admitida para por el fallador de primera instancia".

En desarrollo de este planteamiento el Tribunal estudia el poder y sobre el particular expone:

"Finalmente se anota que el mandato termina, entre otras causas, por el **desempeño del negocio para que fue constituido.** (Las subrayas son del Tribunal). La ocurrencia de tal fenómeno hace que como casi sobra observarlo, el mandatario no puede ya realizar ningún acto que comprometa al mandante, a no ser que de acuerdo con lo establecido en el artículo 1501 del C. C. ratifique lo actuado, ocurrencia que infundadamente se ha alegado en el caso sub-judice, como más claramente se verá luego. Arts. 2150, 2155, 2157, 2158, 2159 y 2189 del C. C.

"Como antes se anotó, el mandato conferido a Londoño por la señora Bernardina Correa viuda de Londoño, demandante, se concretò, en síntesis, a actos de administración y disposición respecto a los derechos hereditarios de ésta en la sucesión del señor Francisco Correa O., por lo que, claramente se comprende, su duración legal fue hasta el día en que se registró la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes herenciales en dicha sucesión, y su alcance respecto a dichos derechos y no a los bienes que vinieron a quedar individualizados y singularizados mediante la referida partición, bienes de los cuales dispuso el demandado so pretexto del mandato a que se ha hecho alusión, ejecutando así un acto jurídico que le es inoponible a la demandante, o en otros tèrminos, que en nada la compromete, tanto màs cuanto que se trata de venta de cosa ajena....".

"En nada desvirtúa lo que se deja dicho en el hecho de que los otros herederos del señor Correa no le hayan reclamado a Manuel Londoño por la transacción celebrada con Leonidas Pareja y que, consecuencialmente, se muestren satisfechos con sus gestiones toda vez que doña Bernardina Correa v. de Londoño es persona mayor de edad, con plena capacidad adquisitiva o de goce o dispositiva, y dueña exclusiva de sus derechos en los bienes sucesorales y en las mejoras de que se habla en los autos y de las cuales, se repite, no podía disponer el mandatario Londoño pretendiedo ejercer el poder general varias veces mencionado y para cuya interpretación no es necesario ningún esfuerzo dialèctico sino simplemente tener en cuenta las normas que atràs se citaron".

Concluye el Tribunal que el demandado señor Londoño, "obró por fuera del mandato que le había sido conferido y que los actos, así realizados no fueron ratificados por la demandante por no ser verdad que élla lo hubiese así confesado tàcitamente.....".

Estudia luego el Tribunal las condiciones de la acción de dominio que encuentra establecidas en autos para resolver el negocio como antes se dijo.

LA DEMANDA DE CASACION

Cuatro cargos formula el recurrente contra la sentencia. Se estudiarán en el orden lógico a que se refiere el artículo 537 del C. J.

Primer Cargo. *(cuarto de la demanda)*

Afirma el recurso que la sentencia "es vulnerable, dentro del motivo sexto del C. de P. C., por causas de errores, in procedendo, cometidos por el Sentenciador, implicatorios de incurrimiento en causales de nulidad, previstas por el artículo 448 del cuerpo de leyes, que se acaba de invocar, causas segunda y tercera".

Para explicarlo, argumenta de este modo:

"A fls. 39 vto., 40 y vto. y ss del cuaderno No. 2, aparecen las copias auténticas del memorial solicitud de la aprobación del trabajo divisorio, con modificaciones sustanciales, entre ellas, la hijuela de gastos y pasivo, conjuntamente, elaborada, que se deja a cargo de todos los ocho herederos, y un inmueble queda indiviso, predestinado al pago, conjuntamente, con los restantes bienes, afectos a la cancelación de las deudas hereditarias.

"2. Estas circunstancias son determinantes de condición suspensiva de dominio, o, cuando menos, resolutória, con respecto a los bienes adjudicados a los concurrentes. Tal condición pende sobre todas las adjudicaciones hechas, hasta que se haga el pago a la totalidad de los acreedores hereditarios. Las particiones sucesorias, están sometidas a las mismas reglas de anulabilidad o rescisión de los contratos. El art. 1405 del C. C., que lo establece, comprende las efectuadas ante partidor, distribuidor de bienes, como las hechas por el testador, a aquéllas, de común acuerdo, ejecutadas por los copartícipes. Tal es la que se practicó en el sucesorio de D. Francisco Correa O. A su respecto, no se demostró el pago del pasivo. La mortuoria quedó ilíquida. Todos los herederos obligados. No fueron convocados a este juicio, como debieron serlo. La totalidad de ellos, viene obligada a pagar las deudas hereditarias, en proporción a sus derechos, art. 1411. Por adición, así fue acordado, con arreglo al art. 1416, ib. Por lo dicho, el juicio mortuorio, se encuentra ilíquido, sujeto a condición suspensiva de dominio, o resolutoria, en la totalidad de las hijuelas provisionalmente adjudicadas, sujeto a inventarios adicionales y reforma de la partición.

"2º. Por lo anterior, la demanda fue propuesta por parte ilegítima, y fueron demandadas personas distintas de las obligadas a responder por la cosa o hecho que se demanda.

"Pido que se infirme el fallo, se declare la nulidad de lo actuado, a partir de la admisión de la demanda incluso y disponga el reenvío a la oficina de origen".

SE CONSIDERA:

1º. Este cargo está fuera de lugar. No es posible controvertir en este proceso las nulidades que el recurrente cree ocurridas en el juicio de sucesión de Francisco Correa O. En este juicio no se discuten esos motivos.

La causal sexta del artículo 520 del C.J., sólo procede por nulidades sucedidas en el propio juicio en que ellas se alegan.

Si las adjudicaciones efectuadas en el juicio de sucesión están afectadas de estigmas de orden sustancial, según se afirma por el recurrente, esta cuestión no ha sido motivo del juicio, ni tiene relación con las nulidades que pudieran afectar el procedimiento. Reiteradamente la jurisprudencia ha hecho esa distinción, que por lo demás surge muy claramente de la índole de esas nulidades.

2º. Se discute en este juicio si el apoderado Londoño ajustó su conducta a los límites del poder, o si fue más allá de lo que el mandato comprende. El litigio se produjo a virtud de demanda de la interesada. La legitimación de ésta es clara y no ha sido motivo de discusión. Y demanda a su mandatario y al comprador de éste, no por herederos, sino en relación con la facultad de vender que el mandatario asumió y que, en el juicio alega haber tenido en el momento de celebrar los contratos impugnados por la actora.

Segundo Cargo. *(primero de la demanda).*

Se acusa la sentencia por violación de la ley sustancial, "vía directa, aplicación indebida e interpretación errónea, de varios ordenamientos sustanciales que habré de indicar concretamente al dar término al cargo.....".

Y al terminar el cargo se lee:

"Con el fundamento que apoyan las precedentes consideraciones, concluyo: el sentenciador de segundo grado, infringió las siguientes disposiciones sustantivas, en el pronunciamiento del fallo individualizado al comienzo de este cargo:

"a). Los arts. 2158, 2160,1505, 1603 y 2189, conjuntamente con el art. 2199 del C.C. por haberlas aplicado a un hecho inexistente, unas de ellas, y no haber aplicado otras al hecho establecido.

"b). Los arts. 946, 947, 948, 950, 961, 962, por haberlos aplicado, indebidamente al caso del pleito, no siendo aplicables.

"c). Los arts. 2158, 2189, 1505, 1603 del C. C., por falta de aplicación al caso del litigio, siendo aplicables.

"d). Los arts. 2160, 1603, 2174, 2158, 2186, 1505 y 1603, por falta de aplicación al caso del litigio, siendo aplicables.

"e). Los arts. 1494, 1495, 1502, 1508, 1602, 1603, 1618, 1619, 1622, 2150, 2155, 2157, 2158, 2159, 2189, 762, 753, 791, 946, 952, todos del C.C. que, el Sentenciador, dice haber aplicado, por errónea interpretación, proveniente de insuficiente juicio en unos casos, pero sobre todo, por exceso.

"En atención a lo cual, reitero la casación del fallo producido por el H. Tribunal de Medellín, el DIEZ Y OCHO DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UNO, en el ordinario de María Bernarda (Bernardina) Correa v. de Vélez (sic) contra D. Leonidas Pareja y D. Manuel Londoño M. Y, en consecuencia, se proceda, por la H. Sala, a dictar el pertinente fallo de instancia, absolutorio de los demandados, en el camino de conseguir el restablecimiento del imperio del derecho sustantivo que, la sentencia acusada, ha quebrantado".

El razonamiento fundamental del recurrente para impugnar la sentencia, se encuentra en los siguientes apartes de la demanda de casación:

"3o. En síntesis: la demandante afirma la terminación del poder que recogió la escritura pública No. 2842 de 1.943, Notaría de Medellín No. 1o., en el mes de Diciembre del mismo año, al quedar en firme la sentencia aprobatoria de la división de bienes, pertenecientes a la sucesión de su abuelo paterno, D. Francisco Correa O., y conducirse al protocolo de la Notaría de Andes. Por cuyo mo-

tivo, la solemnización de los contratos constantes en las escrituras Nos. 954 y 162, de 1.947 y 48, Notarias de Andes y Jericó, en cita, aquel mandato había expirado, cuatro años atrás, por "el desempeño del negocio para que fue constituído". Y estas contrataciones le son inoponibles, a la comitente, etc. LA DEMANDANTE, AFIRMA LA CESACION DEL PODER, con fundamento en el ord. 1o. del art. 2189 del C. C. Con idénticos fundamentos, la actora afirma la terminación. Los opositores, basados en los mismos hechos, se oponen a los pedimentos del demandador, afirmando, a su turno, LA NO TERMINACION del mandato, sino su vigencia amplia y perfecta, cuando sobrevino la solemnización de las contrataciones de 1.947 y 1.948. No media, se repite, cuestión de hecho, ni materia probatoria, al respecto. Así lo acepta, el Sentenciador, al decir a fls. 15, vto.: 'Trabóse el litigio... porque el Sr. Manuel Londoño M., considerándose facultado para ello en razón del poder general que la demandante le confirió, dispuso de algunos bienes pertenecientes a ésta cuando ya se había protocolizado el juicio de sucesión del Sr. Francisco A. Correa O., actuación que dicha demandante ha rechazado por estimar que le son inoponibles, y claramente lesiva de sus intereses legítimos, llevándola consecuencialmente a instaurar la acción sobre cuya prosperidad o ineficacia se decida ahora en esta segunda instancia'. (V. fls. 15 fte. y vto. del cuaderno No. 6. Actuación del Tribunal, aparte del fallo acusado). Me complace reconocer, otras veces lo hice enantes, la admirable aptitud de síntesis, que ostentan los. H. H. Magistrados del Tribunal Sentenciador. Y añade: 'De allí que...deba entrarse a estudiar el mandato aludido, sus alcances o efectos, como lo concerniente a la acción de dominio incoada'. (V.fls. 15 Vto. c. ib).

"4o. Si el hecho fundamental ventilado en la disputa no es objeto de contradicción o debate, si se encuentra establecido inter-partes, y admitido que lo está por el Sentenciador, pero no se aplicó la norma sustantiva reguladora de aquel hecho fundamental, o si se aplicó, a un hecho inexistente, cuando el texto de la norma legal es de toda claridad, y la decisión contiene declaraciones opuestas a él, la infracción de la ley se ha cumplido por la vía directa, a términos de afortunada y constante jurisprudencia de nuestra H. Corte Suprema de Justicia.

"5. De ello, precisamente, se ocupa este cargo. Mis mandantes no discuten el hecho básico, en que se guarnece, la demandante. Aceptan la ejecución de los negociados en que intervinieron en 1.947 y 1.948. Pero, respecto a ello, han sostenido, con toda firmeza, la vigencia del poder. El Sentenciador, planteó de igual suerte, el objeto de la decisión, primero, para decidir, por último, 'suduración legal fue hasta el día en que se registró la sentencia aprobatoria de lapartición de los bienes herenciales en dicha sucesión, y su alcance a dichos derechos, Y NO A LOS BIENES QUE vinieron a quedar individualizados y SINGULARIZADOS MEDIANTE LA REFERIDA PARTICION, BIENES DE LOS CUALES DISPUSO EL DEMANDADO SO PRETEXTO DEL MANDATO, DE QUE SE HA HECHO ALUSION, EJECUTANDO ASI UN ACTO JURIDICO QUE LE ES INOPONIBLE A LA DEMANDANTE, QUE EN NADA LA COMPROMETE TANTO MAS CUANTO QUE SE TRATA DE VENTA DE COSA AJENA'. A esta conclusión y las consecuencias, llegó, el Sentenciador, presentada una premisa de este tenor: 'FINALMENTE SE ANOTA QUE EL MANDATO TERMINA ENTRE OTRAS CAUSAS POR EL DESEMPEÑO DEL NEGOCIO PARA QUE FUE CONSTITUIDO. La ocurrencia de tal fenómeno hace que . . el mandatario no pueda ya realizar ningún acto que comprometa al mandante' (V. fls. 16 vto. y 17 fte. del c. ib.). Al final de esta premisa, trae la cita del art. 2189 del C. C., el cual aplica al caso del pleito, no siendo aplicable, en la forma en que lo hizo, y sin indicar, nítidamente, a cual ordinal se atiene.

Pero ya había dicho al comienzo de la premisa, el ord. 1o. de dicho precepto, al citarlo subrayado. Por consiguiente, el Sentenciador, aplicó la disposición indicada a un hecho inexistente: la cesación de la representación en favor de D. Manuel Londoño Mejía, que le confirió, solemnemente, la demandante. Por cuyo motivo: infringió, por vía directa, la disposición sustancial contenida en el ord. 1o. del art. 2189 del C. C. Quiebra del derecho sustantivo, bastante para determinar la infirmación del fallo".

SE CONSIDERA:

1o. Para comprender rectamente el sentido del cargo y fijar el alcance del litigio, es necesario transcribir el poder que la demandante confiriera a Manuel Londoño M., por escritura pùblica No. 2842, pasada ante el Notario Primero del Circuito de Medellín, el 30 de julio de 1.943, y que dice:

"....: .comparecieron las señoras..... BERNARDINA CORREA v. DE LONDOÑO, mayores de edad y vecinas de Medellin, a quienes conozco, de lo cual doy fe, y expusieron: PRIMERO. Que en su carácter de herederas de señor FRANCISCO CORREA O., confieren poder general al señor MANUEL LONDOÑO M., varón, mayor de edad y vecino de Jericò. SEGUNDO. Que como consecuencia del mandato general que confieren al señor Londoño M. podrá ejecutar todos los actos de administración y disposición que sean necesarios para la defensa y conservación de sus derechos en la mencionada sucesión, podrá también cancelar los créditos a favor de la sucesión por la parte que corresponda a las poderdantes y cobrar judicial o extrajudicialmente los que existan a favor de la sucesión, para todo lo cual queda ampliamente autorizado para este efecto, si fuere necesario, sustituirá este poder parcialmente en abogado de su confianza, cuidar de la conservación y buen estado de los bienes de la sucesión, promover las acciones judiciales que sean necesarias, percibir cánones de arrendamiento y celebrar contratos de cualquier especie cuando los intereses de patrimonio de la sucesión lo exigieren; iniciar el correspondiente juicio de sucesión del señor Francisco Correa O. para lo cual podrá sustituir este poder en abogado competente, celebrar contratos de arrendamientos y en síntesis todos aquellos que considere necesarios para la conservación y buen rendimiento de los bienes que forman parte del patrimonio del causante. TERCERO. Que como consecuencia del mandato general que confiere al señor Londoño M. podrá éste enajenar o ceder los derechos hereditarios que a las poderdantes corresponde en la sucesión del señor Francisco Correa O., quedando autorizado para fijar el precio y recibir el valor de esas operaciones".

La escritura pública de compraventa hecha por Londoño a Leonidas Pareja está fechada el 30 de diciembre de 1.947 y la de hipoteca que a su vez hizo Pareja a Londoño, para garantizar un crédito de $35.000.oo, fue corrida el 4 de marzo de 1.948, bajo el número 162, en la Notaría de Andes (Antioquia).

2o. Los tèrminos del poder, su contenido y su alcance no ofrecen dificultad, ni dan margen para pensar que en su ejercicio pudiera efectuarse acto alguno de disposición después de la terminación del juicio sucesorio, es decir, cuando los derechos abstractos que el heredero tuviera en la universalidad herencial se convirtiesen por razón de la partición, su sentencia aprobatoria y el registro, en cosas singulares.

"Ejecutar todos los actos de administración y disposición que sean necesarios para la defensa y conservación de sus derechos en la mencionada sucesión";

"cobrar judicial o extrajudicialmente créditos a favor de la sucesión"; "cuidar de la conservación y buen estado de los bienes de la sucesión"; "celebrar contratos de cualquier especie cuando los intereses de la sucesión lo exigieren"; "y enajenar o ceder derechos hereditarios que a las poderdantes corresponde en la sucesión del señor Francisco Correa O., quedando autorizado para recibir el valor de esas operaciones", no son términos, ni proposiciones, ni contenido de voluntad, que den margen a interpretar que el apoderado pudiera vender los bienes que les fueron adjudicados. El juicio de sucesión marcaba la duración y el ámbito del mandato.

Si el poder transcrito de suyo es claro y de obvio contenido, no es menos cierto que la facultad del mandatario debe ceñirse a los términos del mandato, y que, la apreciación de éste, por lo mismo, es de carácter estricto, fuera de los casos en que las leyes autoricen a obrar de otro modo, como lo enseña el artículo 2157 del C. Civil.

No es próspera la acusación cuando se afirma violación directa, aplicación indebida e interpretación errónea de disposiciones sustanciales allí citadas, no sólo desde el punto de vista de la técnica del recurso, sino porque cuando el Tribunal aplicó al caso del litigio esas normas, entre ellas el artículo 2189 del C. Civil, lo hizo de la disposición relativa al caso, porque esa norma señala los motivos que causan la terminación del mandato.

Expresamente el Tribunal tuvo en cuenta el artículo 2189 del C. Civil y dijo que, por el desempeño del negocio para que fue constituído, el mandato estaba terminado. Tuvo en mientes, según se desprende del párrafo de la sentencia que antes se transcribió, dos factores fundamentales para estimar el poder y su extensión: sus propios términos y la referencia concreta al juicio de sucesión. Terminado éste, como el Tribunal también lo dice, fenecía el mandato. Y adviértase que la sentencia aprobatoria de la partición se declaró ejecutoriada el 17 de diciembre de 1.943, y la escritura 957 que contiene la venta de Londoño a Pareja se hizo en diciembre de 1.947, es decir, cuatro años después de haber terminado el mandato.

Tercer Cargo *(segundo de la demanda)*.

Este cargo en que se afirma haber incurrido el Tribunal en error de hecho evidente y violado las varias disposiciones de carácter sustancial citadas en la demanda, lo funda el recurrente en que el sentenciador ignoró las siguientes pruebas:

a). El memorial suscrito por todos los herederos de fecha 17 de diciembre de 1.943, en que solicitan se apruebe la partición con las reformas que allí se determinan. (fls. 39 y 39 vto. y 40 del cuaderno No. 2); y

b). El poder conferido por todos los herederos, a excepción de la demandante María Bernardina Correa v. de Londoño, al señor Manuel Londoño M., por el que se lo faculta, con relación a la hijuela de gastos, entre otras cosas, "para que enajene a título oneroso los bienes que los exponentes representan en esa hijuela, ya sean muebles o inmuebles, bien sean los que en ella constan o los que se adquieran en lo sucesivo".

SE CONSIDERA:

Ciertamente, el Tribunal no hizo referencia explícita en su sentencia a la prueba referida en el punto b) anterior, ya que, con relación a la detallada en el punto a), el Tribunal la tuvo en cuenta para la solución del litigio.

Respecto a la prueba no mencionada por el fallador, no tiene incidencia en el presente litigio porque, como ya se dijo, el poder para disponer de los bienes con que se cubrió la hijuela de gastos, no fue conferido por la demandante, sino por los otros herederos.

En lo que se refiere a la indivisiòn -que es otro aspecto de la demanda-, hay en el cargo una equivocaciòn en los hechos allí suscitados. Lo ocurrido en el juicio de sucesión fue lo siguiente:

En la diligencia de inventarios, en el numeral 5º., se inventarió la finca rural denominada "La Italia", ubicada en el paraje de "Tapartó" del Municipio de Betania, por los linderos generales que allí se leen.

En el trabajo partitivo -hijuela sexta- se adjudicò a la demandante dieciocho mil pesos ($18.000.oo) "valor en que se estima un lote de terreno denominado "La Italia" segregado de la finca situada en el paraje de Tapartó del Distrito de Betania", y por los linderos especificados en dicha hijuela.

Para pagar la hijuela de gastos, adjudicada a dos de los herederos, en principio, entre otros bienes, se adjudicó por un valor de $12.000.oo, un lote de terreno, "con sus mejoras y anexidades, segregado de la finca denominada "La Italia" ubicada en el paraje de "Tapartò" del Municipio de Betania, inventariado bajo el número cinco (5) "y por los linderos allí señalados.

Este trabajo de partición fue presentado al Juzgado el 22 de noviembre de 1.943. Después de haberse tramitado varias objeciones, en escrito de diciembre 17 de 1.943, todos los herederos, aún María Bernardina, solicitaron la aprobación de la partición con ciertas aclaraciones y reformas, que a la letra dicen: "a). Que los lotes de terreno segregados del inmueble inventariado bajo el número cinco (Nº. 5) y adjudicados a la heredera María Bernardina Correa, y a los herederos Luis Alfonso y Carlos Enrique Correa en la hijuela de gastos, en las cantidades de diez y ocho mil ($18.000.oo) y doce mil pesos ($12.000.oo), respectivamente, unidos entre sí como están y separados únicamente por una línea de mojones como quedaron en la partición, queden nuevamente unidos y pro indiviso, por los linderos generales que abarcan las dos hijuelas, quedando en consecuencia la heredera María Bernardina con una acción y derecho en todo el globo de terreno por valor de diez y ocho mil pesos ($18.000.oo), y la hijuela de gastos con otra acción y derecho por valor de doce mil pesos ($ 12.000.oo) en el mismo globo, con la observación de que la casa principal y la cafetera grande de la finca son mejoras que pertenecen exclusivamente a la heredera María Bernardina; y b). Que la hijuela de gastos quede adjudicada por cabezas y por iguales partes a todos los herederos, es decir, entre las ocho herencias principales, pues para su administración y realización de bienes le hemos constituído poder general desde esta misma fecha (menos Bernardina -anota la Corte-), por escritura pùblica al Señor Manuel Londoño. . . . .".

Por lo visto se concluye que la partición operó para todos los demás herederos en sus respectivas hijuelas, quedando pro indiviso entre éstos y la demandante solamente el lote de terreno por un valor de treinta mil pesos ($30.000.oo),

y de este valor doña Bernardina con una cuota determinada de diecinueve mil quinientos pesos ($ 19.500.oo) sobre dicho inmueble, cuestión esta que no determina error evidente de hecho, ni error jurídico por parte del sentenciador, como cree el recurrente, pues, no hay prohibición legal de hacer una adjudicación en común al efectuar la partición de la herencia.

Cuarto Cargo (*tercero de la demanda*)

Este cargo es por error de derecho en la apreciación de las pruebas a que se refiere el cargo anterior.

No es válida esta censura porque, además de lo dicho, no se citan las disposiciones de carácter probatorio que el sentenciador hubiera infringido para incurrir en violación de ley sustancial.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha dieciocho (18) de mayo de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el juicio ordinario de María Bernardina (Bernarda) Correa v. de Londoño frente a Leonidas Pareja y otro, sobre derecho de dominio.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

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

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

DEDUCCION DE LA VALORIZACION EN LAS CONDENAS POR OCUPACION PERMANENTE DE PREDIOS PARTICULARES POR ENTIDADES ADMINISTRATIVAS. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1. Técnica del recurso de casación referida especialmente al error de derecho en la estimación de la prueba pericial. 2. Técnica del recurso de casación en cuanto a la precisión con que se deben citar los preceptos legales infringidos. 3. Alcance y sentido exacto del artículo 268 del C. C. A., sobre deducción del monto de la valorización. 4. La valorización de que trata el artículo 268 citado corresponde a la zona ocupada y no a la que le pueda quedar al propietario.

1. No obstante que el dictamen pericial que sirvió de fundamento a la dicisión no reúne las exigencias legales de ser uniforme, explicado y debidamente fundamentado, no puede ser infirmada en este punto la sentencia acusada, porque, en tratándose de cargo por error de derecho, omitió la demanda de casación señalar el precepto de carácter probatorio que hubiese sido quebrantado a causa de la estimación de la prueba, medio ineludible de la violación de la ley sustantiva, según constante jurisprudencia. El artículo 716 C. J., relativo a la prueba de peritos, mencionado en la demanda, es simplemente formal y su inobservancia no lleva por sí sola al agravio de la ley sustancial (V. cas. mayo 30 de 1.941. LI, 1.973, 520).

2 . Con fundamento en la causal primera se formula acusación por quebrando directo "del artículo 268 y concordantes de la ley 167 de 1.941". Esta forma es incompatible con la precisión que debe caracterizar la cita de los preceptos legales en este recurso extraordinario. Así, en el caso concreto, la cita no puede referirse sino al artículo 268, no a "sus concordantes".

3 . Puesto que la inexequibilidad a que se refiere el punto 2o. de la parte resolutiva de la sentencia dictada por la Sala Plena de la Corte con fecha 20 de junio de 1.955 (LXXX, 247 ss.) atañe únicamente a la reglamentación de las acciones "ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo", el precepto del artículo 268 de dicho Código, rige en los casos de indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada, no obstante que la competencia para conocer de tales asuntos sea de la justicia ordinaria.

Pero en la aplicación de dicho texto en los procesos que se adelantan sobre esta materia ante las autoridades judiciales, debe observarse:

a). Que la disposición se ordena a que el avalúo pericial de la tierra comprada, pero separadamente, la valorización de la misma, causada por los trabajos públicos, ya que ordena deducir de la indemnización el mayor valor

señalado por peritos a la zona ocupada, a fin de que el expropiado no reciba a la vez el valor de la propiedad, anterior a los trabajos públicos, más la plusvalía alcanzada por la misma zona con ocasión de tales trabajos.

b). Si los peritos no cumplen con estimar separadamente el mayor valor alcanzado por la tierra ocupada, por razón de las obras y se refieren al valor total actual, el artículo 268 del Código Contencioso Administrativo hace una estimación de antemano: el veinte por ciento de la indemnización. Y

c). Si los peritos se limitan a determinar el valor que el terreno tenía cuando ocurrió la ocupación, no habrá lugar a deducir, por sustracción de materia, el veinte por ciento de la valorización.

4 . Dice la sentencia acusada que "el impuesto de valorización sobre el lote o zona de terreno que le haya quedado al demandante, con motivo de la apertura de la calle, corresponde fijarlo al Municipio demandado, de acuerdo con las normas generales sobre la materia". Es cierto. Mas no se trata en el artículo 268 del C. C. A., de valorización del resto de la tierra que puede conservar el propietario a quien se le ocupa una parte de ella, sino del mayor valor logrado por esta parte, a fin de que por ningún modo se condene a la Administración a pagar, fuera del terreno, la plusvalía obtenida debido a los trabajos públicos por ella misma efectuados, lo que implicaría enriquecimiento ilegítimo. Si, pues, del dictamen pericial no aparece que se haya excluìdo el mayor valor, corresponde al sentenciador hacerlo, deduciendo el 20% de la indemnización, conforme a la orden contenida en el inciso segundo del citado artículo 268.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Josè J. Gòmez R.)

Juicio de Egidio Consonni contra el Municipio de Cali. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, fechada el 28 de febrero de 1.962. Recurrente: el Municipio demandado.

- I -

ANTECEDENTES

1. Egidio Consonni demandó en el juzgado cuarto civil del circuito de Cali, al Municipio de este nombre, para que se le condene a pagarle el valor de una zona de terreno que la entidad Municipal ocupò con una vía pública, así como los perjuicios ocasionados por la ocupación.

El terreno mide cuatrocientos veintiún metros cuadrados (421), fue destinado a la apertura y prolongación de la calle 5a. de la ciudad de Cali, en el barrio de Miraflores, hoy carrera 14 G, entre calles 2a. B y 3a. y está alindado así: "Por el norte, y partiendo de la esquina formada por la calle 3a. con carrera 14 G, con propiedad de Jesús Hincapié Grajales y José Pèrez y calle 2a. B en estas dimensiones: De la esquina mencionada hasta encontrarse siguiendo el paramento con una tapia que sobresale del paramento, en diez y mueve metros con sesenta centímetros (19,60 mts.), de allí y siguiendo la tapia siete metros (7 mts.) y de la esquina de ésta descendiendo por la calle 2a. B, un metro con cuarenta centímetros (1.40 mts.); por el occidente, línea divisoria diagonal sobre la misma

carrera 14 G, formando ángulo agudo sobre el paramento o lindero sur, en una extensión de veintidós metros con veinte centímetros (22.20 metros) por el sur, y siguiendo el paramento de la carrera 14 G, en una extensión de cuarenta y ocho metros (48 mts.) medidos desde la esquina o intersección de paramentos, con propiedades de Jesús Hincapié Grajales que, en parte dan frente a la calle 2a. B que allí se interrumpe; y por el oriente, línea imaginaria que une los dos paramentos de las esquinas de la calle tercera en las propiedades del señor Jesús Hincapiè Grajales, en una extensión de 12 metros (12 mts.)".

Como hechos constitutivos de la acciòn expone el libelo:

Consonni adquirió mayor extensión territorial según instrumento público Nº. 3295 de 29 de octubre de 1.949, otorgado en la notaría primera del circuito de Cali; el Municipio por medio de sus agentes ocupó una faja de la extensión ya expresada, y le dió el destino antedicho; el propietario formuló reclamaciones al Municipio, sin resultado satisfactorio, y aún antes de la apertura oficial de la vía, le ofreciò en venta la misma zona con respuesta negativa.

El Personero Municipal de Cali dijo, al contestar la demanda, que los hechos no le constaban, y en cuanto a la destinaciòn de la faja de tierra, que había sido el público mismo quien se la había dado.

2. El Juez desató la primera instancia condenando al Municipio a pagar al actor la suma de cuarenta y dos mil cien pesos ($42.100.oo), menos el veinte por ciento (20%), por concepto de valorizaciòn, con apoyo en el artículo 268 del C. C. A. De este fallo recurrieron ambos contendientes.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali reformó esta decisión: dejó en pie la condena a pagar la suma de cuarenta y dos mil cien pesos ($42.100.oo); suprimió la deducción del porcentaje, y condenó al Municipio a satisfacer intereses legales al actor sobre la expresada suma, a contar de la contestación de la demanda.

La entidad municipal recurrió en casación por medio del Delegado en lo civil del señor Procurador General de la Naciòn, quien formuló demanda oportunamente, sin que hubiese sido replicada por el opositor.

-II-

LA SENTENCIA ACUSADA

3. Habiendo alegado el Fiscal del Tribunal que al juicio se le había dado un trámite distinto del que le concierne, el fallador no es de este concepto y para ello se funda con razòn en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, fechada el 20 junio de 1.955 (LXXX. 2154. 244), por medio de la cual fueron declarados inexequibles los artículos 261 a 268 del C. C. A., en cuanto atribuían a las autoridades de lo contencioso administrativo los negocios sobre ocupación definitiva de la propiedad privada.

Encuentra probados los elementos de la acción indemnizatoria, que sustancialmente coinciden con la de reivindicación: derecho de dominio del actor; ocupación permanente efectuada por agentes del municipio; identidad y singularidad de la zona de terreno.

Con respecto al monto de la indemnización, lo considera acreditado con el dictamen pericial producido en la primera instancia y así confirma en este punto la decisión recurrida.

No juzga aplicable el artículo 268 del C. C. A., para mantener la orden de rebajar el 20% de la indemnización, porque el cobro de la valorización queda sometido al derecho común.

Y en cuanto a perjuicios -que fueron demandados- los concreta a los intereses legales de la suma indemnizatoria desde la fecha de la respuesta dada a la demanda, hasta el día del pago.

- III -

LA ACUSACION DE LA SENTENCIA

Primer Cargo.

4. Con apoyo en la causal primera de casación y por error de derecho en la apreciación de algunas pruebas, se acusa el fallo de violación de los artículos 955, 961 y 962 del C. C. y 268 del C. C. A., como ley sustantiva, y 716, 724, 728 y 730 del C. J., de orden probatorio.

Las pruebas erróneamente estimadas son: a) la inspección ocular practicada por el juez cuarto civil del circuito de Cali el 28 de febrero de 1.958; b) el dictamen pericial rendido el 10 de diciembre del mismo año; c) el certificado de la oficina del Plano de Cali, de 17 de mayo de 1.952; y d) las declaraciones de testigos rendidas ante el juez mencionado.

El cargo se formula por cuanto mediante las dichas probanzas se dio por establecido: la identidad de la cosa materia del litigio; el valor de la misma; y la no deducción legal del 20%, como valorización.

SE CONSIDERA:

5.-A). En relación con la inspección ocular, como prueba de la identidad, se cita como infracción medio el artículo 730 C. J., según el cual "el acta de inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circustancias observados por el juez".

Dice así el acta:

"Inmediatamente después se procedió por el personal de la diligencia a identificar el inmueble a que se refiere el juicio, dando el siguiente resultado: Se trata de una faja de terreno que forma hoy una calle, en el Barrio Miraflores de esta ciudad, en la carrera 14 G entre calles 2a. B y 3a, determinada por los siguientes linderos: Norte y partiendo de la esquina formada por la calle 3a. con carrera 14 G, con propiedad de Jesús Hincapié Grajales y José Perea y calle 2a. B; por el occidente, línea divisoria diagonal sobre la misma carrera 14 G, formando ángulo agudo sobre el paramento o lindero sur, en extensión de 22, 20 metros; por el sur, siguiendo el paramento de la carrera 14 G en extensión de 48 metros; y por el oriente, línea imaginaria que une los dos paramentos de las esquinas de la calle 3a. en las propiedades del señor Jesús Hincapié Grajales, en una extensión de doce metros. Los linderos constatados corresponden a los que se estipulan en la demanda, así como la ubicación de la faja de terreno a que eats di-

ligencia se refiere. Como se dijo antes, la zona en referencia, viene a constituir la calle 14 G de la ciudad, que viene a ser una prolongación de la antigua calle 5a. del barrio Alameda".

Hay cabal identidad, según este reconocimiento del juez y de los peritos, entre el terreno ocupado por la carrera 14 G, entre calles 2a. B y 3a., alindado como aparece del acta, con la faja de tierra a que se contrae la demanda. Si el artículo 730 del C. J. le atribuye mérito pleno al acta, no se ve cómo puede haber incurrido el sentenciador en error de derecho al estimarla.

B). Tampoco se percibe error de la misma especie en la apreciación del certificado de la Oficina del Plano de Cali, fechado el 17 de mayo de 1.952, porque este documento no es la única prueba aducida para identificar el inmueble, como aparece de los certificados -ya concretos sobre la inclusión de la faja de terreno en la vía expresada- de 1o. de septiembre de 1.953 (f. 5 C. 1o.) y de 3 de noviembre del mismo año (f. 8 ib.), fuera de la referida diligencia de inspección. Ello sin contar que respecto de este documento no se invocó en la demanda de casación texto alguno de carácter probatorio que condujese al quebranto de la ley sustancial.

C). Con relación a las declaraciones de Guillermo Bastidas, Carlos Alberto Maquillo, Rafael Zúñiga y César Hincapié (fls. 3 a 6 C. 2o.), afirma el recurrente que fueron aducidas para probar el hecho de la ocupación del terreno por parte del Municipio. Concurren estas probanzas a demostrar tal hecho y en su estimación no se advierte ningún error, aparte de que tampoco cita la demanda precepto alguno de orden instrumental infringido como medio.

D). No obstante que el dictamen pericial no reúne las exigencias legales de ser uniforme, explicado y debidamente fundamentado, no puede ser infirmada en este punto la sentencia, porque, en tratándose de cargo por error de derecho, omitió la demanda de casación señalar el precepto de carácter probatorio que hubiese sido quebrantado a causa de la estimación de la prueba, medio ineludible de la violación de la ley sustantiva, según constante jurisprudencia.

El artículo 716 C. J., relativo a la prueba de peritos, mencionado en la demanda, es simplemente formal y su inobservancia no lleva por sí sola el agravio de la ley sustancial. (V. cas. mayo 30 de 1.941. LI. 1973. 520).

No procede, en consecuencia, este primer cargo.

Segundo cargo

6. También con fundamento en la causal primera se formula acusación por quebranto directo del "artículo 268 y concordantes de la ley 167 de 1.941".

Dice el recurrente que el artículo 268, como los artículos 261 a 267 del C. C. A., fueron declarados inexequibles por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, fechada el 20 de junio de 1.955 (LXXX. 2154. 243), "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 ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración pública".

SE CONSIDERA:

7. El cargo no puede referirse sino al artículo 268, no "a sus concordantes", porque esta forma es incompatible con la precisión que debe caracterizar la cita de los preceptos legales en este recurso extraordinario.

Si la inexequibilidad atañe únicamente a la reglamentación de las acciones "ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo", el precepto del artículo 268 de dicho Código, rige en los casos de indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada, no obstante que la competencia para conocer de tales asuntos sea de la justicia ordinaria.

Pero, en la aplicación de dicho texto en los procesos que se adelanten sobre esta materia ante las autoridades judiciales, debe observarse:

a) Que la disposición se ordena a que el avalúo pericial de la tierra comprenda, pero separadamente, la valorización de la misma, causada por los trabajos públicos, ya que ordena deducir de la indemnización el mayor valor señalado por peritos a la zona ocupada, a fin de que el expropiado no reciba a la vez el valor de la propiedad, anterior a los trabajos públicos, más la plusvalía alcanzada por la misma zona con ocasión de los trabajos públicos.

b) Si los peritos no cumplen con estimar separadamente el mayor valor alcanzado por la tierra ocupada, por razón de las obras y se refieren al valor total actual, el artículo 268 C. C. A. hace una estimación de antemano: el veinte por ciento de la indemnización. Y

c) Si los peritos se limitan a determinar el valor que el terreno tenía cuando ocurrió la ocupación, no habrá lugar a deducir, por sustracción de materia, el veinte por ciento de la valorización.

8. En el caso presente, los peritos avaluaron la zona de terreno en $42.100.oo, a razón de $100.oo el metro cuadrado. Aunque no lo dicen -dado el extremo laconismo del concepto- esta estimación debe entenderse como correspondiente al día en que fue hecha, esto es, ya abierta la calle a que la zona fue destinada, y teniendo presente, por tanto, el beneficio causado por las obras ejecutadas. El fallo no podía, por tanto, revocar la providencia recurrida, y en este punto debe ser confirmada, por violación directa del segundo inciso del artículo 268 del C. C. A. Habiendo los peritos avaluado el terreno en la cantidad de $42.100.oo, se ordenará el pago de $33.680.oo, que es la suma que resta deducido el porcentaje expresado.

9. Dice la sentencia que "el impuesto de valorización sobre el lote o zona de terreno que le haya quedado al demandante, con motivo de la apertura de la calle, corresponde fijarlo al Municipio de Cali, de acuerdo con las normas generales sobre la materia".

Ciertamente, el impuesto de valorización sobre el resto del inmueble del actor, lo determina el Municipio, según las leyes y acuerdos que rigen este gravamen. Mas, no se trata en el artículo 268 citado, de valorización del resto de la tierra que puede conservar el propietario a quien se le ocupa una parte de ella, sino del mayor valor logrado por esta parte, a fin de que por ningún modo se condene a la Administración a pagar, fuera del terreno, la plusvalía obtenida

debido a los trabajos públicos por ella misma efectuados, lo que implicaria enriquecimiento ilegítimo. Si del dictamen no aparece -como en este caso- que se haya excluído el mayor valor, corresponde al sentenciador hacerlo deduciendo el 20% de la indemnización, y de allí la orden contenida en el inciso segundo del citado artículo 268.

Nada queda por agregar para motivar el fallo de instancia, pues la casación se limita a este último punto.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha veintiocho (28) de febrero de mil novecientos sesenta y dos (1.962), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio ordinario seguido por Egidio Consonni contra el Municipio de Cali, y como Tribunal de instancia confirma la sentencia del juez cuarto civil del circuito del mencionado nombre, fechada el diez y seis (16) de febrero de mil novecientos sesenta (1.960), en la forma siguiente:

Primero. Condénase al Municipio de Cali a pagar al señor Egidio Consonni, la suma de treinta y tres mil seiscientos ochenta pesos ($33.680.oo), por concepto de indemnización causada por la ocupación de la zona de terreno de cuatrocientos veintiún (421) metros cuadrados, ubicada en el Municipio de Cali, destinada a apertura y prolongación de la calle 5a. en esta ciudad, en el Barrio Miraflores, hoy carrera 14 G entre calles 2a. B y 3a. y cuyos linderos actuales son: "por el norte y partiendo de la esquina formada por la calle 3a. con carrera 14 G, con propiedades de Jesús Hincapié Grajales y José Perea y calle 2a. B, en estas dimensiones: de la esquina mencionada hasta encontrarse siguiendo el paramento con una tapia que sobresale del paramento, en diez y nueve metros sesenta centímetros (19.60 mts.), de allí y siguiendo la tapia siete metros (7 mts.) y de la esquina de ésta descendiendo por la calle 2a. B, un metro con cuarenta centímetros (1,40 mts.); por el occidente, línea divisoria diagonal sobre la misma carrera 14 G, formando ángulo agudo sobre el paramento o lindero sur, en una extensión de veintidós metros veinte centímetros (22,20 mts.); por el sur, y siguiendo el paramento de la carrera 14 G, en una extensión de cuarenta y ocho metros (48 mts.) medidos desde la esquina o intersección de paramentos, con propiedades de Jesús Hincapié Grajales que, en parte dan frente a la calle 2a. B que allí se interrumpe; y por el oriente, línea imaginaria que une los dos paramentos de las esquinas de la calle 3a. en las propiedades del señor Jesús Hincapié Grajales, en una extensión de doce metros (12 mts.)".

Segundo. El pago de la suma expresada se hará inmediatamente que el señor Egidio Consonni haya transferido al Municipio la propiedad de la referida faja de terreno, libre de todo gravamen, por medio de escritura pública debidamente inscrita en el Registro Público.

Tercero. El Municipio de Cali pagará al mismo señor Consonni los intereses legales sobre la suma dicha a partir de la fecha de la notificación de la demanda.

Cuarto. Sin condena en costas en la segunda instancia.

Quinto. Sin costas en la casación.

Publíquese, còpiese, notifíquese, insèrtese en la Gaceta Judicial y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NULIDAD DEL JUICIO EJECUTIVO. CARGA DE LA PRUEBA.

1. Causal de nulidad consistente en no haber sido legalmente citado o emplazado el deudor. Prueba de la citación y el emplazamiento. 2. Nulidad del juicio a causa de haberse adelantado la ejecución, después de la muerte del deudor, sin notificar previamente a los herederos.

1. En el procedimiento ejecutivo previene el artículo 1001 del Código Judicial que si el deudor se oculta o se ignora su paradero, le basta al ejecutante acreditar sumariamente el hecho para que sin necesidad de emplazamiento el Juez le nombre al ejecutado un curador *ad litem*, "con el cual se entienden la intimación del mandamiento y las diligencias subsiguientes del juicio". Pero agrega la disposición: "Esto no obstante, el mandamiento ejecutivo debe notificarse al deudor mismo o a un curador con emplazamiento de aquél, antes de la citación para sentencia de pregón y remate".

Se busca así equilibrar los intereses de las partes: del acreedor, para que no se entorpezca el procedimiento con maniobras del deudor que eviten la intimación y consecuecias del mandamiento de pago; y del ejecutado, por la tutela de su derecho de defensa.

Si contra el deudor se quebranta esa posición de equilibrio, en mengua de la garantía constitucional de juzgamiento, surge por ministerio del artículo 457 *ibidem*, su titularidad para pedir por la vía ordinaria que se declare la nulidad del ejecutivo por falta de notificación o emplazamiento en legal forma.

El ejecutante, como es obvio, tiene a su cargo la comprobación sumaria de que el deudor se oculta o se ignora su paradero. Así como también el acreedor se encuentra en la necesidad de obtener antes de la citación para sentencia de pregón y remate la notificación del mandamiento ejecutivo al deudor mismo o a su curador nombrado ya bajo emplazamiento según las reglas del artìculo 317. Y es él quien, por lo mismo, debe acreditar en casos como el presente, en que se trajeron copias de aquel proceso, que tales requerimientos fueron cumplidos, si a noción del ejecutado o sus herederos se abre el debate ordinario de nulidad del juicio ejecutivo. Para el ejecutante, además, constituye una proposición afirmativa el lleno de aquellas exigencias legales; en tanto que es negación indefinida y categórica para quien a sus espaldas fue ejecutado.

2. Está prescrito por el artículo 1434 del Código Civil que "los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos", pero que "los acreedores no podràn entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos",

De donde aparece impuesto a los acreedores el deber legal de notificar personalmente a los herederos el título ejecutivo a cargo del causante, como condición previa y necesaria para iniciar o llevar adelante la ejecución una vez pasados los ocho días señalados por la norma.

Con lo que se persigue garantizar el derecho de defensa, sin menoscabo de los intereses legítimos del acreedor, quien debe probar, eso sí, el oportuno cumplimiento de la dicha obligación legal, para quedar exento de la nulidad que inficiona el juicio cuando se libra o se sigue la ejecución "después de la muerte del deudor, sin que se haya llenado la formalidad de que trata el artículo 1434 del Código Civil". (3o., 451. C. J.).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, quince (15) de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

ISAAC SALTARIN DE LA HOZ, como heredero y para la herencia de Cayetano Saltarín Salcedo, abrió la presente vía ordinaria contra ANTONIO VELASQUEZ por demanda que suplica la nulidad del ejecutivo con acción real hipotecaria adelantado por el propio Velásquez contra el causante Saltarín Salcedo.

Aparte de las extraordinarias demoras en la tramitación del ejecutivo, cuyo mandamiento se libró el 23 de noviembre de 1.939 para permanecer sin actuación alguna hasta el 28 de marzo de 1.949, en que se le reconoció personería al apoderado del ejecutante, el libelo, en síntesis, anota como causas para pedir: a) la informalidad dirimente de la designación de curador ad litem, sin que se acreditara la ocultación o ignorancia del paradero del ejecutado; y b) la muerte de Cayetano Saltarín Salcedo el 10 de julio de 1.949, esto es al día siguiente a la intimación del auto ejecutivo al curador que se le dió en el juicio, no obstante lo cual prosiguió la ejecución sin que conforme a la ley se notificara judicialmente el respectivo título a los herederos del ejecutado.

A pesar de que Velásquez se apersonó en el juicio, no dió respuesta al libelo ni aportó prueba alguna a lo largo del debate, que concluyó en primer grado por sentencia del 12 de septiembre de 1.961, en que el Juez Unico Civil del Circuito de Santa Marta proveyó así:

"1º. Declárase nulo el juicio ejecutivo seguido por el señor Antonio Velásquez contra Cayetano Saltarín Salcedo con fundamento en un contrato de mutuo con garantía hipotecaria según escritura pública número 720 de 29 de agosto de 1.929, otorgado en la Notaría 2a. de este Circuito, de una casa que mide 31 metros de frente por 50 metros de fondo, con estos linderos .....

"2º. Cancélese el registro de la diligencia de remate y auto aprobatorio de la misma de fecha 26 de abril de 1.950, registrada en 15 de junio de 1.955 en el Libro Nº. 1º., Tomo 2º., fls. 14-6 Partida de orden Nº. 21 de la Oficina de Registro de Santa Marta. Ofíciese al Señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito.

"3º. Queda vigente la escritura pública número 720 de 29 de agosto de 1.929, otorgada en la Notaría 2ª. de este Circuito, sobre constitución de una hipoteca entre los señores Cayetano Saltarín Salcedo y Antonio Velásquez en el inmueble a que se refiere el punto primero de esta providencia.

"4º. Cancélese la caución prestada por el actor.

"5º. Condénase en costas a la parte demandada".

Apeló Velásquez, y con fecha 21 de mayo de 1.962 el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial confirmó en todas sus partes la sentencia del inferior.

Ahora es la oportunidad de resolver sobre el recurso de casación interpuesto por la misma parte vencida.

LA SENTENCIA ACUSADA

Con respecto a la designación de curador **ad litem** para el ejecutado, expone el sentenciador que la residencia de Saltarín Salcedo era conocida del ejecutante, desde luego que lo designó como vecino de Santa Marta; y cuanto a que se ocultara, infiere la ausencia de prueba por el texto mismo del auto del respectivo nombramiento, en que el Juez lo apoya escuetamente en la solicitud respectiva, pues dice: "En vista del anterior memorial, este Juzgado nombra el Dr. Luis Othón Gómez curador **ad litem** del demandado Cayetano Saltarín, y si acepta se le dará la debida posesión....." Y agrega el Tribunal:

"Lo que indica que solo ese memorial fue la base para hacer dicho nombramiento, pues no hace alusión a ninguna otra prueba. Con este único elemento probatorio no quedó probado el ocultamiento del demandado, o sea que el inciso 2o. del artículo 317 del Código Judicial no se cumplió, y de ahí que tampoco se hubiera cumplido la parte primera del artículo 1001 del mismo Código".

Añade a continuación:

"La base legal para solicitar la nulidad del juicio ejecutivo en cuestión, está en la causal 3a. del artículo 451 del Código Judicial, que contiene ..... 'En el juicio ejecutivo son también causales de nulidad ..... 3a. El librar o seguir la ejecución después de la muerte del deudor, sin que se haya llenado la formalidad de que trata el artículo 1434 del Código Civil".

"Y este artículo 1434 dice: 'Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos".

"Con respecto a la notificación del mandamiento ejecutivo en el juicio cuya nulidad se pide, se le hizo al Dr. Luis Othón Gómez el 16 de mayo de 1.949 (f. 8) nombramiento de curador **ad litem** sin haberse probado el ocultamiento del demandado, desde luego que para ese nombramiento solamente se tuvo en cuenta el memorial de petición. Esta falta por sí sola indica que al demandado no se le nombró apoderado o curador **ad litem** con el lleno de las formalidades legales y ello revela que sus intereses no fueron debidamente representados.

"Además, el mandamiento de pago se notificó personalmente el 9 de julio de 1.949 (f. 8 v.) al citado curador **ad-litem**, y el ejecutado señor Cayetano Saltarín Salcedo murió el 10 de julio de 1.949 (f. 1o.) en el Asilo de San Antonio de Barranquilla (partida de defunción expedida por la Notaría 1a. del Circuito de Barranquilla), es decir, un día después de la notificación murió el ejecutado, o sea que

aún podía reclamarse esa providencia, porque no habiendo transcurrido los tres días, podía pedirse reposición (art. 488 C. J.)".

Deduce de allí la necesidad de cumplir lo estatuído por el artículo 1434 del Código Civil, y concluye:

"De todo lo dicho se desprende que el curador ad litem del ejecutado no fue nombrado de acuerdo con el artículo 317, inciso 2o., del Código Judicial, o sea que no se probó que el demandado o ejecutado se ocultara, ni el título ejecutivo se notificó a los herederos como lo ordena el 1434 del Código Civil, por lo cual se incurrió en nulidad según la causal 3a. del artículo 451 del citado Código Judicial".

LA ACUSACION

"La sentencia de segunda instancia que impugno -dice el recurrente- viola la ley sustantiva por vía indirecta (causal 1a. del artículo 520 del Código Judicial), así: a) por error de derecho en la apreciación de una prueba; b) por evidente error de hecho consistente en estimar probado un hecho respecto del cual no hay prueba alguna en el expediente".

Alude al artículo 1757 del Código Civil para sostener que el actor lleva la carga de probar los hechos con que alega la nulidad del ejecutivo, y dice:

"El H. Tribunal encuentra en el auto dictado en el juicio ejecutivo el 16 de mayo de 1.949, que en copia auténtica se ha traído a este expediente, la plena prueba de que el nombramiento del curador ad litem se hizo sin la comprobación de que el ejecutado se ocultaba, es decir, con violación de los artículos 317 y 1001 del Código Judicial. Como dicho auto se encabeza con las palabras: 'en vista del anterior memorial', el Tribunal Superior de Santa Marta interpreta la prueba en el sentido de que el memorial a que allí se hace referencia es el mismo 'de petición' del nombramiento de curador y, por tanto, el único elemento probatorio en que fundamenta la designación".

Considera manifiestamente errónea la interpretación de esa prueba por el sentenciador, puesto que el recurrente estima que del contenido del auto "no aparece que el memorial a que en él se hace referencia sea precisamente el mismo por el cual se solicitó el nombramiento del curador ad-litem, ni mucho menos aparece que el referido memorial sea la única base probatoria de tal nombramiento".

Se refiere a que la prueba sumaria del ocultamiento consiste, por lo común, "en declaraciones de nudo hecho que se acompañan al memorial o en el informe del notificador respaldado por el secretario de la oficina judicial sobre el ocultamiento del demandado". De donde sugiere que el memorial en referencia pudo estar acompañado de tales declaraciones o que la petición de nombramiento se hiciera con base en informe de Secretaría; y agrega:

"El Tribunal fallador, pues, interpretó erróneamente el documento que se examina al exagerar tan notablemente la fuerza probatoria que le reconoce el artículo 632 del Código Judicial".

Por otra parte, alega que en el expediente no hay prueba alguna de no haberse notificado el título ejecutivo a los herederos del ejecutado; que el Tribunal se limita a afirmar que está probado que el título no se le notificó a los

herederos del deudor, para incurrir así en evidente error de hecho, "ya que estima plenamente probada la no notificación del título sin que sobre este punto exista medio probatorio alguno en el proceso".

De esos dos invocados errores -de derecho y manifiesto de hecho- deduce aplicación indebida del artículo 457 del Código Judicial, "porque la situación del actual demandante y de su padre, a la luz de la realidad procesal, no es precisamente aquella en cuyo favor se estableció el privilegio que se concede en la norma citada"; y del numeral 3o. artículo 451, ibidem, al reconocerse que se adelantó la ejecución después de muerto el deudor sin la notificación judicial del título ejecutivo a sus herederos", y "ya que la realidad procesal no hace procedente la causal de nulidad allí indicada".

Alega, por último, violación indirecta de las siguientes normas: Del artículo 593 del Código Judicial, porque la sentencia no aparece fundada en la plena demostración de los hechos conducentes de la demanda; del artículo 473, ibidem, porque la sentencia desconoce la fuerza de cosa juzgada de la de pregón y remate y la aprobatoria del remate en el juicio ejecutivo; de los artículos 789 y 2676 del Código Civil, por cuanto se ordena cancelar el registro del remate en aquel juicio ejecutivo; y del artículo 669 del Código Civil, por el desconocimiento del derecho de dominio a consecuencia de la cancelación del registro de la diligencia de remate.

SE CONSIDERA:

1. En el procedimiento ejecutivo previene el artículo 1001 del Código Judicial que si el deudor se oculta o se ignora su paradero, le basta al ejecutante acreditar sumariamente el hecho para que sin necesidad de emplazamiento el juez le nombre al ejecutado un curador ad litem, "con el cual se entienden la intimación del mandamiento y las diligencias subsiguientes del juicio".

Pero agrega la disposición: "Esto no obstante, el mandamiento ejecutivo debe notificarse al deudor mismo o a un curador con emplazamiento de aquél, antes de la citación para sentencia de pregón y remate.....".

Se busca así equilibrar los intereses de la partes: del acreedor, para que no se entorpezca el procedimiento con maniobras del deudor que eviten la intimación y consecuencias del mandamiento de pago; y del ejecutado, por la tutela de su derecho de defensa.

2. Si contra el deudor se quebranta esa posición de equilibrio, en mengua de la garantía constitucional de juzgamiento, surge por ministerio del artículo 457 ibidem, su titularidad para pedir por la vía ordinaria que se declare la nulidad del ejecutivo por falta de notificación o enplazamiento en legal forma.

3. El ejecutante, como es obvio, tiene a su cargo la comprobación sumaria de que el deudor se oculta o se ignora su paradero. Así como también el acreedor se encuentra en la necesidad de obtener antes de la citación para sentencia de pregón y remate la notificación del mandamiento ejecutivo al deudor mismo o a su curador nombrado ya bajo emplazamiento según las reglas del artículo 317. Y es él quien, por lo mismo, debe acreditar en casos como el presente, en que se trajeron copias de aquel proceso, que tales requerimientos fueron cumplidos, si a moción del ejecutado o sus herederos se abre el debate ordinario de nulidad del

juicio ejecutivo. Para el ejecutante, además, constituye una proposición afirmativa el lleno de aquellas exigencias legales; en tanto que es negación indefinida y categórica para quien a sus espaldadas fue ejecutado.

4. Está prescrito por el artículo 1434 del Código Civil que "los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos", pero que "los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días despùes de la notificacion judicial de sus títulos".

De donde aparece impuesto a los acreedores el deber legal de notificar personalmente a los herederos el título ejecutivo a cargo del causante, como condición previa y necesaria para iniciar o llevar adelante la ejecución una vez pasados los ocho dias señalados por la norma.

Con lo que se persigue esta vez también garantizar el derecho de defensa, sin menoscabo de los intereses legítimos del acreedor, quien debe probar, eso sí, el oportuno cumplimiento de la dicha obligación legal, para quedar exento de la nulidad que inficiona el juicio cuando se libra o se sigue la ejecución "después de la muerte del deudor, sin que se haya llenado la formalidad de que trata el artículo 1434 del Código Civil". (3º., 451, C. J.).

5. Cada uno de esos dos motivos sustanciales de falta de citación -del causante y de los herederos- bastaría por sí solo para sustentar la sentencia declarativa de la nulidad. Con mayor énfasis si se encuentran reunidos, puesto que el ejecutante, demandado en el presente juicio ordinario, no ha demostrado el cumplimiento de los deberes legales que ha tenido a su cargo. Y el fallo del Tribunal permanece en pie, desde luego que en forma alguna ha desconocido la prueba que en el proceso evidenciara el lleno de aquellos requerimientos por el ejecutante, para que así pudiese prosperar la censura por error manifiesto de hecho. Ni cabe tampoco el cargo por error de derecho, puesto que el sentenciador no ha desvirtuado el mérito que según la ley corresponde a las copias tomadas del juicio ejecutivo, sino que por las mismas ha inferido que el ejecutante no cumplió la obligación legal de probar que el deudor se ocultara o se ignorara su paradero.

Mas aunque así lo hubiera probado sumariamente el acreedor, quedaría siempre incumplido a causa de la falta de notificación o emplazamiento del ejecutado, antes de la citación para sentencia de pregón y remate. Fuera también de que por la ausencia de notificaciòn del título ejecutivo a los herederos de quien falleció cuando cursaba la ejecución, se predica la nulidad de que trata el citado ordinal 3º., artículo 451 del Código Judicial.

Con todo lo cual el recurso extraordinario no está llamado a prosperar.

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 21 de mayo de 1.962 pronunciada en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.

No aparecen costas causadas en casación.

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

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION REIVINDICATORIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, quince de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio de Emilia Londoño de Sánchez contra Elisa Ramírez viuda de Londoño, Jesús Antonio, Abelardo, Licenia y Julia Rosa Londoño Ramírez. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, fechada el 12 de abril de 1.962. Recurrente: la parte demandada.

- I -

ANTECEDENTES

1. Demandó, en reivindicación, Emilia Londoño de Sánchez a Elisa Ramírez viuda de Londoño, Jesús Antonio, Abelardo, Licenia y Julia Rosa Londoño Ramírez, para que, pronunciada la declaración de propiedad, fuera restituída con sus frutos, por los demandados a la actora, una casa de habitación marcada con el número 8-A-24 de la calle 18, entre carreras 8a. A y 9a. de la ciudad de Cali, con el terreno en que está edificada, el cual se halla alinderado así: Norte, en longitud de 28 metros, con predio de los vendedores Carlos A. Sardi y Soledad G. v. de Sardi; Sur, en la misma longitud, con predio de la señora Judith de Cantillo; Oriente, en longitud de siete metros, con predio de los citados vendedores; y Occidente, en la misma longitud de siete metros, con predio de estos últimos.

2. Estos los hechos:

La actora compró el lote de terreno a Carlos A. Sardi y Soledad G. viuda de Sardi, según escritura No. 836 de agosto 16 de 1.938, de la Notaría Primera del circuito de Cali.

La compradora construyó allí, a sus expensas, una casa de habitaciòn, de lo cual da cuenta la escritura pública Nº. 2936 de 4 de agosto de 1.956, de la misma notaría, mediante la cual protocolizó las declaraciones de Laureano Teleche C. y Nicolás Candelo sobre el hecho de la construcción.

Mas, hallándose viviendo con la actora los hoy demandados, uno de éstos -Elisa Ramírez v. de Londoño- con la instigación de los demàs o algunos de éllos (instigación debida al matrimonio de la actora contra el querer de la familia), protocolizó por medio del instrumento público Nº. 3479 de octubre 4 de 1.951, de la expresada notaría, las declaraciones rendidas por Ramón J. Martínez y Nepomuceno Mejia, con el objeto de hacer aparecer que fue Elisa, con la ayuda de sus hijos, quien edificò la mencionada casa de habitación.

La posesión del inmueble la tienen los demandados, pero no están en condiciones de alegar una usucapión.

3. Adelantada la litis por haberse opuesto la parte demandada a las súplicas del libelo, el juez segundo civil del circuito de Cali profirió fallo con fecha 1º. de marzo de 1.961, en la forma pedida en la demanda, a excepción de lo referente a los frutos.

Por alzada de los demandados se tramitó la segunda instancia, a la que puso término la sentencia confirmatoria de 12 de abril de 1.962, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, sentencia de la cual la misma parte contendiente recurrió en casación.

- II -

LA SENTENCIA ACUSADA

4. Al examinar los elementos de la acción reivindicatoria, observa que la propiedad del suelo, invocada por la actora, no ha sido objeto de controversia, motivo por el cual éste se contrae a la edificación.

En relación con la propiedad de ésta, descarta el factor cronólogico de las escrituras de protocolización de los testimonios, para ocuparse de èstos, como de las demás probanzas aducidas, a fin de saber, en ausencia de títulos escriturarios sobre la propiedad, a cuál de los litigantes acompaña la posesión, o si ambos la han tenido, cuál de éllos la presente mejor caracterizada.

Examina las pruebas de la parte demandante, a saber:

a) Certificación trasladada al juicio, del notario primero del circuito de Cali, de la cual aparece que **Elisa Ramírez viuda de Londoño** protocolizó el plano del lote y de la edificación proyectada por **Emilia Londoño**, con fecha septiembre 13 de 1.938. Según el fallo, tiene este certificado obvio mérito probatorio, por haber sido trasladado conforme a la ley, y constar en él que fue Elisa Ramírez viuda de Londoño, o sea uno de los litigantes que componen la parte demandada, quien protocolizó el plano.

b) Comprobantes expedidos por la Compañía Colombiana de Electricidad a Emilia Londoño, por servicios prestados a la casa en referencia en el tiempo comprendido entre el mes de julio de 1.941 y noviembre de 1.945.

c) Certificado de la oficina seccional de Catastro, Nº. 10402, de 12 de diciembre de 1.959, sobre el hecho de figurar como propietarios de la casa de que se trata **Emilia Londoño Ramírez**, Elisa Ramírez viuda de Londoño, Antonio, Licenia, Abelardo y Julia Rosa Londoño Ramírez, fecha aquella -anota la sentencia- que coincide con la del instrumento de protocolización de testimonios (octubre 4 de 1.951), aducido por la parte demandada.

d) Declaraciones juradas de Laureano Teleche C., Nicolás Candelo y Pedro Antonio Sarria, rendidas en juicios adelantados entre las mismas partes y legalmente trasladas al presente y quienes, como maestro constructor, ayudante y peón, respectivamente, trabajaron en la edificación que de 1.938 a 1.939 costeó la actora.

El fallo condensa su apreciación así:

"Considera la Sala que el conjunto de probanzas aducidas por la parte actora demuestran plenamente hechos indicativos de la propiedad y posesión, por parte de la señora Emilia Londoño de Sánchez, de la edificación materia del litigio, como son: el levantamiento del plano indispensable para que las autoridades municipales hubieran permitido la construcción de la obra; el pago de los servicios de energía eléctrica, y consecuencialmente la instalación y matrícula de tal servicio; las declaraciones de los trabajadores que actuaron en la construcción de la obra, y quienes declaran por conocimiento personal y directo que la casa fue levantada por la señorita Emilia Londoño; la protocolización del plano de la edificación, con la constancia de pertenecer a la señora Emilia Londoño; el hecho de figurar como propietaria la señora Emilia Londoño, en la oficina de Catastro, y por información que debieron suministrar sus propios familiares. A lo anterior se agrega la circunstancia de que fue con posterioridad al matrimonio de la señorita Emilia Londoño con el señor Alberto Sánchez, en el año de 1.949, cuando sus familiares se preocuparon por preconstituir pruebas sobre la propiedad de la edificación".

5. Analiza luégo las pruebas de la parte demandada:

a) Pòliza de seguro de la finca, de fecha junio 6 de de 1.952, tomada por Elisa Ramírez viuda de Londoño a la Compañía Suramericana de Seguros y nueve recibos correspondientes a la prima, a favor de la misma, documentos que -anota el fallo- fueron extendidos posteriormente a la protocolización de las declaraciones sobre construcción que hizo dicha demandada.

b) Quince comprobantes de la Tesorería Municipal de Cali, unos referentes a pagos hechos por aquella, y otros por la demandante, y todos posteriores al año de 1.949.

c) Recibo sobre compra de materiales, fechados en 1.939, 1.942, 1.944, 1.947, 1.950 a 1.952 y 1.957, respecto de los cuales afirma la decisión recurrida "no producen la convicción de que con tales materiales se hubiera levantado la casa".

d) Declaraciones de Nepomuceno Mejía y Ramón F. Martínez, protocolizadas con la escritura No. 3979 de octubre 4 de 1.951, de la notaría primera de Cali, sobre construcción de la casa y que para el sentenciador carecen de mérito por no haber determinado la época de la construcción, aparte de que el último de los testigos se atrevió a declarar que la compra del terreno la hizo Elisa Ramírez de Londoño y no Emilia Londoño de Sánchez, como reza la escritura No. 836 de agosto 16 de 1.938; de que el mismo testigo en nueva declaración se desdijo de cuanto había afirmado antes, y de que Mejía no se ratificó en la declaración protocolizada, dentro del presente litigio.

e) Testimonios trasladados de José Ignacio Henao, Nicolás Altamirano y Judith Lemos de Cantillo, respecto de los cuales afirma el sentenciador que "son en extremo superficiales".

Y cierra así la sentencia el examen de las pruebas:

"Al confrontar los elementos probatorios que se dejan analizados, encuentra la Sala que la parte actora tiene una posesión mejor o más caracterizada sobre la edificación materia del litigio.

"Dedúcese de lo expuesto que aparece plenamente establecida la primera parte de la acción reivindicatoria, o sea el derecho de dominio por parte del demandante en una cosa singular".

- III -

LA ACUSACION DE LA SENTENCIA

Se acusa el fallo por error de derecho en la estimación de las pruebas: en el primer cargo, con infracción medio de los artículos 697 y 701 C. J. y consecuencial de los artículos 739, 946, 950 y 951 C. C.; y en el segundo, con quebranto de los artículos 697 y 597, de orden probatorio, y de los citados artículos 739 y 950 del C. C., de carácter sustantivo.

Primer cargo

La infracción del artículo 697 C. J. se predica del juicio del Tribunal sobre los testimonios de Laureano Teleche C. y Nicolás Candelo, que la acusación estima no acordes en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar. El quebranto del artículo 701 ib. se debe a que habiendo incurrido el deponente Martínez en contradicción, no fue desechado, sin embargo, su testimonio.

SE CONSIDERA:

6. Las discrepancias no existen, en concepto del fallo, pues habiendo sido repreguntados Teleche C. y Candelo por el apoderado de los demandados "en términos generales se mantuvieron firmes en sus afirmaciones". El recurrente enuncia la impugnación, pero no la demuestra, evidenciando las disparidades entre los deponentes acerca del hecho de la edificación y las circunstancias de tiempo, modo y lugar. La decisión encuentra la uniformidad indispensable y el cargo no acredita lo contrario, o sea haber incurrido en yerros de apreciación que hubiesen llevado al fallo a suponer una armonía inexistente.

La "contradicción" imputada al testigo Teleche C., por no haber recordado éste el nombre de quien trabajó en la obra como ayudante (Nicolás Candelo), la explica el fallo de la siguiente manera, intachable de error alguno: "Pero si se tiene en cuenta que las declaraciones fueron rendidas en el año de 1.956, y con relación a la construcción verificada con quince años de anterioridad, la pretendida contradicción puede explicarse como un olvido del declarante. En todo caso los testigos coinciden en la época, en el modo y en el lugar en que se levantó la construcción por cuenta de la señora Emilia Londoño de Sánchez".

Por lo demás, la prueba de la propiedad de la edificación, según la providencia sometida al recurso, se apoya no sólo en estas declaraciones de testigos, sino también en otras probanzas.

Segundo cargo

7. De los preceptos relativos a pruebas, infringidos a causa de la estimación de las aportadas por la parte demandada, no motiva el recurrente el cargo respecto del artículo 597 C. J.

En relación con el artículo 697 ib., sostiene:

a) Que los testimonios de Ramón José Martínez y Nepomuceno Mejía, concuerdan en el hecho de haber sido costeada la edificación por la misma parte, así como en las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

b) En lo tocante a las declaraciones de José Ignacio Henao, Nicolás Altamirano y Judith Lemos de Cantillo, afirma que del mismo modo son acordes y prueban que la edificación se hizo a expensas de los demandados.

SE CONSIDERA:

8. Sobre las declaraciones de Martínez y Mejía dice la sentencia:

"Observa la Sala que los declarantes no indicaron la época en que el inmueble fue construído. Además el testigo Ramón J. Martínez declara sobre el hecho de haber presenciado la compra del lote de terreno verificada por la señora Elisa Ramírez de Londoño a los señores Carlos A. Sardi G. y Soledad G. v. de Sardi, cuando según todas las constancias procesales el lote de terreno fue comprado por la señora Emilia Londoño, según escritura número 836 de 16 de agosto de 1.938

"El testigo Ramón J. Martínez compareció a declarar en el presente juicio, a petición de la parte actora, y al ser contrainterrogado sobre la contradicción con su declaración anterior contestó: Me sorprende ver esta declaración en la que se dice que yo ví escrituras y nombre de quien vendió el lote, cosa que no me consta a mí, creo haber declarado que no he conocido la escritura, pues no la conozco y tampoco sé a quien le compró el lote, ni el número de la escritura, me extraña como dije, ver esa declaración. Interrogado el mismo declarante sobre los nombres de los maestros constructores contratados por doña Elisa Ramírez v. de Londoño y sus hijos, para la construcción de la casa, contestó: 'Yo no conozco el nombre de los constructores, ni como se llaman, ni quienes eran, ni los recuerdo. Al ser interrogado si en los días en que se construía la casa estaba interesada en ella la señora Emilia Londoño Ramírez contestó: 'Doña Emilia vivía en esa misma casa, cuando se estaba terminando, pues cuando yo los conocí ya habían construído una sala o parte de la casa, yo no sé si estaba interesada, pues cuando yo iba en horas del día ella estaba trabajando en la Fábrica de Café Franco'.

"En cuanto a la declaración del señor Nepomuceno Mejía, que fue protocolizada por escritura número 3479 de 4 de octubre de 1.951 de la notaría primera de Cali, no aparece que hubiera sido ratificada en el presente juicio ni en los otros litigios ventilados entre las mismas partes. En efecto, el apoderado de la parte demandada solicitó que se pidiera al juez 5o. civil del Circuito de Cali copia de las declaraciones tomadas en el juicio ordinario de Emilia Londoño Ramírez contra Elisa Ramírez v. de Londoño y otros, entre otras, de la del señor Nepomuceno Mejía López. Pero en las copias remitidas por tal juzgado aparece es la declaración rendida extrajuicio por el señor Nepomuceno Mejía ante el juzgado primero penal municipal, el 4 de octubre de 1.951.

"Observa la Sala que los anteriores testimonios, carecen de mérito probatorio. En efecto, el declarante Ramón J. Martínez incurrió en graves contradicciones, y al ser contrainterrogado dijo que cuando conoció a la familia Londoño ya la casa estaba construída; y el testigo Nepomuceno Mejía no se ratificó en su declaración en el presente juicio, ni en los que se han ventilado entre las mismas partes".

Acerca de los demás testimonios citados, agrega lo siguiente:

"Debe observar la Sala que las anteriores declaraciones son en extremo superficiales, y dan la impresión de que los testigos declaran de oídas; no indican con precisión la época en que se inició la construcción, las personas que trabajaron en

ella, ni el modo y manera como pudo llegar a su conocimiento que los hijos de la señora Elisa Ramírez v. de Londoño le hubieran prestado a ésta su ayuda económica. El testigo Ramón Altamirano hace especial hincapié en el hecho de haber trabajado en el enlucimiento de una de las piezas y de la fachada, pero no en la apertura de cimientos y levantamiento de toda la edificación. No aparece, pues plenamente demostrado que la señora Elisa Ramirez de Londoño y sus hijos hubieran levantado la casa ubicada en la calle 18 entre carreras 8a. A y 9a. de esta ciudad".

9. En una palabra, si el precepto infringido, por errónea apreciación de declaraciones de testigos, es el artículo 697 C. J., el quebranto no puede darse sino demostrando que hay conformidad entre los testimonios, en lo referente al hecho mismo de que se trata y las circunstancias de tiempo, modo y lugar. El fallo niega esa conformidad y lo prueba en la forma expuesta en los apartes insertos, no tachable en casación. Desecha, además, algunos testimonios, ya por no haber sido debidamente trasladados, bien por no señalar circunstancias tan esenciales como la época de la construcción, o incurrir en inexactitud de tal monta, como la de afirmar haber presenciado que la compra del terreno la hizo Elisa Ramírez v. de Londoño y no Emilia Londoño, contra lo que reza la escritura.

De lo cual se infiere que tampoco procede este cargo.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha doce (12) de abril de mil novecientos sesenta y dos (1.962), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario seguido por Emilia Londoño de Sánchez contra Elisa Ramírez v. de Londoño y otros.

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

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

NULIDADES PROCESALES. ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE RECONVENCION.

1. Causal sexta de casación referida al cargo de falta de competencia del Tribunal, por causa de no haberse revalidado oportunamente el papel común. 2. No es admisible la demanda de reconvención cuando las acciones ejercitadas en ella no son procesalmente compatibles con las de la demanda principal. 3. La admisión del recurso de casación no impone necesariamente una decisión de fondo.

1. El caso de autos tuvo las siguientes incidencias: Proferida y publicada la sentencia de primer grado, se notificó personalmente a los apoderados de las partes. En ese acto de notificación el personero del demandante manifestó que apelaba de dicho fallo. Posteriormente el Juez dictó un auto por el cual se requirió a la parte actora para que revalidara el papel comùn empleado en la sentencia citada, revalidación que debería efectuarse dentro del término de la ejecutoria de la misma providencia. En ésta se advirtió además que, de no cumplirse lo ordenado, no sería oìda la parte renuente y que ello podría dar por resultado que se declarara resuelta la apelación interpuesta. Un año después del requerimiento el Juez se declaró impedido para conocer en el negocio, el cual quedó por ello en suspenso durante cerca de diez años. Las estampillas para la revalidación fueron suministradas al cabo de este largo tiempo y dos meses después el Juez concedió el recurso de apelación que el mandatario del demandante había interpuesto contra la sentencia.

La parte demandada, recurrente ahora en casación, solicitó en segunda instancia que se estudiara el problema del otorgamiento de la alzada en las circunstancias expresadas a fin de que se definiese si el Tribunal había adquirido o no jurisdicción para revisar la sentencia de primer grado en virtud de ese recurso. Dicho Tribunal se refirió efectivamente a ese asunto y, anotando que la apelación fue introducida antes del requerimiento y en tiempo oportuno, que la sanción que consagra el artículo 351 del Código Judicial no puede llegar al extremo de producir la pérdida de un recurso legalmente interpuesto y que esta consecuencia excedería los términos de la misma disposición, concluyó que era admisible la alzada en la forma como había sido concedida por el Juez de la causa.

Sobre lo cual le cabe observar a la Corte: Primero, que en realidad la apelación se interpuso en tiempo oportuno y antes del requerimiento para revalidar el papel común; segundo, que el auto de requirimiento, al anunciar la sanción de que no se oirìa a la parte renuente, añadiò como simple advertencia que tal sanción podría llegar a producir la declaratoria de deserción de la alzada; tercero, que, a pesar de no haberse efectuado la revalidación oportunamente, el Juez no decretó dicha deserción, sino que concedió el recurso sin

reclamo alguno de quien más tarde vino a alegar la nulidad; cuarto, que en estas circunstancias no es admisible tener por producidos los efectos de una sanción que no se impuso en la oportunidad debida; quinto, que el sentenciador de segundo grado, considerando estos antecedentes, declaró gozar de jurisdicción para entender en el negocio y que, así las cosas, hubo preclusión del asunto y no puede considerarse que el juicio esté afectado de nulidad por incompetencia de jurisdicciòn, que se invoca como fundamento de la causal 6a. de casación.

2. Conforme al precepto contenido en el artículo 887 del Código Judicial, la acción que el comprador de un inmueble tiene contra el vendedor para que éste no retenga y le haga entrega material del bien enajenado, se ventila, no por la vía ordinaria, sino por la especial señalada para los juicios posesorios por despojo. En el caso presente, aunque en la contrademanda se habla expresamente de acción reivindicatoria, lo cierto es que de las peticiones y de los hechos expuestos en esa pieza aparece muy claro que la verdadera acción que el reconviniente promovió y ha venido ejercitando contra el actor principal es la de entrega material de algunos de los inmuebles que éste vendió a aquél y que aun retiene en supoder. Esta acción estaba llamada a ventilarse por la vía especial que señala el citado artículo 887 del Código Judicial. Como no se procedió así, sino que incoada en la contrademanda, se tramitó por la vía ordinaria y bajo una misma cuerda con la demanda principal, se hace necesario examinar si la litis referente a la entrega de los bienes dichos se ciñó a los trámites legales y si es susceptible del recurso de casación.

El artículo 742 del Código Judicial dispone que "el demandado, al contestar la demanda, puede proponer la de reconvención, siempre que el Juez sea competente para conocer de ésta, o sea admisible la prórroga de jurisdicción". Como ya lo ha apuntado la Corte, esta norma no consagra ninguna excepción a las reglas generales sobre la competencia y de consiguiente la reconvención está sujeta a esas reglas de igual modo que la demanda principal (LXVI, 2077, 775).

En casación de 18 de julio de 1.960 expresó la Corte que, por razón del momento en que se produce, la acumulación de acciones o acumulación objetiva se divide en inicial y sucesiva, que la primera se realiza en la demanda, en la reforma de ésta y en la reconvención y que la sucesiva se efectúa mediante la acumulación de autos. En la misma providencia se agregó: "La acumulación de acciones, inicial o sucesiva, no es libre, sino que está sometida a dos requisitos fundamentales, cuales son la compatibilidad y la conexión de dichas acciones. El artículo 209 del Código Judicial se refiere al primer requisito al disponer que las acciones han de seguir el mismo procedimiento, que no sean contrarias o incompatibles entre sí y que el Juez goce de competencia para decidirlas. Según esto, la incompatibilidad puede ser material o procesal. Es lo primero cuando los efectos jurídicos o económicos de las acciones no pueden coexistir, sino que se destruyen recíprocamente. Hay incompatibilidad procesal cuando el Juez no es competente para conocer de todas las acciones o cuando éstas no siguen el mismo procedimiento, con la salvedad concerniente a la prórroga de la competencia por razón del lugar y de la cuantía" (XCIII-2228, 88).

La contrademanda constituye un medio de acumulación de acciones y es admisible cuando las que en ella se ejercitan son procesalmente compatibles con las propuestas en la demanda principal, esto es, cuando unas y otras acciones pueden

ventilarse y ser decididas por el mismo procedimiento. Si no existe entre esas acciones este requisito de la compatibilidad procesal, la demanda de reconvención no puede ser aceptada ni tramitarse bajo una misma cuerda con la demanda principal y ello porque, de lo contrario, se quebrantarían las normas que señalan los trámites de cada especie de juicios, normas que son de orden público y cuya aplicación no depende por lo mismo del arbitrio de las partes ni del Juez. La reconvención no puede, pues, promoverse libremente, como a primera vista pudiera deducirse del contexto del artículo 742 del Código Judicial, que sòlo alude a la competencia del Juez, sino que, además de este requisito, se requiere también para instaurarla que las acciones en ella ejercitadas se puedan ventilar por la misma vía de la demanda principal. Así lo ha expresado ya la Corte en varias ocasiones. En casación de 20 de noviembre de 1.941 (LII, 1981, 765) se dijo que, por incompatibilidad de trámites judiciales, es inadmisible en la vía ordinaria la demanda de reconvención en que se ejercitan acciones de tramitación especial, y en casación de 18 de agosto de 1.958 (LXXXVIII, 2199, 629) se expresó que la admisibilidad de la demanda de mutua petición está condicionada al hecho de que las acciones que en ella se promueven puedan ventilarse por la misma vía que las incoadas en la demanda principal.

Ahora bien: como en este caso la demanda de reconvención no era admisible por no tener la misma tramitación ordinaria de la demanda principal y como la sentencia que decidió las pretensiones formuladas en esa contrademanda no es susceptible del recurso de casación, síguese que la Corte no pueda acometer el estudio de los cargos que se dirigen contra el mismo fallo por haber resuelto, como lo hizo, dichas pretensiones y sobre el particular la Corte debe inhibirse de conocer del recurso.

3. No sobra recordar que en repetidas ocasiones la Corte ha expresado que la admisión del recurso de casación, no la obliga a tomar decisión alguna de fondo cuando, al examinar los cargos formulados contra la sentencia recurrida, advierte que ésta no era susceptible de tal recurso por la índole de la controversia o la tramitación que la ley procesal le asigna (LXX-2107, 850. LXXVI, 2135, 610. LXXVII, 2138, 51).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, febrero diez y ocho de mil novecientos sesenta y tres.

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

Por la Escritura No. 347, otorgada en la Notaria Segunda de El Cocuy el 19 de agosto de 1.940, el señor José Ortega Sánchez transfirió a título de venta al señor Luis Alfredo Rueda Ortega el derecho de dominio sobre varios bienes situados en jurisdicción del Municipio de Güicán, así: a). La mitad de un potrero llamado "El Santiguario", ubicado en la vereda de El Centro. b). La mitad de un terreno ubicado en la vereda de El Tabor o Tachiquebo, en común con la otra mitad que pertenece a la señorita Sofía Ortega. c). Una porción de terreno denominada "Piedras Blancas", ubicada en el punto de "La Venturera", vereda de El Tabor o Tachiquebo. d). Otro lote de terreno llamado "El Encerrado", ubicado en la vereda de El Centro. e). Tres piezas o cuartos de construcción de paredes, palos y teja, situados en el centro de la población de Güicán y que están incrustados en la casa de habitación número doscientos noventa (290), y otra pieza que hace parte de la misma habitación. En la venta de estos últimos bie-

nes entran "los sitios que ocupan las referidas habitaciones, los derechos a patios, corredores y solar adyacentes". Todos estos inmuebles figuran alindados en el instrumento aludido.

El diez de abril de 1.943 el nombrado vendedor José Ortega Sánchez demandó al comprador Luis Alfredo Rueda ante el Juez Civil del Circuito de El Cocuy para que se declarara principalmente la nulidad absoluta y, en forma sucesiva y en su orden, la simulación, la resolución y la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa que entre actor y demandado se celebró en 1.940 por la citada Escritura No. 347.

El demandado Rueda Ortega contestó la demanda, manifestó oponerse a las pretensiones del actor, negó la mayoría de los hechos y propuso a su vez una demanda de mutua petición contra el demandante Ortega Sánchez para que se hicieran estas otras declaraciones:

A). Que se condene al mentado Ortega Sánchez a hacerle entrega de "la posesión material" de los siguientes bienes: I). De la mitad de un terreno que está en común con la otra mitad de la señorita Sofía Ortega, terreno ubicado en el punto de La Tasajera, vereda de El Tabor o Tachiquebo, jurisdicción de Güicán, alindado como se indica en la demanda. II). Otro terreno denominado "Piedras Blancas", ubicado en el punto de "La Venturera", de la misma jurisdicción y también alindado en la demanda. III). "Tres piezas o una edificación construída de pared, palos y teja, situada en el centro de la población de Güicán, que están incrustadas en la casa de habitación número 290, limitadas: dos de ellas, por el pie, con propiedad de la sociedad conyugal Barón-Ortega, pared al medio, por costado derecho, de para arriba, por la gotera que cae del piso alto, linda con de la misma (sic) sociedad Barón-Ortega y de la señora Sofía Ortega, con el patio principal o sea el de abajo; por la cabecera, bahareque al medio, limita con habitación de Sofía Ortega; por el costado izquierdo, vuelve por paredes abajo al primer lindero, linda con propiedad de las Reverendas Hermanas Terciarias. Esta alinderación corresponde a las dos primeras piezas, contíguas y del primer piso de la edificación del patio principal. La otra pieza se encuentra en el patio de arriba y demarcada: por el pie, bahareque al medio, colinda con de la sociedad (sic) Barón-Ortega y de la señorita Sofía Ortega; por el costado derecho, pared al medio, colinda con de la señorita (sic) Sofía Ortega; por la cabecera y costado izquierdo, pared y bahareque al medio, colinda con de la sociedad (sic) Barón-Ortega y encierra. Entran en esta venta los sitios, que ocupan las referidas habitaciones, los derechos a patios, corredores y solar adyacentes".

B). Que se condene al mismo Ortega Sánchez a pagar al contrademandante "los frutos naturales y civiles que hubieran producido estos bienes, y no solamente los percibidos, sino los que yo hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad si las cosas objeto de la reivindicación hubieran estado en mi poder. Estos frutos deberán pagarse desde la fecha que me los vendió el señor Ortega Sánchez, que lo fue el 19 de agosto de 1.940, hasta el día en que sean entregados aquellos bienes, y tales frutos los estimo a razón de cuarenta y cinco pesos ($45.oo) anuales, o al que pruebe que valen ellos por medios legales".

C). Que se lo condene también a pagar las costas del juicio.

Los hechos de la demanda de reconvención fueron expuestos así:

"1º. Por Escritura Nº. 347, del 19 de agosto de 1.940, de la Notaría 2a. de este Circuito, debidamente registrada, el señor José Ortega Sánchez me vendió, entre otros bienes, los que reclamo por la presente acción de dominio.

"2º. Estos bienes no me los ha querido entregar mi vendedor, sugestionado por algunos miembros de su familia, quienes con malos consejos pretenden deshacer los efectos de este contrato.

"3º. El señor José Ortega Sánchez es el actual poseedor de los bienes que reclamo en esta demanda.

"4º. Que los bienes de la presente reivindicación producen un valor no menor de cuarenta y cinco pesos ($45.oo), anualmente, y a pesar de los reclamos que le he hecho para que me entregue los bienes de esta demanda, amigablemente, no ha querido hacerlo por los referidos consejos".

El señor Ortega Sánchez dio respuesta a la demanda de reconvención diciendo que se oponía a ella por ser simulado el contrato de compraventa que se consignó en la Escritura Nº. 347 de 1.940, negó varios hechos, aceptó otros y respecto de la posesión que sobre los bienes se le atribuye, expresó: "Es verdad que yo no me he apartado de la posesión regular de las fincas que pretende ahora hacer suyas mi demandante, porque las adquirí honrada y legalmente y no puedo asentir a que se me prive de esa posesión para entregársela a quien pretende quitarme lo que me pertenece, apoyado en una escritura simulada y en un contrato hasta inexistente por los vicios que lo afectan, en que no se pagó precio alguno y en que la causa real no existe por razones jurídicas". Propuso además las llamadas excepciones de carencia de acción y de derecho, de nulidad del título invocado y de petición antes de tiempo y de modo indebido.

El Juez del conocimiento puso término a la primera instancia mediante el fallo de 18 de agosto de 1.949, en cuya parte resolutiva se dispuso:

"Absuélvese al demandado Luis Alfredo Rueda de los cargos formulados en la demanda principal y en la demanda reformada.

"Ordénase la restitución o entrega material a favor del contrademandante Luis Alfredo Rueda y en contra del señor José Ortega Sánchez, de los bienes especificados en la contrademanda, por los linderos allí determinados, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

"Absuélvese al contrademandado, señor José Ortega Sánchez, del pago de frutos.

"No se hace condenación en costas por no ser temeraria la acción".

LA SENTENCIA ACUSADA

El personero del demandante Ortega Sánchez se alzó contra el fallo de primer grado, y en virtud de ese recurso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo profirió la sentencia de cinco de mayo de 1.960, en la cual se resolvió confirmar la decisión apelada con la reforma de limitar la restitución al contrademandante Rueda Ortega del solo fundo llamado "Piedras Blancas" y de denegar la orden de entrega respecto de los otros bienes señalados en la demanda de mutua petición. Se condenó además al demandante Ortega Sánchez a pagar la mitad de las costas de la segunda instancia.

La sentencia estudia las acciones de nulidad, de simulación, de resolución y de rescisión que el actor Ortega Sánchez ejercita en esta litis, afirma que no aparece demostrado ninguno de los hechos en que se apoyan tales acciones y concluye que por esta razón debe confirmarse el fallo absolutorio en cuanto se relaciona con la demanda principal.

Haciendo luego referencia a la demanda de reconvención dice el fallo que "ésta fue instaurada para obtener del actor principal Josè Ortega Sánchez la entrega de la posesión material de los bienes a que se refieren los puntos b, c y e de la Escritura pública 347 de fecha 19 de agosto de 1.940, que contiene el contrato de compraventa de los inmuebles cuya simulación fue demandada, pero por tratarse de reivindicar los inmuebles a que se refieren los puntos a y c, de esta demanda de reconvención, a derechos en común y proindiviso, lógicamente se incurrió en una falta de legitimación en causa, porque el contrademandante no podía demandar para sí y en nombre propio, sino para la comunidad. Así el punto 'primero' habla de 'la mitad de un terreno que está en común con la señorita Sofía Ortega S.....', y el c, que comprende las tres piezas, junto con los derechos a patio, corredores y solar adyacentes, lo que hace ver la existencia de una comunidad, la que, como la primera ya enunciada, mientras no se liquide, no se podía reivindicar tales inmuebles como cuerpos ciertos y para persona determinada, sino para la comunidad formada".

Explica lo que se entiende por el fenómeno de la legitimación en causa y repite que del título allegado por el contrademandante Rueda Ortega "surge la existencia de comunidades formadas sobre dos de los inmuebles que se pretenden reivindicar. Por eso la reivindicación de los inmuebles a que se refieren los puntos a) y c) de la petición primera de la demanda de reconvención debe ser negada".

En relación con el predio denominado "Piedras Blancas" dice el fallo que la acción reivindicatoria debe prosperar porque reúne todos los elementos que le son inherentes, esto es, cosa singular, posesión del demandado, dominio del demandante e identificación del mismo fundo.

La sentencia alude a las demás prestaciones solicitadas en la contrademanda y expresa que, como ellas fueron denegadas en el fallo apelado y como el contrademandante no recurrió de esa decisión, el Tribunal no puede resolver nada sobre las mismas.

Finalmente dice la sentencia: "En síntesis, no habiéndose probado por el actor, señor José Ortega Sánchez, ninguna de sus pretensiones, hay que concluir que el fallo de primera instancia en cuanto absolvió al demandado Luis Alfredo Rueda de los cargos señalados en la demanda principal y en la reforma, es legal; no así en cuanto a la restitución ordenada, porque, como se vio, no puede prosperar respecto de los tres inmuebles anotados en el punto primero de la demanda de reconvención, sino únicamente respecto del terreno llamando "Piedras Blancas".

LA IMPUGNACION

El contrademandante Luis Alfredo Rueda recurrió en casación contra la sentencia de segundo grado, y con fundamento en la primera y en la sexta de

las causales establecidas por el art. 520 del C. Judicial formula los tres siguientes cargos que la Corte procede a examinar.

Primer cargo.

Sostiene el impugnante que en este juicio se incurrió en la primera de las causales de nulidad que señala el art. 448 del C. Judicial, esto es, en la llamada incompetencia de jurisdicción.

A este propósito recuerda la demanda de casación que, cuando el procurador de la parte demandante se notificó en forma personal de la sentencia de primer grado e interpuso contra ella el recurso de alzada, se hallaba pendiente la revalidación del papel común empleado en la propia providencia. Esa revalidación era de cargo de la misma parte actora. Por este motivo y con respaldo en el art. 351 del C. Judicial, el Juez de la causa dictó el auto de 20 de septiembre de 1.949, por el cual se requirió a la parte dicha para que, dentro del término de ejecutoria del mismo proveído, revalidara el papel común empleado en la actuación con la advertencia de que si no procedía así, no sería oída en el juicio y de que ello podría dar por resultado que se declarara desierta la apelación interpuesta por el personero de la parte requerida. El demandante no cumplió la orden de revalidación dentro del plazo que se le fijó ni dentro del término que tenía para recurrir de la sentencia, aunque si la ejecutó mucho más tarde, después de lo cual se le concedió la alzada.

Según el recurso, la sanción que consagra el art. 351 del C. Judicial obedece a razones de orden fiscal, pero sucede que, siendo las normas procesales el medio establecido para hacer efectivos los derechos privados, el Juez encargado de realizar la composición de la litis está no solo autorizado, sino obligado a señalar un término para que dentro de el se ejecute la carga de la revalidación, pues de lo contrario quedaría al arbitrio de la parte renuente demorar indefinidamente el proceso, violando con ello los principios fundamentales del mismo, entre ellos el del "equilibrio procesal" o de igualdad de las partes. De aquí la necesidad de que el Juez actúe para evitar que, con la no revalidación oportuna del papel, se prolongue de manera indefinida la litis, con evidente perjuicio de la contraparte, y de que el propio funcionario pueda sancionar el incumplimiento de la revalidación con la declaración de quedar desierto el recurso, sin que esta sanción merezca ser calificada de nula por contraria a derecho.

Después de transcribir los pasos de dos jurisprudencias de la Corte relativa al alcance y aplicación del art. 351, citado, dice el recurrente: "En el caso que se estudia, la parte que introdujo el recurso no sólo no revalidó el papel estando corriendo el término dentro del cual podía apelar, sino que tampoco lo hizo dentro de aquél otro que graciosamente le fue señalado en providencia de 20 de septiembre de 1.949. Esta renuencia intencional o culposa, vino necesariamente a determinar la pérdida del recurso, porque con ella se dejó pasar la oportunidad que para hacerlo viable o procedente le confirieron tanto la ley como el Juez en orden a la mencionada revalidación. Así, el hecho de no haber revalidado ese papel en la indicada oportunidad procesal, equivale, en el plano de las apreciaciones jurídico-procesales, a que dicha parte no introdujo absolutamente el recurso. De consiguiente, si, por lo dicho, ha de admitirse que ese término precluyó sin haberse propuesto el recurso, forzoso es concluir que la sentencia de primera instancia aludida quedó en firme, coforme a la doctrina del artículo 468 del Código Judicial. Ella hizo tránsito a cosa juzgada y el Juez estaba en la obligación de

declarar de oficio su ejecutoria. Y como esto no se hizo, sino que, por el contrario, cuando después de un año se revalidó el papel, concedió el ameritado recurso de apelación, tal decisión posterior vino a ser absolutamente nula o inoperante, como en igual forma debe calificarse la actuación del H. Tribunal en la segunda instancia del juicio".

Además, como, según el recurso, la sentencia de primer grado quedó en firme, el Juez perdió desde entonces la jurisdicción para continuar actuando y el Tribunal no pudo adquirirla ni la adquirió para conocer en el negocio en segundo grado. Por tanto la actuación posterior del Juez y del Tribunal constituye una usurpación de Jurisdicción y está afectada de nulidad por carencia de dicha jurisdicción, conforme a lo prescrito por el art. 448 del C. Judicial.

LA CORTE CONSIDERA:

Proferida y publicada la sentencia de primer grado, se notificó personalmente a los apoderados de las partes. En ese acto de notificación el personero del demandante manifestó que apelaba de dicho fallo. Posteriormente el Juez dictó el auto de 20 de septiembre de 1.949, por el cual se requirió a la parte actora para que revalidara el papel común empleado en la sentencia citada, revalidación que debería efectuarse dentro del término de la ejecutoria de la misma providencia. En ésta se advirtió además que, de no cumplirse lo ordenado, no sería oída la parte renuente y que ello podría dar por resultado que se declarara desierta la apelación interpuesta. Un año después del requerimiento el Juez se declaró impedido para conocer en el negocio, el cual quedó por ello en suspenso durante cerca de diez años. Las estampillas para la revalidación fueron suministradas el 18 de mayo de 1.959, y el 22 de julio del mismo año el Juez concedió el recurso de apelación que el mandatario del demandante Ortega Sánchez había interpuesto contra la sentencia.

La misma parte ahora recurrente en casación solicitó en segunda instancia que se estudiara el problema del otorgamiento de la alzada en las circunstancias expresadas a fin de que se definiese si el Tribunal había adquirido o no jurisdicción para revisar la sentencia de primer grado en virtud de ese recurso. Dicho Tribunal se refirió efectivamente a este asunto y, anotando que la apelación fue introducida antes del requerimiento y en tiempo oportuno, que la sanción que consagra el art. 351 del C. Judicial no puede llegar al extremo de producir la pérdida de un recurso legalmente interpuesto y que esta consecuencia excedería los términos de la misma disposición, concluyó que era admisible la alzada en la forma como había sido concedida por el Juez de la causa.

Sobre lo cual cabe observar: primero, que en realidad la apelación se interpuso en tiempo oportuno y antes del requerimiento para revalidar el papel común; segundo, que el auto de requerimiento, al anunciar la sanción de que no se oiría a la parte renuente, añadió como simple advertencia que tal sanción podría llegar a producir la declaratoria de deserción de la alzada; tercero, que, a pesar de no haberse efectuado la revalidación oportunamente, el Juez no decretó dicha deserción, sino que concedió el recurso sin reclamo alguno de quien más tarde vino a alegar la nulidad; cuarto, que en estas circunstancias no es admisible tener por producidos los efectos de una sanción que no se impuso en la oportunidad debida; quinto, que el sentenciador de segundo grado, considerando estos antecedentes, declaró gozar de jurisdicción para entender en el negocio y que, así las cosas,

hubo preclusión del asunto y no puede considerarse que el juicio esté afectado de la nulidad que se invoca. De lo cual se infiere que el cargo carece de fundamento.

Segundo Cargo.

Se hace consistir en la violación indirecta de los arts. 653, 665, 669, 762, 779, 946, 947, 948, 949, 950, 952, 961, 964 y 2322 del C. Civil, a causa de error evidente de hecho en la interpretación de la demanda de reconvención.

Tercer Cargo.

Versa sobre la infracción directa de los arts. 665, 669, 762, 779, 946, 947, 949, 952 y 2322 del C. Civil, por falta de aplicación.

La acusación que contienen los dos cargos anteriores viene dirigida contra la sentencia en cuanto decidió las súplicas formuladas en la demanda de mutua petición, y la corte entraría a exponer y analizar sus fundamentos si no fuese porque, en relación con la misma demanda, ha ocurrido en esta litis un fenómeno procesal que la inhibe para pronunciarse sobre este aspecto del recurso.

En efecto, el demandante Ortega promovió el juicio contra el demandado Rueda para que se decretara, en su orden, la nulidad, la simulación, la resolución y la rescisión del contrato de compraventa que los contendientes celebraron y que se consignó en la Escritura Nº. 347 de 1.940. A su vez el señor Rueda propuso demanda de reconvención contra Ortega para que se condenara a éste a hacerle entrega material de tres de los cinco inmuebles que le había vendido, así como a pagar los frutos naturales y civiles de esos bienes. La contrademanda fue admitida y contestada, se ha venido ventilando bajo una misma cuerda con la demanda principal y las súplicas en ella formuladas se resolvieron en los fallos de instancia. Esas súplicas se fundan en que el contrademandado Ortega vendió y no ha entregado al contrademandante Rueda los bienes a que la reconvención se refiere.

El art. 887 del C. Judicial prescribe que "al juicio que se promueva por persona a quien se le ha transferido el dominio pleno o cualquier otro derecho real principal sobre un inmueble cuya tradición legal se haya efectuado por medio del registro, para que el tradente no retenga materialmente la cosa en su poder, se le da la tramitación señalada en el capítulo precedente".

Conforme a este precepto, la acción que el comprador de un inmueble tiene contra el vendedor para que éste no retenga y le haga entrega material del bien enajenado, se ventila, no por la vía ordinaria, sino por la especial señalada para los juicios posesorios por despojo.

En el caso presente, aunque en la contrademanda se habla expresamente de acción reivindicatoria, lo cierto es que de las peticiones y de los hechos expuestos en esa pieza aparece muy claro que la verdadera acción que el reconviniente Rueda promovió y ha venido ejercitando contra el señor Ortega es la de entrega material de algunos de los inmuebles que éste vendió a aquél y que aún retiene en su poder. Esta acción estaba llamada a ventilarse por la vía especial que señala el transcrito art. 887 del C. Judicial. Como no se procedió así, sino que, incoada en la contrademanda, se tramitó por la vía ordinaria y

bajo una misma cuerda con la demanda principal, se hace necesario examinar si la litis referente a la entrega de los bienes dichos se ciñó a los trámites legales y si es susceptible del recurso de casación.

El art. 742 del C. Judicial dispone que "el demandado, al contestar la demanda, puede proponer la de reconvención, siempre que el Juez sea competente para conocer de ésta, o sea admisible la prórroga de jurisdicción". Como ya lo ha apuntado la Corte, esta norma no consagra ninguna excepción a las reglas generales sobre la competencia y de consiguiente la reconvención está sujeta a esas reglas de igual modo que la demanda principal (LXVI - 2077, 775).

En casación de 18 de julio de 1.960 expresò la Corte que, por razón del momento en que se produce, la acumulación de acciones o acumulación objetiva se divide en inicial y sucesiva, que la primera se realiza en la demanda, en la reforma de ésta y en la reconvención y que la sucesiva se efectúa mediante la acumulación de autos. En la misma providencia se agregó: "La acumulación de acciones, inicial o sucesiva, no es libre, sino que está sometida a dos requisitos fundamentales, cuales son la compatibilidad y la conexión de dichas acciones. El art. 209 del C. Judicial se refiere al primer requisito al disponer que las acciones han de seguir el mismo procedimiento, que no sean contrarias o incompatibles entre sí y que el Juez goce de competencia para decidirlas. Según esto la incompatibilidad puede ser material o procesal. Es lo primero cuando los efectos jurídicos o económicos de las acciones no pueden coexistir, sino que se destruyen recíprocamente. Hay incompatibilidad procesal cuando el Juez no es competente para conocer de todas las acciones o cuando éstas no siguen el mismo procedimiento, con la salvedad concerniente a la prórroga de la competencia por razón del lugar y de la cuantía" (XCIII - 2228, 88).

La contrademanda constituye un medio de acumulación de acciones y es admisible cuando las que en ella se ejercitan son procesalmente compatibles con las propuestas en la demanda principal, esto es, cuando unas y otras acciones pueden ventilarse y ser decididas por el mismo procedimiento. Si no existen entre esas acciones este requisito de la compatibilidad procesal, la demanda de reconvención no puede ser aceptada ni tramitarse bajo una misma cuerda con la demanda principal, y ello porque, de lo contrario, se quebrantarían las normas que señalan los trámites de cada especie de juicios, normas que son de orden público y cuya aplicación no depende por lo mismo del arbitrio de las partes ni del Juez. La reconvención no puede, pues, promoverse libremente, como a primera vista pudiera deducirse del contexto del art. 742 del C. Judicial, que sólo alude a la competencia del Juez, sino que, además de este requisito, se requiere también para instaurarla que las acciones en ella ejercitadas se puedan ventilar por la misma vía de la demanda principal. Así lo ha expresado ya la Corte en varias ocasiones. En casación de 20 de noviembre de 1.941 (LII-1981, 765) se dijo que, por incompatibilidad de trámites judiciales, es inadmisible en la vía ordinaria la demanda de reconvención en que se ejercitan acciones de tramitación especial, y en casación de 18 de agosto de 1.958 (LXXXVIII-2199, 629) se expresó que la admisibilidad de la demanda de mutua petición está condicionada al hecho de que las acciones que en ella se promueven puedan ventilarse por la misma vía que las incoadas en la demanda principal.

Ahora bien: como en este caso la demanda de reconvención no era admisible por no tener la misma tramitación ordinaria de la demanda principal y como la sentencia que decidió las pretensiones formuladas en esa contrademan-

da no es susceptible del recurso de casación, síguese que la Corte no puede acometer el estudio de los cargos que se dirigen contra el mismo fallo por haber resuelto, como lo hizo, dichas pretensiones. En consecuencia la Corte debe inhibirse de conocer del recurso que se funda en los referidos cargos segundo y tercero que se formulan en la demanda de casación.

No sobra recordar a este propósito que en repetidas ocasiones la Corte ha expresado que la admisión del recurso extraordinario de casación, no la obliga a tomar decisión alguna de fondo cuando, al examinar los cargos formulados contra la sentencia recurrida, advierte que ésta no era susceptible de tal recurso por la índole de la controversia o de la tramitación que la ley procesal le asigna (LXX-2107, 850 LXXVI-2135, 610 LXXVII- 2138, 51).

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 cinco de mayo de mil novecientos sesenta, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en este juicio ordinario de José Ortega Sánchez contra Luis Alfredo Rueda Ortega, en cuanto dicho fallo se refiere a las pretensiones de la demanda principal, y se inhibe de conocer de la acusación dirigida contra la parte de la misma sentencia que decidió las súplicas formuladas en la demanda de reconvención.

Sin costas por no haberse causado.

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

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

OPCION DEL DEUDOR EN LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS

1. En las obligaciones alternativas, el silencio del ejecutado frente al mandamiento de pago, puede en ciertas circunstancias equivaler a opción de su parte. 2. La elección que en las obligaciones alternativas ha de hacer el deudor con antelación al juicio ejecutivo, puede en ocasiones efectuarse, real o virtualmente, dentro del proceso. 3. Si uno de los dos términos de una obligación alternativa resulta ser absolutamente indeterminado, la obligación deja de ser tal para convertirse en singular o de objeto único.

1. En lo tocante con la acción de revisión por vía ordinaria de la sentencia de pregón y remate, petición ésta que fue negada por el Tribunal en el fallo que es objeto de impugnación por medio de este recurso extraordinario, alega el recurrente violación directa del inciso 1o. del artículo 26 de la Constitución y de los artículos 1556 y 1558 del Código Civil, conforme al planteamiento siguiente:

Que existe una nulidad de carácter constitucional proveniente de la inobservancia de las formas propias de cada juicio, porque, visto que el título ejecutivo contenía una obligación alternativa cuya elección correspondía a la deudora, se imponía requerirla para que eligiera, y como tal requerimiento no se hizo, dejó de cumplirse una de las formas propias para la viabilidad de la acción ejecutiva; y que, al olvidar ese mandato constitucional, el fallo cayó en la violación directa de los artículos 1556 y 1558 del C. Civil, que "son normas protectoras del derecho que tiene el deudor, cuando así se pacta, de hacer la elección de la respectiva obligación, tratándose de obligaciones alternativas, derecho que el acreedor le arrebató a la deudora.

Considera la Corte que aún dentro del supuesto de ser realmente *alternativa* la obligación en referencia, calificación ésta que fue acogida por el Tribunal, se tendría que, si la deudora no fue requerida previamente al juicio ejecutivo, para que optase por una de las dos prestaciones a que -se supuso- la vinculaba su compromiso, no por ello podría decirse que la ejecución se adelantó sin que hubiera quedado subsanada aquella omisión preliminar, en cuanto la deudora aceptó el mandamiento de pago en dinero, al no oponerle contradicción alguna dentro la oportunidad que tuviera para ello en el proceso ejecutivo. Es decir, que el silencio de la ejecutada ante el decreto de pago que equivalió a opción de su parte.

2. En caso de tratarse de obligación alternativa, que fue el supuesto en que se colocó el Tribunal, queda en pie su conclusión de que la falta del requerimiento a que se refiere el artículo 992 del Código Judicial en armonía con los artículos 1557 y 1558 del Código Civil, no constituye causa de nulidad procesal,

sino que es una formalidad previa, tocante con la efectividad del derecho perseguido, por lo cual cualquier reparo al respecto tenía que ventilarse dentro del término que en la acción ejecutiva tuvo la deudora para oponerse al mandamiento de pago. Es que, en tratándose de perseguir la satisfacción de una obligación alternativa, la exigencia del requerimiento al deudor sólo tiende a que, por la elección que éste haga de la prestaciòn a cuyo pago exclusivo se somete, se determine el marco para la exigibilidad del crédito, lo que en principio ha de cumplirse con antelación al juicio ejecutivo, que solo comienza con la notificación del mandamiento de pago al ejecutado (art. 981 del C. Judicial), sin perjuicio de que, en casos como el contemplado en autos, la elección del deudor llegue a efectuarse real o virtualmente dentro del proceso. Por lo tanto, en la ejecución en referencia y por el aspecto de que se trata, mal pudo haber cabida a una nulidad procesal.

3. Obligación *alternativa* es aquella cuyo objeto está constituìdo por dos o más cosas que se deben disyuntivamente, de modo que pagando el deudor una de ellas se extingue su obligación respecto de las demás (art. 1556 del C. Civil). La deuda de esta especie se caracteriza, pues, por dos notas esenciales: pluralidad de prestaciones; y derecho del deudor a libertarse integralmente, satisfaciendo una cualquiera de ellas.

En lo tocante con la primera de tales caracterìsticas, que es la que está en juego en este caso, sucede que, si una de las prestaciones no podía ser objeto de la obligación, subsiste ésta sobre las otras; y "si una sola resta, el deudor es obligado a ella" (art. 1560 ibid.). Por lo que, en este último evento, al no encontrarse la pluralidad de prestaciones, la obligación es apenas singular, y no alternativa.

Viniendo a la cuestión concreta del documento en estudio, se observa que allí la parte deudora después de reconocer sus obligaciones, expresa lo siguiente: "Esta deuda, es decir el valor de los arrendamientos y de los gastos, se los pagaré a mi acreedor así: cediéndole *una parte* de los derechos que me corresponden en dicha casa, o en moneda corriente".

Pero no se encuentra aquí determinado el objeto de la primera de estas prestaciones, o sea, què cuota en el inmueble aludido debiera transferir la deudora a su acreedor, en el ámbito de la alternación, ni se dieron los datos o reglas indispensables para determinarla.

Ahora bien: enseña el artículo 1518 del C. Civil que, para que las cosas que existen o cuya existencia se espera, puedan ser objeto de una declaración de voluntad, "es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género", y que "la cantidad puede ser incierta con tal de que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla". La disciplina que esta última norma predica no puede menos de ser aplicada, por imperativos de lógica, a un caso como el que se contempla, en el que, tratándose de una prestación que consistiría en la cesión de *una parte* de derechos en un inmueble, o sea de una cuota en el mismo, no solamente no se concretó ésta, sino que, como ya está dicho, no se indicaron los datos o reglas indispensables para determinarla.

Así, pues, a causa de lo indeterminable de su objeto, ese primer extremo de la pretendida disyuntiva debió ser considerado como inoperante; y, en con-

secuencia, tratada, no como alternativa, sino como singular o de objeto único, por estar limitada a la prestación en dinero, la obligación contraída en aquel documento. En tal virtud, el cobro de ese crédito por la vía ejecutiva, pudo efectuarse sin necesidad de que se hiciera a la deudora requerimiento alguno en razón de los artículos 1557 y 1558 del Código Civil, y 992 del C. Judicial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, D. E., veintiuno de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Disirito Judicial de Bogotá, con fecha 11 de octubre de 1.960, en el juicio ordinario seguido por María Alfonso Gacharná Palacios frente a Jorge Gacharná Palacios.

- I -

ANTECEDENTES

Mediante documento privado de 17 de diciembre de 1.947, María Alfonso Gacharná Palacios se constituyó deudora de su hermano el doctor Jorge Gacharná Palacios, tanto de la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo), valor de la participación que a èste correspondia en unos arrendamientos de la casa número 17-37 de la carrera 12 de esta ciudad, como de las tres cuartas partes de todos los gastos que por el dicho doctor se hicieran en el juicio de sucesión de los padres de ambos. En el punto CUARTO del referido documento la deudora dijo: "Esta deuda, es decir el valor de los arrendamientos y de los gastos se los pagaré a mi acreedor así: Cediéndole una parte de los derechos que me corresponden en dicha casa, o en moneda corriente. En el caso de que al aprobarse la partición no le hubiere pagado esta deuda le reconoceré un interès mensual, del uno por ciento (1%), sin perjuicio de las acciones que correspondan a mi acreedor". Y finalmente, en relación con los intereses se hizo la siguiente aclaración: "Del interés que se habla no es de los arriendos".

Con base en este documento, Jorge Gacharná Palacios siguió, ante el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Bogotá, juicio ejecutivo contra la señorita María Alfonso de sus mismos apellidos, por la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo) primeramente dicha y sus intereses, desde cuando se hicieron exigibles hasta el día en qúe se efectuase el pago. Esa ejecución, que se decretó al tenor del pedimento del ejecutante, sin que por parte de la ejecutada se hubiera reclamado contra el mandamiento de pago, ni propuesto excepción alguna, concluyó con el remate del derecho de tres cuartas partes que la ejecutada tenía en la casa número 17-37/39 de la carrera 12 de esta ciudad, derecho que se adjudicó al mismo ejecutante como a único postor, por cuenta del crédito y hasta concurrencia de éste.

- II -

EL LITIGIO

Así las cosas, la señorita María Alfonso Gacharná Palacios presentó demanda contra el doctor Jorge Gacharná Palacios en que pide que, mediante juicio ordinario, se hagan las declaraciones que se sintetizan así:

1a. Que se declare la nulidad del referido juicio ejecutivo, a partir del auto en que se libró la orden de pago, "nulidad que proviene de que la demandada en dicho juicio ejecutivo no fue notificada o emplazada legalmente";

2a. que se declare la revisión de la sentencia de pregón y remate dictada en el mismo juicio;

3a. "que como consecuencia de las anteriores declaraciones se declare que son nulos e inexistentes los siguientes actos realizados como resultado de los referidos juicio y sentencia de pregón y remate", a saber: la adjudicación que se le hizo al rematante Jorge Gacharná Palacios en la diligencia de remate de 12 de noviembre de 1.954, del citado derecho de tres cuartas partes en la finca números 17-37/39 de la carrera 12 de esta ciudad; y la resolución del juez aprobatoria del mismo remate;

4a que, consecuencialmente, se ordene al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito cancelar la inscripción que se hizo de la adjudicación a favor de Jorge Gacharná Palacios, en el mencionado remate; y

5a. que se condene al demandado en las costas del juicio.

Como HECHOS de su demanda, la actora, además de referir los que se narraron atrás, señala otros que cabe resumir así:

Que la deudora, de acuerdo con el referido documento, podía pagar su obligación, ya mediante la cesión de una parte de sus derechos en la mencionada casa o bien en dinero efectivo;

que, previamente al mandamiento de pago proferido en el mencionado juicio ejecutivo, no se requirió a la deudora para que eligiera entre los dichos dos medios de pago que a su disposición tenía, pues no fue citada ni emplazada para ello;

que esa elección sobre la forma de pago la hizo el acreedor, quien solicitó que el mandamiento ejecutivo se librara por la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo) y sus intereses al uno por ciento (1%) mensual, forma en que éste fue dictado y en que se hizo por el Juzgado la liquidación definitiva del crédito;

que en el título ejecutivo en referencia, no sólo se pactó la mencionada deuda de cinco mil pesos ($5.000.oo), sino que también la señorita Gacharná Palacios se declaró deudora de las tres cuartas partes de los gastos que se hiciesen en el juicio de sucesión a que alude el mismo documento, y que el interés en éste pactado solamente lo fue con relación a las mencionadas tres cuartas partes de gastos, pero no sobre la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo) proveniente de arrendamientos; y

que en el referido juicio ejecutivo, se dictó con fecha 16 de mayo de 1.950, sentencia de pregón y remate, que ordenó llevar adelante la ejecución tal como fue decretada; se le adjudicó al ejecutante, en el remate llevado a efecto el 12 de noviembre de 1.954, el bien relacionado en el ordinal 3o. de la parte petitoria de la demanda inicial de este juicio; y se aprobó el remate por auto 8 de junio de 1.955, que fue inscrito en la Oficina de Registro de Bogotá el 17 de septiembre del mismo año bajo el número 18462.

En DERECHO invocó la actora los artículos 1556, 1557, 1558, 717 y 1617 del Código Civil, y 457, 472, 992, 448 ord. 3o. y 1030 del Código Judicial.

En su contestación, el demandado aceptó haber éste adelantado un juicio ejecutivo, ante el Juez 2o. Civil del Circuito de Bogotá, contra la señorita actora y en cuanto a los demás hechos del libelo dijo, respecto de unos, atenerse a lo que aparezca o se demuestre en autos, y no constarle otros; manifestó que los preceptos invocados por la demandante no consagran el derecho que ésta pretende y que si alguno pudo tener "no lo hizo valer en oportunidad, lo renunció o prescindió de él"; y en resumen, se opuso a que se otorguen las súplicas impetradas.

Puso fin a la primera instancia la sentencia del Juez 1o. Civil de este Circuito, por la cual se negaron las peticiones de la demanda, con imposición de costas a la demandante.

Por apelación de ésta, surtióse el segundo grado, a que recayó la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 11 de octubre de 1.960, en que se confirma el fallo recurrido con costas a cargo de la apelante, pronunciamiento este último contra el cual la parte vencida interpuso el recurso de casación a cuyo despacho se procede ahora.

- III -

LA SENTENCIA RECURRIDA

Estima el Tribunal que la demanda comprende dos acciones: la de nulidad del juicio ejecutivo que el Dr. Jorge Gacharmá Palacios adelantó contra la demandante, y la de revisión de la sentencia de pregón y remate proferida en aquella ejecución.

Respecto de la primera de tales acciones o sea la de nulidad, advierte que la actora la funda en la circunstancia de no habérsele hecho el requerimiento previo ordenado por el artículo 992 del C. J., por cuanto se trataba del cobro de una obligación alternativa. Pero, contra esta pretensión, levanta el sentenciador los siguientes argumentos:

Que "los motivos de nulidad constituyen verdaderas sanciones que, como tales, deben estar señaladas en forma expresa y clara"; y que, tratándose de las definidas por la ley, "la doctrina jurisprudencial tiene repetido que ellas 'no pueden ampliarse por interpretación extensiva'";

que "La falta de requerimiento del deudor para que elija la forma de pago de la obligación alternativa a su cargo, no constituye causal de nulidad procesal, porque dicha omisión no está erigida por la ley como tal, y ya se vió, que por interpretación analógica no pueden aplicarse esas causales. Ni esa omisión obraría con efecto sobre la validez del proceso, sino sobre la ejecución de la obligación, o sea sobre la posibilidad jurídica de demandar su pago, factor este respecto del cual caben otros remedios procesales, distintos de la invalidación del proceso que, se repite, sólo procede con fundamento en aquellas irregularidades que implican, o el desconocimiento de las bases de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa";

que "contra las deficiencias del título ejecutivo relacionadas con su actitud para fundamentar el pago coercitivo de la obligación que en el conste, sólo proceden los medios de impugnación que la ley brinda contra el decreto de mandamiento de pago, o, en su caso, y según sea la naturaleza del vicio de que adolezca el título, la proposición de la correspondiente defensa, por la vía y en la oportunidad de que para tal fin dispone el deudor";

que "Revisando la actuación surtida en el proceso ejecutivo que cursó ante el Juez Segundo Civil de este Circuito entre Jorge Gacharná Palacios y María Abdónina o María Alfonso Gacharná Palacios, y que consta en las copias acompañadas a la demanda, encuentra el Tribunal que en ese proceso intervino esta señora en forma directa, concurriendo a la notificación del mandamiento de pago, sin reparo alguno. Y que -como quedó consignado en la sentencia de pregón y remate- el juicio se adelantó llenándose todas las formalidades propias de él, y sin que se incurriera en causal de nulidad que invalidara lo actuado, por lo cual se dispuso llevar adelante la ejecución, tal como fué decretada, y rematar los bienes embargados para con su producto pagar al acreedor".

Por todo lo cual, no encontró el juzgador configurado el motivo alegado como base de la súplica sobre nulidad del juicio ejecutivo en referencia.

En lo tocante con la acción de revisión de la sentencia de pregón y remate, luego de estimar que no se alega otro motivo que el consistente en que la estipulación de intereses consignada en el referido contrato sólo aludía a la cantidad que resultase a cargo de la deudora por concepto de gastos efectuados por el acreedor en el juicio de sucesión de sus padres, y no a la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo) procedente de los arrendamientos de la casa número 17-37 de la carrera 12, conceptúa el sentenciador que ello no es fundamento para revisar la sentencia de pregón y remate, por las siguientes razones: porque el juicio ejecutivo se compone de un conjunto de etapas que se inician con el mandamiento de pago y culminan con la satisfacción del crédito perseguido; porque la actuación en cada una de estas etapas está sometida a precluir, "en forma tal, que lo es materia del mandamiento de pago ejecutivo, no puede serlo de las excepciones, ni lo que es materia del incidente de excepciones, puede serlo de la sentencia de pregón y remate, etc."; y porque, en el caso de esta litis, "se tiene que si el título que presentó el doctor Gacharná Palacios, carecía de mérito para demandar y decretar el pago de intereses por haberse pactado estos sobre un crédito distinto del cobrado, tal cuestión ha debido ventilarse con motivo del decreto de pago que se profirió con base en ese título. Y como así no se hizo, y esta etapa del juicio ejecutivo precluyó -como precluyó también la correspondiente a las excepciones- sin que de ésta se hiciera uso por la ejecutada, como quedó consignado en la sentencia de pregón y remate, es claro que tal materia no puede ventilarse dentro de la etapa en que se ordena proseguir la ejecución, por no haberse propuesto excepciones, o por haberse declarado no probadas las que se hubieran propuesto. Y si esto rige en el propio juicio, con mayor razón debe regir en el proceso que tenga por objeto su revisión, toda vez que en éste no podrían crearse situaciones procesales que no tuvieron existencia en el juicio materia de la revisión, porque entonces ésta implicaría la creación de un proceso distinto del que es materia de la misma, lo cual contradice su finalidad esencial".

- I V -

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

La demanda de casación, -que fué contradicha en tiempo por la parte opositora- propone dos cargos en relación con la causal primera, los que se estudiarán en su orden.

Primer cargo.

Formulado por violación indirecta de los artículos 26 de la Constitución, 1556, 1558, 1758, 1759, 1761 y 1765 del C. civ., y 606 y 637 del C. J., se

hace estribar en que el sentenciador incurrió en error de hecho manifiesto por "falta de apreciación del valor o contenido del documento privado de fecha 17 de diciembre de 1.947 suscrito en esta ciudada por María Abdónina Gacharná Palacios o María Alfonso Gacharná Palacios, que obra al folio 1o. del cuaderno Nº. 1º.". Con el intento de demostrar ello, expresa el recurrente:

"Este error de hecho consistió en que el fallo que acuso no apreció dicho documento en las estipulaciones que dicen: 'TERCERO. Por el presente documento me constituyo deudora del citado doctor Jorge Gacharnà Palacios por la mencionada suma de cinco mil pesos ($5.000.oo) moneda corriente y por las tres cuartas partes de todos los gastos que se hagan en el juicio de sucesión en referencia, gastos que se comprobarán con los respectivos recibos y con las constancias que figuren en el expediente. CUARTO. Esta deuda, es decir el valor de los arrendamientos y de los gastos se los pagaré a mi acreedor así: Cediéndole una parte de los derechos que me corresponden en dicha casa, o en moneda corriente,".

"Las declaraciones transcritas y de que trata el citado documento, constituyen al tenor de lo consagrado en los artículos 1758, 1759, 1761 y 1765 del Código Civil, 606 y 637 del Código Judicial, plena prueba; y como el Tribunal sentenciador olvidó esta prueba, la pasó por alto, no la examinó, ni analizó, esto implica indudablemente un error de hecho, el cual aparace de modo manifiesto en los autos, dado que el referido documento existe y el fallo que acuso no lo contempló, es decir no tuvo en cuenta su existencia, y como consecuencia la falta de apreciación de esa prueba, llevó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a considerar como improcedente la demanda propuesta por mi poderdante".

De todo lo cual concluye que, al no apreciarse por el juzgador la prueba instrumental referida, que lo es plena y completa, de conformidad con las normas legales expresadas, incurrió en violación medio que trajo como resultado irremediable el quebrantamiento, tanto de la norma consagrada en el inciso 1o. del artículo 26 de la Carta, como de los "artículos 1556 y 1558 del Código Civil que establecen lo que se entiende por obligación alternativa y las limitaciones del derecho del acreedor a demandar determinadamente una de las cosas debidas, siendo la elección del deudor".

SE CONSIDERA:

Como se ve, el recurrente hace consistir el error de hecho, fundamento de este cargo, en la falta de apreciación por el Tribunal del documento privado de 17 de diciembre de 1.947, en las estipulaciones de sus puntos tercero y cuarto.

Si bien este primer cargo, de resultar cierto, no tendría contra la sentencia acusada incidencia alguna, por las razones que se consignarán en la ventilación del segundo, se observa al impugnante que no es exacta su imputación, porque el juzgador encabezó el fallo con una exposición del referido documento, en la cual transcribe íntegramente su cláusula o punto tercero y refiere el exacto contenido del punto cuarto, reproduciendo literalmente sus frases sustanciales; y porque, luego, en la argumentación relativa a la "Acción de nulidad del juicio ejecutivo", diserta sobre el derecho del deudor de obligación alternativa a elegir entre las cosas que ésta comprende y a ser requerido al afecto previamente al cobro compul-

sivo, derecho que, con apoyo en las susodichas estipulaciones, fuera el invocado por la demandante, alegando su trasgresión como fundamento de la pretendida nulidad del juicio ejecutivo.

No fue, pues, ignorado tal documento por el Tribunal, ni éste dejó de ver, como eran, sus cláusulas tercera y cuarta, ni omitió apreciarlas. Es decir que no existe el error de hecho que la censura alega.

Segundo Cargo.

Propuesto por violación directa del inciso 1o. del artículo 26 de la Constitución y de los artículos 1556 y 1558 del C. civ., su planteamiento se ofrece así:

Que, fuera de las nulidades procedimentales de que trata el art. 448 del C. J., "existe una nulidad de carácter constitucional proveniente de la inobservancia de las formas propias de cada juicio", en razón de lo dispuesto por el citado precepto del Estatuto fundamental, que ignoró el sentenciador, cuya obligación "era la de examinar si evidentemente se cumplió en el juicio ejecutivo promovido por Jorge Gacharná contra María Alfonso Gacharná, con la plenitud de las formas propias dentro de la ejecución, una de las cuales era, en vista de que el título ejecutivo contenía una obligación alternativa cuya elección correspondía a la deudora Gacharná, requerir a ésta para la correspondiente elección. Como tal requerimiento no se hizo, dejó de cumplirse una de las formas propias para la viabilidad de la acción ejecutiva"; y

que, al olvidar ese mandato constitucional, el fallo cayó en la violación directa de los artículos 1556 y 1558 del C. civ., que "son normas protectoras del derecho que tiene un deudor, cuando así se pacta, de hacer la elección de la respectiva obligación, tratándose de obligaciones alternativas", derecho que el acreedor, hoy el demandado, arrebató a la deudora, hoy la demandante.

SE CONSIDERA:

Este cargo tiene como base única el pensamiento de ser alternativa la obligación que María Alfonso Gacharná Palacios contrajo en el documento del 17 de diciembre de 1.947, por donde concluye el recurrente que, por no haberse requerido a la deudora para que hiciese la elección de la prestación a cuyo pago se sometía, el juicio ejecutivo contra ella adelantado por Alfonso Gacharná Palacios lo fué con prescindencia de una de las formas propias de este juicio y, por lo tanto, con quebranto del artículo 26 inc. 1º. de la Carta y de los artículos 1556 y 1558 del C. civ.; y que, por no haberlo reconocido así el pronunciamiento acusado, al negar las súplicas de la demanda, violó los preceptos sobredichos.

Aunque el Tribunal partió del mismo supuesto de ser alternativa la obligación en referencia, con todo llegó a una conclusión adversa a la demandante, en cuanto consideró que la omisión del requerimiento aludido no está erigida por la ley en motivo de nulidad procesal, sino que sólo obraría sobre la posibilidad jurídica de demandar el pago de la obligación, aspecto éste "respecto del cual -dice- caben otros remedios procesales, distintos de la invalidación del proceso".

En el plano de la calificación acogida por el Tribunal respecto de la obligación de la señorita Gacharná Palacios, se tendría que, si ésta no fuè requerida previamente al juicio ejecutivo, para que optase por una de las dos prestaciones

a que -se supuso- la vinculaba su compromiso, no por ello podría decirse que la ejecución se adelantó, sin que hubiera quedado subsanada aquella omisión preliminar, en cuanto la deudora aceptó el mandamiento de pago en dinero, al no oponerle contradicción alguna dentro de la oportunidad que tuviera para ello en el proceso ejecutivo. Es decir, que el silencio de la ejecutada ante el decreto de pago equivalió a opción de su parte.

Mas, aunque así no fuese, en el supuesto en que se colocó el Tribunal, quedaría en pié su conclusión de que la falta de ese requerimiento, a que se refiere el artículo 992 del C. J. en armonía con los artículos 1557 y 1558 del C. civ., no constituye causa de nulidad procesal, sino que es una formalidad previa, tocante con la efectividad del derecho perseguido, por lo cual cualquier reparo al respecto tenía que ventilarse dentro del término que en la acción ejecutiva tuvo la deudora para oponerse al mandamiento de pago. Es que, en tratándose de perseguir la satisfacción de una obligación alternativa, la exigencia del requerimiento al deudor sólo tiende a que, por la elección que éste haga de la prestación a cuyo pago exclusivo se somete, se determine el marco para la exigibilidad del crédito, lo que en principio ha de cumplirse con antelación al juicio ejecutivo, que sólo comienza con la notificación del mandamiento de pago al ejecutado (art. 981 C. J.), sin perjuicio de que, en casos como el contemplado, la elección del deudor llegue a efectuarse real o virtualmente dentro del proceso. Por lo tanto, en la ejecución en referencia y por el aspecto de que se trata, mal pudo haber cabida a una nulidad procesal.

Todavía más: si se estudia a fondo el documento del 17 de diciembre de 1.947, se encuentra que él no pudo configurar obligación alternativa alguna a cargo de María Alfonso Gacharná Palacios, por las siguientes razones:

Obligación **alternativa** es aquella cuyo objeto está constituido por dos o más cosas que se deben disyuntivamente, de modo que pagando el deudor una de ellas se extingue su obligación respecto de las demás (art. 1556 C. civ.). La deuda de esta especie se caracteriza, pues, por dos notas esenciales: pluralidad de prestaciones; y derecho del deudor a libertarse integralmente, satisfaciendo una cualquiera de ellas.

En lo tocante con la primera de tales características, que es la que ahora está en juego, sucede que, si una de las prestaciones no podía ser objeto de la obligación, subsiste ésta sobre las otras; y "si una sola resta, el deudor es obligado a ella" (art. 1560 ibid.). Por lo que, en este último evento, al no encontrarse la pluralidad de prestaciones, la obligación es apenas singular, y no alternativa.

Viniendo a la cuestión concreta del documento de 17 de diciembre de 1.947, se observa que allí María Alfonso Gacharná Palacios, luego de constituirse deudora de su hermano Jorge por la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.oo), proveniente de unos arrendamientos de la casa número 17-37 de la carrera 12 de esta ciudad, y por las tres cuartas partes de los gastos que el acreedor hiciera en el juicio de sucesión de sus padres, expresó lo siguiente: "Esta deuda, es decir el valor de los arrendamientos y de los gastos se los pagaré a mi acreedor así: cediéndole una parte de los derechos que me corresponden en dicha casa, o en moneda corriente".

Pero, no se encuentra aquí determinado el objeto de la primera de estas prestaciones, o sea qué cuota en el inmueble aludido debiéra transferir la deudora a

su acredor, en el ámbito de la alternación, ni se dieron los datos o reglas indispensables para determinarla.

Ahora bien: enseña el artículo 1518 del C. civ. que, para que las cosas que existen o cuya existencia se espera, puedan ser objeto de una declaración de voluntad, "es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género", y que "La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla". La disciplina que esta última norma predica no puede menos de ser aplicada, por imperativos de lógica, a un caso como el que se contempla, en el que, tratándose de una prestación que consistiría en la cesión de una parte de derechos en un inmueble, o sea de una cuota en el mismo, no solamente no se concretó ésta, sino que, como ya está dicho, no se indicaron los datos o reglas indispensables para determinarla.

Asi, pues, a causa de lo indeterminable de su objeto, ese primer extremo de la pretendida disyuntiva debió ser considerado como inoperante; y, en consecuencia, tratada, no como alternativa, sino como singular o de objeto único, por estar limitada a la prestación en dinero, la obligación contraída en aquel documento por María Alfonso Gacharná Palacios. En tal virtud, el cobro de ese crèdito por la vía ejecutiva, pudo efectuarse sin necesidad de que se hiciera a la deudora requerimiento alguno en razón de los artículos 1557 y 1558 del C. civ. y 992 del C. J.

No prospera, pues, el cargo.

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 once (11) de octubre de mil novecientos sesenta (1.960), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casaciòn a cargo del recurrente.

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

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

NULIDAD DE REMATE. TECNICA DE CASACION

1. En casación no caben cargos subsidiarios. 2. Los cargos condicionales no se compaginan con la naturaleza del recurso de casación. 3. Normas que rigen la nulidad del remate según se origine en informalidades procesales o en vicios de la subasta como acto jurídico. 4. Distinción entre la acción de nulidad de un remate y la acción de revisión en juicio ordinario de la sentencia de pregón y remate. 5.- Para declarar la nulidad de un acto jurídico deben concurrir al juicio las partes que han intervenido en tal acto.

1. En casación no caben cargos subsidiarios, ya que el artículo 531 del Código Judicial dispone que se exponga en forma clara y precisa los fundamentos de cada una de las causales aducidas, y que se citen los textos legales infringidos; y el 537, ibídem, deja al criterio de la Corte examinar en orden lógico las censuras que contienen la demanda.

2. No se compaginan con la naturaleza del recurso extraordinario los cargos condicionales, o sea, los que se invocan suponiendo que la sentencia haya admitido un determinado hecho, como sería aceptar en el caso en estudio, como hipótesis, que el Tribunal encontró que la acción de nulidad del juicio ejecutivo en que uno de los demandados remató el derecho *sub lite* no fue deducida en el libelo. Se trataría entonces de un error de hecho en la interpretación de la demanda, consistente en no haber visto en ella esta súplica. En este evento, la acusación debería haberse propuesto claramente, por error de hecho o de derecho en la apreciación de la demanda, no en la forma genérica o vaga de haberse interpretado "erradamente la demanda", pues el artículo 520 del C. J. terminantemente dispone que cuando la violación de la ley proviene de interpretación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos. El acusador en su demanda de casación no cumple con estas formalidades, ya que se limita a decir que en el supuesto expresado, "interpretó el fallador erradamente la demanda" y con ese error violó el artículo 1030 del Código Judicial.

3. La nulidad del remate efectuado en un juicio ejecutivo o de venta puede obtenerse en juicio ordinario por informalidades de procedimiento, o por vicios del acto jurídico o contractual llevado a término entre el dueño del bien subastado, que lo es el demandado en la acción especial, representado por el Juez que conoce el cobro coactivo, y el rematante.

El primer evento lo contemplan estos artículos del Código Judicial: el 457, que autoriza a quien no fue legalmente notificado o emplazado o no estuvo debidamente representado en el juicio para pedir que se declare la nulidad del mismo, y el 451, cuando el remate se ha cumplido sin las formalidades prescritas, y ya ha sido aprobado.

Si la causa de la nulidad del juicio ejecutivo o de venta ha sido la indebida notificación o emplazamiento o representación, su declaración acarreará por regla general la del remate, según sostenida doctrina de la Corte.

La invalidez de la subasta como acto jurídico o "venta forzada" que denomina el artículo 741 del Código Civil, está sometido a las normas que regulan las nulidades absoluta o relativa de los actos o contratos.

4. Distinta de la acción de nulidad de un remate es la de revisión de la sentencia de excepciones o de pregón y remate en juicio ejecutivo y la de venta de bienes hipotecados, consagrada por el artículo 1030 del Código Judicial, en razón de que tales providencias no fundan la excepción de cosa juzgada material. En el juicio ordinario de revisión se entra a discutir nuevamente el asunto que fue materia de decisión en los fallos supradichos, para buscar una solución distinta o contraria a la contenida en ellos.

Algunos Tribunales habían interpretado el artículo 1030 citado en el sentido de que en la acción de revisión debía solicitarse la nulidad de la providencia o providencias sujetas a ella. Por esto la Corte en repetidos fallos ha señalado la diferencia, en cuanto la nulidad radica en vicios de procedimiento, en tanto que la revisión "plantea el estudio de hechos generadores de derechos sustantivos o ventila en ocasiones el hecho mismo" y, por consiguiente, lo innecesario de solicitar la declaratoria de nulidad de la sentencia o sentencias *sub judice*, "porque al pedir que se profiera por la justicia una decisión diversa o contraria a la contenida en la sentencia de remate o de excepciones, implícitamente está demandando la ineficacia de esa sentencia" (G. J. T. 50. p. 78; T. 59, p. 339).

Asímismo la Corte ha estimado que la revisión de la sentencia de pregón y remate, de excepciones o de venta, no conlleva la nulidad del remate, excepto en el evento de que, habiendo excepciones no las haya propuesto el demandado, y el rematador sea el mismo acreedor que tiene conocimiento del hecho exceptivo, porque entonces no se trata de proteger la buena fe del tercero que pagó el precio del bien rematado. (T. 75, p. 581).

5. Sabido es que para declarar la nulidad de un acto jurídico o contrato -el remate en el presente caso- deben concurrir al juicio las partes que han intervenido en tal acto. Hacerlo sin la presencia de una de ellas en el litigio, sería condenarla sin haber sido oída y vencida en él con flagrante violación del artículo 26 de la Constitución.

"Cuando en un juicio ordinario se demanda la nulidad de la venta forzada considerada como contrato, invocando un motivo constitutivo de nulidad sustantiva, entonces necesariamente debe trabarse la controversia con presencia o intervención de las partes que intervinieron en la subasta: el tradente, -cuyo representante legal en ésta fue el juez- y el adquirente o rematante. Sin la concurrencia de ambos como partes, no es posible discutir, ni mucho menos decidir un juicio sobre la validez del remate, porque de otro modo podrían menoscabarse los derechos de aquellos, como posibles interesados en que se man-

tengan las relaciones jurídicas que creó la venta forzada, sin habèrseles llamado a responder en el correspondiente juicio, lo cual sería abiertamente contrario a la norma constitucional que entraña el artículo 26 de la Carta". (G. J. T. 63, pág. 104).

Entre las circunstancias a que está condicionada la declaración oficiosa de una nulidad absoluta, la Corte señala cómo tercera: "Que al pleito concurran en calidad de partes las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron". (T. 88, págs. 632 y 633).

No habiendo sido citado al presente litigio la persona ejecutada en el juicio en que se realizó el remate cuya nulidad pretende el recurrente debía decretarse oficiosamente, no hubo violación de las normas sustantivas invocadas.

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

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

Marco Antonio Téllez Almansa demandò por medio de apoderado a Filiberto Pardo, Anunciación Pardo, César A. Mosquera, Francy Elena Chaves o Calderòn, Ana Sofía o Gilma Sánchez de Ardila y Heliodoro Osorio Mesa en el Juzgado Segundo Civil de Circuito de Facatativá, para obtener en vía ordinaria las siguientes declaraciones:

"PRIMERA PRINCIPAL. Que se declare que es inválida y sin efecto la cèsión que hizo FILIBERTO PARDO a ANUNCIACION PARDO del crédito hipotecario que se hizo constar en escritura número 278 de 27 de diciembre de 1.929 de la Notaria de San Juan de Ríoseco; lo mismo que la cesión que hizo ANUNCIACION PARDO a CESAR A. MOSQUERA del mismo crédito, por carencia de causa y objeto lícito, y como consecuencia, se declara sin efecto ni valor alguno el remate que hizo César A. Mosquera, con base en dicha cesión y crédito en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá, en el juicio ejecutivo de Cèsar A. Mosquera contra Manuel Avila el día 14 de abril de 1.941, que se registró el 30 de noviembre de 1.942, en el Libro Primero Tomo 4, partida 1659, de un derecho de proindiviso equivalente a una tercera parte del inmueble denominado "Caicedo" ubicado en el paraje de "El Alto" en jurisdicción del Municipio de Viani y alinderado en su generalidad así: "Partiendo de una piedra marcada con la letra E y la letra A que está en la parte alta de la finca, sigue línea recta abajo, colindando con terrenos que posee Ramón Hernández, hasta hallar una piedra con las mismas letras, y que se encuentra a la orilla de la "Quebrada Sucia"; esta quebrada, aguas arriba, hasta encontrarle piedra marcada con las letras A y H; de aquí, hacia el oriente, línea recta colindando con propiedad de Magdalena Pardo y cruzando el camino real hasta encontrar una piedra al pie de un lindero de la finca de la sucesiòn de Angel María Hernández y de aquí hacia el sur, línea recta a encontrar el primer lindero".

"CONSECUENCIALES. PRIMERA. Que como consecuencia de la anterior declaración se declare sin valor y efecto la escritura número 2807 de octubre 5 de 1.943 de la Notaría Tercera de Bogotá, en la que César A. Mosquera vende a Enrique Téllez y Margarita Chaves de Téllez, la tercera parte en proindi-

viso del inmueble determinado y alinderado en la petición anterior, bien que había adquirido conforme allí se explica, ya que el vendedor no transfería nada, porque no había adquirido nada en el remate atrás mencionado.

"SEGUNDA. Que por las mismas razones expuestas en las dos peticiones anteriores, se declaren sin valor ni efecto las adjudicaciones que se hicieron en los juicios de sucesión de Enrique Téllez y Margarita Chaves de Téllez, y la que se hizo en la mortuoria de esta última a Ana Sofía o Gilma Sànchez de Ardila y Francy Elena Chaves o Calderòn del mismo derecho en pro indiviso de una tercera parte en el inmueble determinado y alinderado en la petición primera.

"TERCERA. Que como consecuencia de las anteriores y por los mismos motivos, se declare que es inválida y no produce efecto alguno la escritura número 4.269 de septiembre 1o. de 1.953 de la Notaría Cuarta de Bogotá, registrada el 9 del mismo mes y año en la que aparece la venta que Ana Sofia o Gilma Sánchez de Ardila y Francy Elena Chaves o Calderón hacen a Heliodoro Osorio Mesa, ya que las vendedoras no habían adquirido nada, en la adjudicación que se les hizo en la sucesión de Margarita Chaves v. de Téllez.

"Hechas las anteriores declaraciones, debe decretarse y ordenarse la cancelación de los registros de los actos e instrumentos ya dichos, como consecuencia legal.

"SEGUNDA PRINCIPAL. Que se declare que el remate y la adjudicaciòn que hizo el señor Marco Antonio Tèllez Almansa el 17 de abril de 1.952 en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá en el juicio de venta de la casa hipotecada de Bautista Avila contra Manuel Avila, de una tercera parte en pro indiviso del inmueble denominado "Caicedo" ubicado en el paraje de "El Alto" en jurisdicción del Municipio de Viani, alinderado en la petición primera, es real y efectivo, y por tanto, es el verdadero título traslaticio de dominio del derecho ya mencionado.

"TERCERA PRINCIPAL. Que en caso de oposición de los demandados se les condene al pago de las costas del juicio".

La causa de las peticiones radica en los hechos que se resumen así:

Por escritura número 278, extendida en la Notaría de San Juan de Ríoseco, el 27 de diciembre de 1.929, Filiberto Pardo vendió a Manuel Avila la tercera parte pro indiviso del inmueble denominado Caicedo, de que trata la súplica primera, por la suma de dos mil pesos ($2.000.oo) que el comprador debía pagar en el tèrmino de un año, y en garantía de la obligación constituyó hipoteca sobre el mismo bien.

Bautista Avila, acreedor de Filiberto Pardo, obtuvo embargo preventivo del crédito hipotecario de $2.000.oo que Manuel Avila debía a Filiberto Pardo, en el Juzgado Municipal del Líbano el 13 de febrero de 1.932. El juicio ejecutivo prosiguió en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá, en el cual se adjudicó al actor Bautista Avila dicho crédito hipotecario como a mejor postor en el remate efectuado el 15 de mayo de 1.935, aprobado en providencia de 3 de diciembre del mismo año.

Un mes antes del embargo preventivo, Filiberto Pardo en nota de endoso de 15 de enero de 1.932 puesta al pie de la segunda copia de la escritura 278,

transfirió a Anunciación Pardo de Rubio el crédito hipotecario constituido a su favor por Manuel Avila.

Pardo de Rubio, a su vez, cedió el mismo crédito a César A. Mosquera "mediante nota de 8 de junio de 1.937, o sea, con posterioridad al remate del mismo crédito surtido en el juicio ejecutivo ya indicado".

Mosquera respaldado en la escritura 278 de 27 de diciembre de 1.929 con las expresadas notas de cesión, siguió juicio de venta contra Manuel Avila en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá el cual "declaró sin personería sustantiva al demandante Mosquera, como consecuencia de haberse consumado la cesión, cuando el crédito cedido, ya se encontraba embargado por razón del citado juicio que Bautista Avila siguió contra Filiberto Pardo".

Posteriormente, Mosquera, con el mismo título ante el Juez 1o. Civil del Circuito de Facatativá, le adelantó acción ejecutiva a Manuel Avila, dentro de la cual remató en pago de su crédito, la tercera parte pro indiviso del predio de Caicedo que el ejecutado había adquirido mediante la citada escritura 278 de 1.929. El remate se llevó a término en diligencia de 14 de abril de 1.941, y se aprobó por providencia del 12 de febrero de 1.942.

Mosquera vendió el bien rematado a Margarita Chaves de Téllez por medio de la escritura número 2807, autorizada por el Notario Tercero de Bogotá el 5 de octubre de 1.943.

En la sucesión de Enrique Téllez, protocolizada en la Notaría del Circuito de Facatativá, según instrumento número 1144 de 24 de noviembre de 1.947, por concepto de gananciales y herencia se adjudicó a Margarita Chaves de Téllez el derecho en el inmueble Caicedo.

Al fallecimiento de Margarita Chaves de Téllez, la cuota de que se viene hablando se asignó a sus herederas Ana Sofía o Gilma Sánchez de Ardila y Francy Elena Chaves, en juicio de sucesión protocolizado en la Notaría de Facatativá por escritura 468 de 19 de mayo de 1.952.

Estas, a su turno, lo transfirieron a Heliodoro Osorio en venta consignada en la escritura número 4269 de 1o. de septiembre de 1.953, Notaría 4a. de Bogotá.

Bautista Avila con respaldo en el crédito hipotecario constituído por la escritura 278 de 1.929, que remató en el ejecutivo contra Filiberto Pardo, propromovió juicio de venta contra Manuel Avila, en el cual se adjudicó a Marco Antonio Téllez, cesionario de Bautista Avila, la tercera parte pro indiviso del inmueble de Caicedo. La subasta se celebró el 17 de abril de 1.952, y fue aprobada el 19 de mayo siguiente.

Los demandados Osorio Mesa, Sánchez de Ardila y Chaves contestaron la demanda oponiéndose a las declaraciones impetradas y negando los hechos fundamentales.

Los dos primeros propusieron las excepciones de inepta demanda y falta de legitimación en causa del demandante. Osorio también alegó la de prescripción adquisitiva del bien reclamado por haberlo poseído "con justo título y buena fé, desde el 5 de octubre de 1.943 cuando sus causantes Enrique Téllez y Margarita Chaves de Téllez entraron en posesión" de él.

Sánchez de Ardila invocó la de prescripción de la acción.

A Filiberto Pardo y Anunciación Pardo, previo emplazamiento, se les designó curador **ad litem**, que no contestó el libelo.

El demandado Osorio Mesa propuso también demanda de mutua petición contra Marco Antonio Téllez Almansa, para que se declare:

1o. Que "es nulo y sin valor legal alguno el remate verificado el 17 de abril de 1.952 en el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Facatativá en el juicio de venta de la cosa hipotecada de Bautista Avila contra Manuel Avila y la correspondiente adjudicación hecha a favor de Marco Antonio Téllez de una tercera parte proindiviso del inmueble denominado "Caicedo" situado y alindado como allí se expresa.

2º. Subsidiariamente, que se ha operado la prescripción ordinaria en favor del contrademandante Osorio Mesa "por haber poseído en forma regular y pacífica" el globo de tierra a que se refiere la súplica principal.

3o. Que se ordene cancelar la adjudicación hecha a Marco Antonio Téllez, y, en subsidio, la de cualquier título de dominio sobre el mismo inmueble.

4o. Se condene en costas a Téllez Almansa.

Funda Osorio Mesa su libelo en los hechos cuyo resumen es:

El remate efectuado el 17 de abril de 1.952 por Téllez Almansa en el juicio de venta, iniciado por Bautista Avila y seguido por Téllez contra Manuel Avila es nulo, porque en el ejecutivo de Anunciación Pardo de Rubio contra el mismo Avila se decretó el embargo de la tercera parte proindiviso del inmueble Caicedo por auto de 19 de abril de 1.934, dictado por el Juzgado 1º. Civil del Circuito de Facatativá. Estando vigente este embargo, se trabó y secuestró dicho bien en el juicio de venta supradicho.

César Mosquera lo vendió a Enrique Téllez y Margarita Chaves de Téllez en los términos de la escritura 2807 de 5 de octubre de 1.943.

En la sucesión de Téllez, se adjudicó a Chaves de Téllez.

En la mortuoria de ésta, fue asignada sus herederas Francy Elena Chaves y Ana Sofía Sánchez de Ardila, quienes lo vendieron a Osorio Mesa por escritura número 4269 firmada en la Notaría 4ª. de Bogotá el 1º. de septiembre de 1.953.

La posesión material ejercida por el contrademandante lo mismo que por sus antecesores en el dominio ha sido regular e ininterrunpida durante un tiempo mayor del requerido por las leyes para que se opere el fenómeno de la prescripción ordinaria.

Téllez Almansa descorrió el traslado de la contrademanda oponiéndose a las declaraciones impetradas, dado que el libelo principal se refie "precisamente a que se declare" que su título de propiedad "es superior al que presenta el demandado, y que el remate que éste hizo carece de valor".

En cuanto a los hechos, acepta los relacionados con las actuaciones judiciales, pero niega los referentes a la posesión material por el contrademandante.

El Juzgado del conocimiento desató el primer grado de la controversia en sentencia de 7 de julio de 1.958, en la cual declaró:

1o. No probadas las excepciones propuestas.

2o. Nula de nulidad absoluta la cesión de Anunciación Pardo a César Mosquera del crédito hipotecario que consta en la escritura 278 de 27 de diciembre de 1.929 otorgada ante el Notario de San Juan de Rioseco, y que fue notificada al deudor el 29 de octubre de 1.939.

3o. Sin validez la cesión del mismo crédito hecha por Filiberto Pardo a Anunciacion Pardo el 15 de enero de 1.932, por no haber sido notificada.

4o. Como consecuencia, declara la invalidez: a) del remate que con base en el crédito que le transfirió Anunciación Pardo, efectuó Mosquera en el juicio ejecutivo adelantado por el mismo contra Manuel Avila el 14 de abril de 1.941, en el Juzgado 1o. Civil del Circuito de Facatativá, de un derecho proindiviso equivalente a una tercera parte del inmueble denominado Caicedo, especificado por la ubicación y linderos que allí se expresan; b) de la venta de César Mosquera a Margarita Téllez del mismo derecho; .c) de la adjudicación de éste a Margarita Chaves de Téllez en la mortuoria de su cónyuge Enrique Téllez; d) de la adjudicación del mismo derecho a Ana Sofía o Gilma Sánchez de Ardila y Francy Elena Chaves en la sucesión de Margarita Chaves de Téllez respecto de la misma cuota; e) de la venta que éstas hicieron a Heliodoro Osorio Mesa de la tercera parte del inmueble mencionado, mediante la escritura 4269 de 1o. de septiembre de 1.953.

5º. Válido y efectivo el remate de dicha cuota realizado por Antonio Téllez el 17 de abril de 1.952 en el Juzgado 2º. Civil del Circuito de Facatativá en el juicio de venta que adelantó contra Manuel Avila.

6º. Condena a César Mosquera a restituirle a Margarita Chaves de Téllez, o a quien represente sus derechos, el precio que recibió por concepto de la venta de que trata la escritura 2807 de la Notaría 3a. de Bogotá.

7º. Asímismo condena a Ana Sofía o Gilma Sánchez de Ardila y Francy Elena Chaves a restituirle a Heliodoro Osorio Mesa el precio que recibieron por la venta contenida en la escritura 4269 de la Notaría 4a. de Bogotá.

8º. Niega las peticiones de la demanda de reconvención.

Condena en costas al demandante.

La apelación en que acudieron los apoderados de Mosquera, Sánchez de Ardila, Chaves y Osorio Mesa, fue desatada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de veinticuatro de septiembre de mil novecientos sesenta, por el cual revocó la del Juzgado, y, en su lugar, resolvió:

"Primero. Declárase que Heliodoro Mesa Osorio ha adquirido por prescripción adquisitiva ordinaria el inmueble a que se refiere la diligencia de remate verificada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá el día catorce de abril de mil novecientos cuarenta y uno en el juicio seguido por César A. Mosquera contra Manuel Avila, y que en dicha diligencia se determina así: "La tercera parte de un terreno proindiviso, situado en la vereda de "El Alto", en el punto llamado "Caicedo" de la jurisdicción del Municipio de Viani, y alinderado generalmente así; puestos en la confluencia de la quebrada de Lavadero con la de Potreritos, éstas abajo hasta un desemboque en la quebrada Sucia; y por ésta abajo al zanjón llamado derecho; este zanjón arriba hasta ponerse frente al pan-

tano Villalba; de este punto en línea recta a la punta de la chamba donde se pondrá un mojón colindando con terreno del señor Angel María Hernández; de la punta de esta chamba, siguiendo de para abajo línea recta al nacimiento de la agua azufrada, en el camino real, toda esta zanja abajo atravesando el camino, hasta dar a la confluencia de las quebradas de Lavadero y Potreritos, primer lindero citado, colindando con terreno del señor Federico A. Ramírez". La tercera parte del terreno así alinderado con mejoras compuestas de una mancha de caña de azùcar, dos quintales de alambre de púas, unos machones de adobe y un trapiche viejo.

"Segundo. Inscríbase esta sentencia en el correspondiente Libro de Registro del circuíto de Facatativá, y declárense, en consecuencia, canceladas las demás inscripciones que le sean contrarias.

"Tercero. Deniéganse las demás peticiones".

MOTIVACION DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Se ocupa, en primer tèrmino, en el estudio de la legitimación en causa del demandante principal, que halla acreditada con los documentos que establecen que el 17 de abril de 1.952 Téllez Almansa, como cesionario, llevó a término el remate del bien sub judice, ordenado en el juicio de venta que promovió Bautista Avila, en el juzgado 2º. Civil del Circuito de Facatativá.

Entra luego en la consideración de las acciones incoadas en la demanda principal, de las cuales la primera, "teniendo en cuenta los hechos fundamentales de la demanda principalmente los contenidos en los numerales 2o., 3o. y4o. ..., es la nulidad de la cesión, con causa en la ilicitud del objeto de la misma, la cual surge de la circunstancia de encontrarse embargado el crédito cedido en el juicio ejecutivo que Bautista Avila seguía contra Filiberto Pardo ante el Juzgado 1o. Civil del Circuito de Facatativá, cuando éste lo cedió a la citada Anunciación Pardo".

El embargo del crèdito hipotecario contenido en la escritura 278 de 1.929 se decretó el 13 de febrero de 1.932 en el juicio ejecutivo que ante el Juzgado Municipal del Líbano promovió Bautista Avila contra Filiberto Pardo, "y se hizo efectivo en la misma fecha mediante la notificación y prevención al deudor Manuel Avila de entenderse con el secuestre, para todo lo relacionado con la cancelación del crédito".

La cesiòn que del mismo crédito, con base en la segunda copia de la escritura 278 "hizo Filiberto Pardo a Anunciación Pardo el 15 de enero de 1.932 (Fol. 22 C. No. 3) y la que luego hizo Anunciación Pardo el 8 de junio de 1.937 a César Mosquera (Fol. 22 v. ib.) solo quedaron legalmente consumadas el 28 de octubre de 1.939, fecha en que se surtió la notificaciòn de esta última (pues de la primera no hay constancia alguna que se hiciera) al deudor Manuel Avila (fol. 23 ib.)".

Así, el embargo del crédito cedido antes del 28 de octubre de 1.939 quedó legalmente cumplido a tèrminos del artículo 1963 del C. Civil. Y "en virtud de ese embargo, comunicado debidamente al deudor Manuel Avila, el crédito quedò desde entonces como objeto ilícito de enajenación. Y siendo esto así, la cesión de que se trata, quedó afectada de vicio de nulidad absoluta de acuerdo con los principios anteriormente expuestos".

Por lo demás, la segunda copia de la escritura 278 de 1.929 sobre la cual se hicieron las cesiones, expedida sin las formalidades prescritas por los artículos 2602 y 2603 del C. C. "carece de eficacia legal en estos actos".

A la observación que hicieron los apelantes de que la cesión se operó por medio de la escritura número 10 de 15 de enero de 1.932, a la cual alude el instrumento número 45 de 12 de abril de 1.932, que sirvió de recaudo al juicio ejecutivo donde se hizo el remate a favor de Mosquera, contesta el Tribunal que el primero de los citados documentos no se trajo al proceso, que el segundo tomado dentro de la inspección ocular practicada en segunda instancia de la "copia de un desglose, no llegó en la forma establecida por el artículo 636 del C. J. y que su contenido no ofrece "prueba alguna de la cesión alegada por los recurrentes con efectos enervantes del embargo tantas veces citado".

Previa consideración de que, aún aceptando la escritura número 45 de 1.932 como contrato de cesión, su fecha, 12 de abril, resultaría posterior al día en que se consumó el embargo del crèdito cedido, concluye: "se tiene, pues, que la cesión hecha por Filiberto Pardo a Anunciación Pardo está afectada del vicio de nulidad absoluta, no solo por referirse a un objeto de ilícita enajenación en virtud de encontrarse legalmente embargado para la época en que dicha cesión se consumó, sino porque el instrumento contentivo del crédito hipotecario, materia de la cesión, resulta, por sí solo, y como anteriormente se anotó afectado por el mismo vicio, por consistir en la copia de un documento que se expidió sin las formalidades especiales prescritas por la ley en razón de su naturaleza y contenido. Y consecuencialmente lo está la cesión de Anunciación Pardo a César A. Mosquera.

"Ocurre, sin embargo, que por los motivos que en seguida se expondrán los efectos de la nulidad de que se trata, se quiebran frente al título en virtud del cual Mosquera adquirió el predio Caicedo".

Recuerda que Mosquera como cesionario de Anunciación Pardo siguió un juicio de venta contra Manuel Avila, en el cual se le declaró sin personería sustantiva por no ser válida la cesión aducida como título. "por los motivos ya indicados", y una acción ejecutiva en el juzgado 2o. Civil del Circuito de Factativá, que sí le prosperó, y culminó con el remate por cuenta de su crèdito y como mejor postor de la tercera parte del terreno pro indiviso denominado Caicedo, "que es precisamente el que Manuel Avila había adquirido de Filiberto Pardo por la escritura 278 de 1.929".

Reconoce la sentencia que Mosquera, en razón de la nulidad que afectaba la cesión del crèdito hipotecario, carecía de personería sustantiva para actuar en el juicio ejecutivo, pero como el Juzgado del conocimiento no descubrió el vicio, o no fue controvertido, o la objeción al respecto no alcanzó éxito, "y tal materia -la de nulidad del juicio ejecutivo en que dicho remate se produjo- no fue deducida por la parte actora en este proceso, hay que tener como hecho procesal cumplido, el de que por virtud de dicho juicio se consumó el remate de que se trata, y que mediante él se radicó en cabeza de Cèsar A. Mosquera el inmueble de Caicedo".

En cuanto a la primera súplica, en que pide el demandante que se declare que el remate sub judice es nulo, como consecuencia de ser nula la cesión del crédito hipotecario hecha por Filiberto Pardo a Anunciación Pardo, y por ésta, a Mosquera, considera el Tribunal que tal declaración no procede, porque, si bien las dos cesiones están viciadas de nulidad, "la diligencia de remate no puede

quedar comprendida en los efectos de tal nulidad, porque constituye un título distinto, y con objeto también distinto, y originado de un proceso que se tramitó sin reparo alguno de la personería del actor, y que culminó con la sentencia de pregón y remate, y con la subasta debidamente aprobada, de que se hace mérito, y cuya nulidad, se repite, ni fue propuesta durante esa tramitación, ni ahora, en este proceso".

Estima asímismo que al título de Mosquera emanado del remate enjuiciado, no le es oponible el de Téllez, demandante, "porque el de éste resulta posterior al del primero". Al efecto, previa recapitulación del juicio ejecutivo que Bautista Avila adelantó contra Filiberto Pardo, en el cual remató el crédito hipotecario a cargo de Manuel Avila, y del que contra éste prosiguió el mismo Bautista, donde Téllez Almansa como cesionario remató la parte proindiviso sub lite, halla que el remate de Mosquera se registró el 30 de noviembre de 1.942 y el de Tèllez Almansa el 19 de agosto de 1.952.

Anota, además, que en la diligencia de entrega realizada por el Juez 1o. Civil de Circuito de Facatativá, se dejó a Mosquera "en posesión material del inmueble Caicedo".

En lo que toca con la contrademanda, observa la sentencia acusada:

La petición de que se declare nulo el remate efectuado por Tèllez Almansa, porque en el certificado expedido por el Registrador no aparece Manuel Avila como poseedor inscrito del derecho rematado, no resulta procedente, dado que el hecho anómalo de haberse seguido dos actuaciones ejecutivas, y haberse surtido dos remates del mismo bien por distintas personas, fundadas en dos copias de la escritura 278 contentiva del crédito hipotecario cobrado en ambas, no genera nulidad de la subasta, sino los efectos que el artículo 1873 del C. C. asigna a la venta por separado de una misma cosa a dos personas. Tampoco la generaría el hecho de que cuando se llevó a cabo el remate en que se adjudicó a Tèllez Almansa la finca de Caicedo (17 de abril de 1.952) ya estuviera registrada en cabeza de Mosquera la subasta del mismo bien (14 de abril de 1.941). El remate de cosa ajena, según doctrina jurisprudencial, equivale a la venta de cosa ajena.

Constituyendo el remate hecho por Mosquera un justo título, y siéndole inoponible el de Téllez Almansa por la prioridad del mismo, resultan consecuencialmente válidas las transferencias del aludido bien a Margarita Chaves de Tèllez, Ana Sofía o Gilma Sánchez de Ardila, Francy Elena Chaves y Heliodoro Osorio Mesa. Por lo tanto, tampoco pueden prosperar las peticiones de la demanda principal encaminada a obtener la declaración de nulidad de estas transferencias.

La petición de que declare que el remate hecho por Téllez Almansa "es el verdadero título traslaticio de dominio del derecho mencionado', la estima improcedente por lo dicho acerca del que realizó Mosquera.

Pasa a ocuparse de la usucapión ordinaria suplicada por Osorio Mesa, y al efecto, luego de referirse al justo título y la buena fe de que tratan los artículos 764, 766 y 768 del C. Civil, estima que el remate por el que adquirió Mosquera constituye un justo título. Encuentra también que a este adquirente se le hizo entrega material del inmueble rematado desde el 20 de febrero de 1.943; que continuó en posesión hasta cuando transfirió el bien a Margarita Chaves;

que ésta y sus sucesores Francy Elena Chaves y Ana Sofía o Gilma Sánchez de Ardila prosiguieron en la posesión del citado bien, hasta cuando lo vendieron a Osorio Mesa.

Esta posesión la acreditan las declaraciones que rindieron Moisès Pardo, Epaminondas Valbuena, C. Luis Pardo y José María Hernández, por un espacio de más de diez años.

El demandante Téllez Almansa trajo a la Corte la sentencia del Tribunal en recurso extraordinario de casación que fundó haciéndole cuatro cargos: el primero por violación directa del artículo 1030 del C. Judicial; el segundo, en razón de infracción de la misma norma proveniente de error en la interpretación de la demanda; el terecero, que consiste en violación directa de los artículos 1960 a 1963, 2602 y 2603 del C. C. y 2o. de la ley 50 de 1.936; y el cuarto, en cuanto infringió los artículos 766 ord. 3o., 764, 2527 y 2528 del C. Civil.

El orden lógico de las acusaciones exige que en primer término se estudie la segunda.

Segundo cargo.

Lo expone así: "Haciendo pie en el ordinal 12°. de mi relación de hechos (supra) y suponiendo que el Tribunal sostenga que el actor en el presente juicio se abstuvo de deducir la nulidad del ejecutivo en que el remate de Cèsar A. Mosquera se produjo, y hay que tener dicho remate como 'un hecho procesal cumplido', entonces interpretó erradamente la demanda, conforme a la doctrina anterior, y con base en ese error violó la ley sustantiva sobre cosa juzgada contenida en el citado artículo 1030 del C. J. Este cargo es subsidiario del precedente".

SE CONSIDERA:

El hecho 12°. de la demanda de casacion en que radica el fundamento del cargo, expone que, "no obstante interpretar acertadamente la demanda", el fallo acusado, incurre en el error de estimar saneada una nulidad civil, sustantiva y absoluta, por no haberse tramitado una nulidad procesal. Y transcribe el paso de la sentencia en que afirma el fallador que la nulidad del juicio ejecutivo en que se produjo el remate de Mosquera "no fue deducida por la parte actora en este proceso, por lo cual debe tenerse "como hecho procesal", que por virtud de dicho juicio se consumó el remate que radicó en cabeza de Mosquera el inmueble Caicedo.

En casación no caben cargos subsidiarios, ya que el artículo 531 del C. Judicial dispone que se expongan en forma clara y precisa los fundamentos de cada una de las causales aducidas, y que se citen los textos legales infringidos; y el 537, ibídem, deja al criterio de la Corte examinar en orden lógico las censuras que contiene la demanda.

Tampoco se compaginan con la naturaleza del recurso extraordinario los cargos condicionales, o sea, los que se invocan suponiendo que la sentencia haya admitido un determinado hecho, como sería aceptar aquí, como hipótesis, que el Tribunal encontró que la acción de nulidad del juicio ejecutivo en que remató Mosquera el derecho *sub lite* no fue deducida en el libelo. Se trataría entonces de un error de hecho en la interpretación de la demanda, consistente en no haber visto en ella esta súplica. Y en este evento, la acusación debería haberse propuesto

claramente por error de hecho o de derecho en la apreciación de la demanda, no en la forma genérica o vaga de haberse interpretado "erradamente la demanda", pues el artículo 520 del C. J. terminantemente dispone que cuando la violación de la ley proviene de interpretación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. El acusador en su demanda de casación nó cumple con estas formalidades, ya que se limita a decir que en el supuesto expresado, "interpretó el fallador erradamente la demanda" y con ese error violó el artículo 1030 del C. Judicial.

Por otra parte es contradictorio el cargo con el hecho en que lo sustenta, pues en este dice que el Tribunal interpretó acertadamente la demanda, y en el cargo considera lo contrario.

Por todos estos conceptos el cargo es perfectamente inane.

Primer cargo de la demanda.

"Por cuanto la sentencia acusada considera que el remate efectuado por el señor César A. Mosquera, con base en un título nulo, no puede declararse tal, dándole implícitamente a la sentencia respectiva de pregón y remate y al acto de subasta, carácter de irrevisables, violó directamente el artículo 1030 relativo a la cosa juzgada -disposición sustantiva indicutiblemente- dejándola de aplicar cuando ha debido aplicarla dándole entrada a la acción de nulidad propuesta por el demandante Téllez Almansa".

Transcribe el aparte de un fallo de la Corte en que, refiriéndose a la revisión que admiten las sentencias de excepciones y la de pregón y remate en juicio ejecutivo, considera que para lograr la finalidad del nuevo juicio, no es indispensable que se solicite la declaración de invalidez de dichas providencias "porque al pedir que se profiera por la justicia una decisión diversa o contraria a la contenida en la sentencia de remate o de excepciones implícitamente está demandando la ineficacia de esa sentencia".

SE CONSIDERA:

La nulidad de un remate efectuado en un juicio ejecutivo o de venta puede obtenerse en juicio ordinario por informalidades de procedimiento, o por vicios del acto jurídico o contractual llevado a término entre el dueño del bien subastado, que lo es el demandado en la acción especial, representado por el Juez que conoce del cobro coactivo, y el rematante.

El primer evento lo contemplan los artículos del C. J. 457, que autoriza a quien no fue legalmente notificado o emplazado o no estuvo debidamente representado en el juicio para pedir que se declare la nulidad del juicio, y el 451, ibídem, cuando el remate se ha cumplido sin las formalidades prescritas, y ya ha sido aprobado.

Si la causa de la nulidad del juicio ejecutivo o de venta ha sido la indebida notificacion o emplazamiento o representación, su declaración acarreará por regla general la del remate, según sostenido doctrina de la Corte.

La invalidez de la subasta como acto jurídico o "venta forzada" que denomina el artículo 741 del C. Civil, está sometido a las normas que regulan las nulidades absoluta o relativa de los actos o contratos.

Distinta de la acción de nulidad de un remate es la de revisión de la sentencia de excepciones o de pregón y remate en juicio ejecutivo y la de venta de bienes hipotecados, consagrada por el artículo 1030 del C. Judicial, en razón de que tales providencias no fundan la excepción de cosa juzgada material. En el juicio ordinario de revisión se entra a discutir nuevamente el asunto que fue materia de decisión en los fallos supradichos, para buscar una solución distinta o contraria a la contenida en ellos.

Algunos Tribunales habían interpretado el artículo 1030 citado en el sentido de que en la acción de revisión debía solicitarse la nulidad de la providencia o providencias sujetas a ella. Por esto, la Corte en repetidos fallos ha señalado la diferencia, en cuanto la nulidad radica en vicios de procedimiento, en tanto que la revisión "plantea el estudio de hechos generadores de derechos sustantivos o ventila en ocasiones el hecho mismo" y, por consiguiente, lo innecesario de solicitar la declaratoria de nulidad de la sentencia o sentencias sub judice, "porque al pedir que se profiera por la justicia una decisión diversa o contraria a la contenida en la sentencia de remate o de excepciones, implícitamente está demandando la ineficacia de esa sentencia". (G. J. T. 50-78. T-59-339).

Asimismo la Corte ha estimado que la revisión de la sentencia de pregón y remate, de excepciones, o de venta no conlleva la nulidad del remate, excepto el evento de que, habiendo excepciones no las haya propuesto el demandado, y el rematador sea el mismo acreedor que tiene conocimiento del hecho excepti-vo, porque entonces no se trata de proteger la buena fe del tercero que pagó el precio del bien rematado. (T-75-581).

Reconoce el Tribunal que la cesión hecha por Filiberto Pardo a Anunciación Pardo está afectada del vicio de nulidad absoluto, lo mismo que la que radicó en cabeza de Mosquera el crédito hipotecario a cargo de Manuel Avila; que por este vicio, Mosquera "carecía de personería sustantiva para actuar en el referido juicio ejecutivo"; que "tal materia -la de nulidad del jucio ejecutivo en que dicho remate se produjo- no fue deducido por la parte actora en este proceso", y que, por lo tanto, hay que tener como hecho cumplido" el remate de que se trata.

Se refiere luego a que "la nulidad del título de cesionario del actor, solo podía obrar sobre el presupuesto de la acción, en él deducida, relativo a la legitimación en causa del demandante; cuestión ésta que no fue materia de discusión, como tampoco lo fue la del mérito probatorio del instrumento aducido como recaudo de aquella, y constituido por la segunda copia de la escritura 278 de 1.929".

El Tribunal, imbuído en el concepto de que la revisión implica la solicitud de nulidad del juicio ejecutivo o de las sentencias de pregón y remate y de excepciones, habla de que no fue deducida esta acción. Pero, si se observa que trata de ella en el sentido de que el actor carecía de personería sustantiva para seguir la ejecución, y de que el instrumento aducido como recaudo ejecutivo carecía de mérito probatorio, no queda la menor duda de que el fallador se refirió a la acción de revisión de la sentencia de pregón y remate, no a

la propia de nulidad del juicio ejecutivo, dado que esta radica en vicios de procedimiento, no en cuestiones sustantivas, como son la legitimación en causa del demandante y la falta de mérito probatorio del título llevado a la ejecución.

Tal aserto tiene su fundamento también en que la demanda en este ordinario no menciona siquiera la revisión de la sentencia de pregón y remate, ni en los hechos se habla de dicha pieza del ejecutivo.

En tales condiciones, y, no habiendo prosperado la acusación por error en la interpretación de la demanda, no cabe la violación directa del artículo 1030 del C. J.

Tercer cargo.

Es del siguiente tenor;

"Por cuanto el Honorable Tribunal se abstuvo en su fallo de declarar las nulidades que encontró probadas en función del quebrantamiento de las normas que regulan el objeto ilícito de la enajenación de cosa embargada -siendo el remate una enajenación y también la cesión que le sirvió de fundamento quedando con el mismo objeto ilícito cuyo desdoblamiento es injurídico- y por cuanto encontrando probada tampoco declaró otra nulidad absoluta engendrada por la pretermisión de los artículos 2602 y 2603 del Código Civil, al expedirse segunda copia del instrumento del crédito (escritura 278 de 1.929) para intentar la cesión con que obraba el rematante Mosquera, violó la sentencia acusada directamente los artículos 1741, en armonía con el 1521 y en relación con los artículos 1960 a 1963, 2602 y 2603 del mismo código, los cuales dejó de aplicar a sabiendas, como se deduce de la exposición a folios 20 y 21 del C. 7 donde corre la sentencia. También violó el artículo 2o. de la ley 50 de 1.936, por la misma causa, o sea, por haberse abstenido de aplicarlo al asunto del pleito".

CONSIDERANDOS:

En el capítulo que denomina "Quiebra de la sentencia acusada", y que contiene los fundamentos de las tachas, el recurrente transcribe el aparte del fallo en que el Tribunal, después de analizar las pruebas sobre el particular, concluye que la cesión hecha por Filiberto Pardo a Anunciación Pardo está afectada de nulidad absoluta por referirse a un objeto de ilícita enajenación, en razón de estar legalmente embargado el crédito cuando se consumó dicha cesión, y también porque esta se hizo constar sobre una segunda copia del instrumento contentivo del crédito hipotecario, sin cumplir las formalidades especiales prescritas por la ley, y que, consecuencialmente, adolece de la misma nulidad absoluta la cesión de Anunciación Pardo a César Mosquera.

Habiendo encontrado el fallador demostrados estos hechos y, en consecuencia, trasgredidos los artículos 1741 y 1521 del C. Civil, que tratan de bienes embargados como objeto ilícito de un contrato; los preceptos 1961 y 1962, ibidem, que exigen la nota de traspaso con la firma del cedente en el documento que recoge el crédito, y la notificación de la cesión con exhibición del título en la forma expresada, para que produzca efectos contra el deudor y contra terceros; y los artículos 2602 y 2603, ibidem, que fijan los requisitos para expedirse segunda copia del instrumento del cual pueda exigirse el cumplimiento de una

obligación cada vez que fuere presentado, es manifiesto que el sentenciador debiera haber declarado la nulidad de las dos cesiones, pero no procedió así, porque halló que la demanda había comprendido dentro de una sola súplica, que denomina "PRIMERA PRINCIPAL", tanto la invalidez de dichos dos actos como la del remate, y concluyó que "la súplica debía denegarse en su conjunto".

Al respecto, cabe advertir que el impugnante considera subordinadas entre sí la nulidad de las cesiones y la del remate. A su argumento de que hubo quebrantamiento de las normas que regulan el objeto ilícito en la enajenación de la cosa embargada, agrega: "siendo el remate una enajenación y también la cesión del crédito que le sirvió de fundamento, quedando con el mismo objeto ilícito cuyo desdoblamiento es injurídico", es decir, que no admite el desdoblamiento o separación de las tres súplicas que integran la petición "primera principal".

No era procedente la declaración de nulidad del remate efectuado por Mosquera en el ejecutivo seguido por él contra Manuel Avila, en razón de que si bien la invalidez que afectaba la cesión que sirvió de recaudo y el hecho de haber sido Mosquera el mismo rematante podrían ocasionar la falta de causa en la subasta, ya que este pagó el precio de ella con un crédito inexistente, no fue citado al presente juicio el ejecutado Manuel Avila, tradente representado por el Juez en la venta forzada. Sabido es que para declarar la nulidad de un acto jurídico o contrato, el remate en el presente caso, deben concurrir al juicio las partes que han intervenido en tal acto. Hacerlo sin la presencia de una de ellas en el litigio, sería condenarla sin haber sido oída y vencida en él con flagrante violación del artículo 26 de la Constitución.

"Cuando en un juicio ordinario se demanda la nulidad de la venta forzada considerada como contrato, invocando un motivo constitutivo de nulidad sustantiva, entonces necesariamente debe trabarse la controversia con presencia o intervención de las partes que intervinieron en la subasta: el tradente, cuyo representante legal en esta fue el Juez, y el adquirente o rematante. Sin la concurrencia de ambos como partes, no es posible discutir ni mucho menos decidir en juicio sobre la validez del remate, porque de otro modo podrían menoscabarse los derecho de aquellos, como posibles interesados en que se mantengan las relaciones jurídicas que creó la venta forzada, sin habérseles llamado a responder en el correspondiente juicio, lo cual sería abiertamente contrario a la norma constitucional que entraña el artículo 26 de la Carta". (G. J. T. 63 pàg. 104).

Entre las circunstancias a que está condicionada la declaración oficiosa de una nulidad absoluta, la Corte señala como tercera: "Que al pleito concurran en calidad de partes las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron". (T-88- 632 y 633).

No habiendo sido citado a este litigio Manuel Avila, ejecutado en el juicio en que se realizó el remate cuya nulidad pretende el recurrente debía decretarse oficiosamente, no ha habido violación de las normas sustantivas invocadas.

El cargo no prospera.

Cuarto cargo.

"Por cuanto la sentencia acusada estimó que un remate afectado del vicio de nulidad civil insaneable en su raíz, constituye justo título para la posesión re-

gular, fundamento de la prescripción ordinaria de diez años, violó también el ordinal 3o. del artículo 766, en cuanto hizo una calificación equivocada de aquel, lo cual lo llevó a tenerlo por justo a pesar de su nulidad, poniéndose así en contradicción con la ley sustantiva citada. Los considerandos pertinentes corren a folios 25 y 26 del fallo acusado, como ya se advirtió. Igualmente violó la sentencia consecuencialmente los artículos 2527, 2528 y 764 del Código Civil".

SE CONSIDERA:

La sentencia estima que el remate efectuado por Mosquera no se halla incluído dentro de la enumeración taxativa que de títulos no justos hace el artículo 766 del C. Civil. En realidad no prosperando la declaración de nulidad de dicho acto por las razones expuestas en la consideración del cargo anterior, no podía ser otra la conclusión del fallador, dado que, no tratándose de una nulidad que aparezca de manifiesto del mismo acto o contrato, no cabía su declaración oficiosa.

De otra parte, no estaba sub judice, para los efectos de la prescripción alegada por el contrademandante Osorio Mesa, el remate que hizo Mosquera, pues el libelo solamente alega la posesión de sus antecesores a partir de la venta que Mosquera hizo a Margarita Téllez por escritura 2807 de octubre 5 de 1.943 en adelante, posesión que el Tribunal encuentra demostrada en ella y en sus sucesores hasta el actor Osorio Mesa, por un tiempo mayor de diez años, como es el discurrido desde la fecha de aquella escritura hasta el 13 de enero de 1.956, en que se le notificó la demanda a Osorio.

Respecto de estos títulos, la venta del derecho inmueble pro indiviso de Mosquera a Margarita Chaves de Téllez; la adjudicación a ésta en la mortuoria de Enrique Téllez, y la asignación a las herederas Ana Sofía Sánchez de Ardila y Francy Elena Chaves en la sucesión de Margarita Chaves, y finalmente la compra que a aquellas hizo el contrademandante Osorio Mesa, el recurrente no hace observación alguna.

El cargo no prospera.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en mérito de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el veinticuatro de septiembre de mil novecientos sesenta, en el juicio ordinario seguido por Marco Antonio Téllez contra Filiberto Pardo, Anunciación Pardo, César A. Mosquera, Francy Elena Chaves, Ana Sofía o Gilma Sánchez de Ardila y Heliodoro Osorio Mesa.

Las costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DEFECTUOSA FORMULACION DE SENTENCIAS

1. - Por explícita que sea en su motivación una pretendida sentencia, si su parte resolutiva falta, no es legalmente sentencia. 2.- Si el Tribunal de segunda instancia se limita a revocar la sentencia del inferior y no profiere allí mismo la de reemplazo, la controversia queda sin fallo que la defina.

1. Si las sentencias han de ser motivadas (arts. 163 de la Constitución Nacional y 470 del C. Judicial), de manera que lo resuelto por el fallador no aparezca como producto caprichoso de su querer, sino como resultante de sus razonamientos acerca de las pretensiones de las partes, de las pruebas aducidas y de los hechos y normas de derecho ventilados en el debate, no es menos imperiosa la necesidad de que toda sentencia contenga, distintamente de su motivación, una parte específicamente resolutiva en que se concrete el pronunciamiento sobre la cuestión litigada, a efecto de que los fallos puedan obrar o cumplirse sin incertidumbres u obstáculos resultantes de su propia estructura, propicios a la arbitrariedad o a la frustración. Por ello el artículo 471 del C. Judicial, disciplinario de la formulación de las sentencias, preceptúa: "En la parte resolutiva se hace, con la debida separación, el *pronunciamiento* correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos, dando su derecho 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".

Quiere decir que, por explícita que sea en su motivación una pretendida sentencia, si su parte resolutiva falta, no es legalmente sentencia, pues, como lo ha dicho la Corte, aunque el proveído de que se trate contenga en su parte considerativa la exposición del negocio en forma tal que ofrezca "los elementos para deducir la fórmula decisoria como conclusión de esos razonamientos", ello por sí solo es inoperante, "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 quedan las partes como consecuencia del pleito" (LX, 2029 a 2031, página 143).

2. Cuándo el Tribunal que conoce de un juicio en segunda instancia, determina revocar la sentencia de primer grado, tiene consecuencialmente que proferir allí mismo la de reemplazo, pues, de lo contrario, la controversia quedaría sin fallo que la defina. Y es esto precisamente lo que ha ocurrido en el caso de este proceso, en el cual el Tribunal, mediante el proveído que se revisa, se limitó a revocar la resolución del inferior, pero, sin proferir res-

pecto del pleito decisión ninguna sustitutiva de la primera. Así, esta litis quedó sin sentencia que sirva de base al desarrollo del recurso de casación propuesto por la parte actora, como que el recurso tiene primariamente por objeto el enjuiciamiento de la sentencia recurrida, y si esta falta, por carecer de parte resolutiva en que se provea sobre los extremos de la controversia, no cabe entonces ese enjuiciamiento. En síntesis: no hay ahora pronunciamiento impugnable en casación, porque el Tribunal no dictó fallo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, D. E., veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

Ante el Juez Civil del Circuito de Calarcà, María Dolores González, en representación de sus menores hijas María Nabel, Nelly y Diomar, demandó a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Abel Antonio Osorio y Margarita Ayala de Osorio y a la sucesión del mismo Abel Antonio Osorio, representadas ambas en la persona de la nombrada Ayala de Osorio, èsta en su doble condición de cónyuge supérstite y heredera universal testamentaria del primero, para que por sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se declare:

Que las mencionadas menores María Nabel, Nelly y Diomar "tienen la la calidad de hijas naturales de quien en vida se llamó Abel Antonio Osorio"; que, consecuencialmente, las mismas menores "tienen interés legítimo en la sucesión de su padre natural Abel Antonio Osorio y son sus herederas en concurrencia con las demás personas llamadas a suceder al causante"; que, por lo tanto, las referidas menores "tienen derecho a intervenir en el juicio sucesorio de su padre y a que se les adjudique la cuota parte señalada por la ley sobre todos los bienes del de cujus en el día de su muerte, con todos sus frutos naturales y civiles, aumentos y mejoras"; y que "en caso de oposición la parte demandada sea condenada en costas".

Sin contestación de la demanda, tramitóse la primera instancia que terminó con pronunciamiento, por el que se acogieron en lo sustancial las súplicas propuestas.

A virtud de apelación de la parte demandada, surtióse el segundo grado del juicio, a que recayó la sentencia, de fecha 9 de agosto de 1,960, por la cual, luego de las consideraciones allí hechas por el Tribunal en sentido adverso a las pretensiones de la parte actora, se pronunció éste en los siguientes términos:

"Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira -en Sala de Decisión- administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

"FALLA:

"Primero. Se revoca el fallo recurrido.

"Segundo. Costas a cargo de la parte demandante".

Hállase este proveído al examen de la Corte, en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte actora, cuyo apoderado especial al efecto ha formulado la demanda de este recurso, en la que se propone tres cargos por razón de la causal primera del artículo 520 del C. J. y uno en orden a la causal segunda.

LA CORTE CONSIDERA:

Si las sentencias han de ser motivadas (arts. 163 C. N. y 470 C. J.), de manera que lo resuelto por el fallador no aparezca como producto caprichoso de su querer, sino como la resultante de sus razonamientos acerca de las pretensiones de las partes, de las pruebas aducidas y de los hechos y normas de derecho ventilados en el debate, no es menos imperiosa la necesidad de que toda sentencia contenga, distintamente de su motivación, una parte específicamente resolutiva en que se concrete el pronunciamiento sobre la cuestión litigada, a efecto de que los fallos puedan obrar o cumplirse sin incertidumbres u obstáculos resultantes de su propia estructura, propicios a la arbitrariedad o a la frustración. Por ello, el artículo 471 del C. J., disciplinario de la formulación de las sentencias, preceptúa que "En la parte resolutiva se hace, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos, dando su derecho 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'".

Quiere decir que, por explícita que sea en su motivación una pretendida sentencia, si su parte resolutiva falta, no es legalmente sentencia, pues, como lo ha dicho la Corte, aunque el proveído de que se trate contenga en su parte considerativa la exposición del negocio en forma tal que ofrezca "los elementos para deducir la fórmula decisoria como conclusión de esos razonamientos", ello por sí solo es inoperante, "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 concentra el imperio de la resolución judicial, determinando la situación jurídica en que quedan las partes como consecuencia del pleito (LX, 2029 a 2031, pág. 143).

Cuando el Tribunal que conoce de un juicio en segunda instancia, determina revocar la sentencia de primer grado, tiene consecuencialmente que proferir allí mismo la de reemplazo, pues, de lo contrario, la controversia quedaría sin fallo que la defina. Y es ésto precisamente lo que ha ocurrido en el caso de este proceso, en el cual el Tribunal de Pereira, mediante el proveído que se revisa, se limitó a revocar la resolución del inferior, pero, sin proferir respecto del pleito decisión ninguna sustitutiva de la primera. Así, esta litis quedó sin sentencia que sirva de base al desarrollo del recurso de casación propuesto por la parte actora, como que el recurso tiene primariamente por objeto el enjuiciamiento de la sentencia recurrida, y si ésta falta, por carecer de parte resolutiva en que se provea sobre los extremos de la controversia, no cabe entonces ese enjuiciamiento.

En síntesis: no hay ahora pronunciamiento impugnable en casación, porque el Tribunal no dictó fallo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, RESUELVE: Inhibirse de decidir el recurso de casación propuesto en este negocio, por no existir sentencia definitiva de segunda instancia; y ordena devolver el proceso al Tribunal de origen para que dicte la decisión correspondiente en la forma a que en derecho haya lugar.

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

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

ACCION DE FILIACION NATURAL Y LEGITIMACION EN CAUSA

En tratándose de la acción de filiación natural, la legitimación en la causa se halla no sólo en el heredero que ha aceptado la herencia, sino también en quien la ha repudiado.

1. Invoca el recurrente la doctrina de la Corte, según la cual para efectos de la sola acción de estado de hijo natural, está legitimado para responder el sucesor, cuya vocación hereditaria le viene de la ley, por razón precisamente de presupuestos reales de carácter familiar. Agrega el demandante que se han interpretado defectuosamente los artículos 401 a 404 del C. C. al distinguir entre "herederos" y "herederos aceptantes", distinción ésta que las referidas disposiciones no hacen.

Considera la Corte que habiéndose reducido el presente recurso a la acción de filiación natural, y excluído de él, por tanto, la de petición de herencia, le basta a la Corte, para decidir sobre el cargo formulado, aplicar la jurisprudencia aludida por el recurrente, de modo especial contenida en casación de julio 7 de 1.954, a la cual pertenecen las siguientes consideraciones que hoy reitera la Corte, por subsistir los motivos que las inspiraron entonces:

"Cuando se busca acreditar el estado civil de hijo natural después de muerto el pretendido padre, el ejercicio de la acción que subsiste para comprobar la paternidad puede dirigirse contra quienes por los vínculos de la sangre se hallan colocados inmediata y directamente en la posición jurídica de continuadores de la persona del difunto; que por ello se encuentran llamados a heredar en primer término, y nada más que por virtud de ese llamamiento, aunque para el caso no aparezca la aceptación de la herencia. No porque en nuestro derecho exista la categoría del heredero necesario, sino porque ya consumados los hechos de donde arranca la filiación natural, escapan a la voluntad de los hombres, como escapa también a la voluntad humana el parentesco de la sangre y la consecuencial vocación hereditaria dentro de nuestro régimen jurídico.....

"El fallecimiento del padre no es capaz de borrar esa clase de deberes que arrancan de normas éticas muy claras, situadas en planos superiores y que imperan sobre el querer del llamado a heredar por la sangre, esto es, el heredero por parentesco, como tal, aunque todavía no haya aceptado la herencia. Tanto más cuanto que la vocación hereditaria, envuelve también intereses de contenido patrimonial, abstracción hecha de lo que en concreto pueda valer la herencia" (Gaceta Judicial, Tomo LXXVIII, página 40 y siguientes).

Esta sentencia va más lejos. Porque en desarrollo subsiguiente, halla legitimada la causa no sólo en el heredero que ha aceptado la herencia, sino tam-

bién en quien la ha repudiado, de suerte que en tratándose de un sucesor universal que, como en el caso presente, no aparece haber ejercido el derecho de opción de aceptar o repudiar, no cabe la menor duda de que la acción de estado fue bien dirigida entre los demandados. Así resultan infringidos, por interpretación errónea, los artículos 401 y 403 del C. Civil, así como el 4o. y 21 de la ley 45 de 1.936, en cuanto la sentencia desconoció en quienes componen la parte demandada la legitimación necesaria para responder de la acción de estado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Juicio de Leonor Albornoz de Mendieta contra Ricardo Albornoz y otros. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 2 de mayo de 1.962. Recurrente: la demandante.

- I -

ANTECEDENTES

1. Leonor Albornoz de Mendieta demandó en juicio ordinario de filiación natural y petición de herencia, a Ricardo, Pedro José, Luis Enrique, Humberto, María, Judith y Consuelo Albornoz, en su calidad de herederos legítimos de Francisco Albornoz e interesados en la sucesión del mismo, para que se hiciesen las declaraciones y condenas correspondientes a dichas acciones, ya que es hija natural, según dice el libelo, de Francisco Albornoz, fallecido en Bogotá el 26 de julio de 1.956, sin haber contraído matrimonio, ni otorgado testamento, ni sobrevivirle sino sus hermanos ya dichos y una sobrina (Consuelo Albornoz Sorzano), hija legítima de otro hermano (Daniel Albornoz), ya muerto.

Como fundamentos de hecho en relación con la acción de filiación, alegó los constitutivos de las presunciones tercera, cuarta y quinta de paternidad natural del artículo 4o., ley 45 de 1.936, y respecto a la de petición de herencia, el hecho de ser los demandados los herederos del causante y hallarse en poder de éllos los bienes de la herencia

2. Los demandados se opusieron a las acciones incoadas y dijeron por conducto de su apoderado en la contestación de la demanda:

"Quizá en la historia judicial de Colombia, señor Juez, no se presenta una oposición como la que sustento, en la cual mis mandantes no tienen ambición alguna personal pues ni quieren ni necesitan del patrimonio herencial del causante Albornoz Rueda. Unicamente aspiran con hondo sentimiento de equidad, que este patrimonio sucesoral vaya a beneficiar, por partes iguales, a las personas que adelante relaciono quienes tienen la condición de hijos naturales del doctor Francisco Albornoz Rueda, a saber: Cecilia Pérez, hija de Isabel Pérez, nacida en la ciudad del Socorro, reside actualmente en Barranquilla; Luis Antonio Barrera, hijo de Mercedes Barrera, nacido en el Socorro, en donde reside; Ana Isabel vda. de Peláez, nacida en Bogotá, en donde tiene su residencia actualmente, y en donde ejerce la profesión de enfermera; Francisco Páez o Albornoz, nacido en Bogotá, en donde tiene su actual residencia y es suboficial de

Marina; Leonor Rodríguez de Zuleta o Leonor Albornoz de Zuleta, nacida en Girardot en donde actualmente reside; y María Ofelia Albadan, nacida en Girardot en donde reside.

"....."

"Por otra parte mis mandantes no ocupan a título alguno los bienes herenciales del doctor Francisco Albornoz Rueda. Si no los ocupan, que van a restituir?.

"El doctor Humberto Albornoz Rueda tiene bajo su cuidado esos bienes herenciales, pero únicamente a título precario, y en espera del momento en que, por partes iguales deban ser entregados a todos los hijos naturales, de su fallecido hermano, doctor Francisco Albornoz Rueda".

3. El juez sexto civil del circuito de Bogotà, falló la primera instancia así: declaró que Leonor Albornoz de Mendieta es hija natural de Francisco Albornoz y por tanto heredera del mismo, con mejor derecho que los demandados, a la universalidad hereditaria; condenó a èstos a la restitución de la totalidad de los bienes relictos, junto con los frutos correspondientes al lapso posterior al 14 de junio de 1.958, los cuales deben regularse según el procedimiento del artículo 553 del C. J.; ordenó la anotación notarial correspondiente al estado civil roconocido; negò la petición quinta sobre cancelación de los registros efectuados en caso de que se hubiese verificado la partición de los bienes del causante Francisco Albornoz; y condenò a la parte actora a pagar las costas.

Del fallo apeló la misma parte para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien lo revocó y se declaró inhibido para dictar providencia de mérito.

La Corte decide la casaciòn interpuesta por la actora contra el fallo expresado.

- I I -

LA SENTENCIA ACUSADA

4. Al examinar los presupuestos procesales no halla en los demandados probada la capacidad para ser parte, porque no obstante hallarse establecida la condición de hermanos legítimos del presunto padre natural y de hija legítima de otro hermano (Daniel Albornoz), en la demandada Consuelo Albornoz Sorzano, "la demostración de tal posible vocación hereditaria no es suficiente para entenderlos como representantes de la expresada sucesión, pues al ser notificados de la demanda no aceptaron la condición de herederos sino que, por el contrario la negaron.

"Es verdad que 'la aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita'; que 'es expresa cuando se toma el título de heredero' y que es 'tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar sino en su calidad de heredero' (art. 1298 del Código Civil).

"Mas la tramitación judicial surtida en presencia de la posición asumida por la parte demandada no entraña siquiera la aceptación tácita de la aludida calidad, por la razón ya anotada y porque intereses personales distintos al pa-

trimonial propio de la herencia pudieron impulsar a los hermanos del fallecido doctor Albornoz, como demandados en sus propios nombres, a contravertirle a la actora su pretendida condición de hija natural".

Después de este razonamiento la sentencia aplica la doctrina seguida por la Corte de un tiempo a esta parte, según la cual la calidad de heredero atañe a la capacidad para ser parte -presupuesto procesal- y no a la legitimación en la causa -presupuesto de la acción- y ello porque si es verdad que está acreditado el estado civil del cual aparece el carácter de hermanos del **de cujus**, no consta que hubiesen aceptado la herencia, requisito indispensable para que puedan ser llamados legitimamente a responder en juicio en que se ejerzan las nombradas acciones. Y en tal virtud el Tribunal se inhibe de resolver en el fondo.

- III -

LA ACUSACION DE LA SENTENCIA

5. La demanda de casación circunscribe el recurso a impugnar el fallo en cuanto el sentenciador se declaró inhibido para decidir sobre la acción de paternidad natural, conformándose con esta decisión en lo tocante a la acción de petición de herencia. Formula un solo cargo por interpretación errónea de los artículos 401 a 404 C. C.; violación propiamente directa de los artículos 1013 y 1014 ib. 1o., 4o., 20 y 21 de la ley 45 de 1.936 e indebida aplicación de los artículos 1218, 1282, 1287, 1289 a 1292, 1297 y 1300 C. C.

Dice el recurrente que la acción de filiación es exclusivamente de estado y no importa que de ella se desprendan consecuencias patrimoniales; que los demandados no han aceptado ni repudiado la herencia, pues se han limitado a decir que se oponen a la demanda, no porque les interesen los bienes de la universalidad -que no quieren ni necesitan- sino porque los verdaderos hijos naturales del **de cujus** son otros; más, con ello no se despojan, ni pueden despojarse, de su condición de colaterales legítimos de su antecesor, obligados a soportar como parientes más próximos, la acción de filiación natural promovida por la demandante.

Invoca el recurrente, además, la doctrina de la Corte, según la cual, para efectos de la sola acción de estado de hijo natural, está legitimado para responder el sucesor, cuya vocación hereditaria le viene de la ley, por razón precisamente de presupuestos reales de carácter familiar. Y agrega:

"Se han interpretado defectuosamente los artículos 401 a 404 C. C., porque se pone en boca suya una distinción que no contienen: Para el Tribunal éllos demandan 'heredero aceptante', al paso que para los preceptos y la doctrina edificada sobre éllos basta que los demandados sean 'herederos'.

"Se violaron directamente los artículos 1013 y 1014 del C. C. así como el artículo 20 de la ley 45 de 1.936, porque se desconoció que el nacimiento del derecho estriba en la defunción del causante unida a la vocación hereditaria del sucesor, al propio tiempo que la vocación legal hereditaria que poseen los hermanos a falta de alguien de superior calidad. Esas normas fueron ignoradas delante de una situación que forzaba su aplicación.

"Se aplicaron indebidamente los preceptos que regulan la aceptación y repudiación de las herencias (1282 a 1300 C. C.), ya que se les hizo jugar, exigiendo la prueba de la aceptación y negando que los herederos que están al

frente de los bienes hayan aceptado tácitamente (no han aceptado **tácitamente**, agrego), siendo así que para el problema de filiación lo de menos es que haya habido aceptación, toda vez que se exige, cuando menos en tratándose de herederos por parentesco, la sola calidad de heredero para estar capacitado procesalmente el demandado.

"En particular destaco la indebida aplicación del artículo 1297 C. C.: Llégase a sostener en la sentencia que impugno la viabilidad de la acción de filiación contra el curador de la herencia yacente, en contra de lo constantemente afirmado por la jurisprudencia y con desvío en la consideración de lo que son los aspectos exclusivamente personales de la sucesión, confundidos aquí en un todo con los patrimoniales.

"Por último, como el fallo fue de forma y no de mérito, dejáronse de aplicar las reglas que fijan el estado de hijo natural y fuerzan a su declaración en presencia de las causales invocadas: escrito confesión inequívoca de la paternidad; relaciones sexuales notorias, estables y oportunas, y posesión notoria del estado civil, acreditadas hasta la saciedad y la que tiene al hijo natural como sucesor de su padre".

SE CONSIDERA:

6. Habiéndose reducido el recurso a la acción de filiación natural, y excluído de él, por tanto, la de petición de herencia, le basta a la Corte, para decidir sobre el cargo formulado, aplicar la jurisprudencia aludida por el recurrente, de modo especial contenida en casación de julio 7 de 1.954, publicada en el Organo de la Corporación, Tomo LXXVIII, número 2144, páginas 40 y siguientes, a la cual pertenecen las siguientes consideraciones, que hoy reitera la Corte, por subsistir los motivos que las inspiraron entonces:

"Si la acción de paternidad, es pues, declarativa, si se apoya en hechos de parentesco natural que dependen, no de creaciones artificiales, sino de motivos atinentes a la existencia de la sociedad; si todo ello no hace relación directa e inmediata a la materialidad concreta del patrimonio o de la herencia, es el caso de admitir que la filiación y el estado consecuencial están en primer término y sirven precisamente de causa y fundamento al derecho hereditario.

"Dentro de esta prelación se encuentra ante todo la necesidad de establecer el estado civil, de contenido imponderable, y sólo después el derecho hereditario, en sentido estricto, de contenido puramente material.

"Y así, cuando se busca acreditar el estado civil de hijo natural después de muerto el pretendido padre, el ejercicio de la acción que subsiste para comprobar la paternidad puede dirigirse contra quienes por los vínculos de la sangre se hallan colocados inmediata y directamente en la posición jurídica de continuadores de la persona del difunto; que por ello se encuentran llamados a heredar en primer término, y nada más que por virtud de ese llamamiento, aunque para el caso no aparezca la aceptación de la herencia. No porque en nuestro derecho exista la categoría del heredero necesario, sino porque ya consumados los hechos de donde arranca la filiación natural, escapan a la voluntad de los hombres, como escapa también a la voluntad humana el parentesco de la sangre y la consecuencial vocación hereditaria dentro de nuestro régimen jurídico.

" ...."

"El fallecimiento del padre no es capaz de borrar esa clase de deberes que arrancan de normas éticas muy claras, situadas en planos superiores y que imperan sobre el querer del llamado a heredar por la sangre, esto es el heredero por parentesco, como tal, aunque todavía no haya aceptado la herencia. Tanto más cuanto que la vocación hereditaria, envuelve también intereses de contenido patrimonial, abstracción hecha de lo que en concreto pueda valer la herencia".

Esta sentencia va más lejos porque en desarrollo subsiguiente halla legitimada la causa no sólo en el heredero que ha aceptado la herencia, sino también en quien la ha repudiado, de suerte que en tratándose de un sucesor universal que, como en el caso presente, no aparece haber ejercido el derecho de opción de aceptar o repudiar, no cabe la menor duda de que la acción de estado fue bien dirigida entre los demandados. Así resultan infringidos, por interpretación errónea, los artículos 401 y 403 del C. C., así como el artículo 4o. y 21 de la ley 45 de 1.936, en cuanto la sentencia desconoció en quienes componen la parte demandada la legitimación necesaria para responder de la acción de estado.

Debe infirmarse, por tanto, la sentencia, en lo que respecta a la inhibición para resolver sobre la acción de investigación de la paternidad natural, y proferir sentencia de instancia sobre dicho aspecto de la litis, dejando en pié la decisión del Tribunal en lo que concierne a la acción de petición de herencia.

-IV-

SENTENCIA DE INSTANCIA

Sea lo primero decir que en tratándose de dos acciones, incoada la primera -la de investigación de la paternidad natural- como base de la segunda -de petición de herencia- bien puede fallarse sobre aquélla sin tocar ésta, lo que no podría darse al contrario.

7. La parte demandada propuso las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda y de petición antes de tiempo. La primera -sin motivación por parte del excepcionante, como observa el fallo de primera instancia- procedería si fuese a decidirse sobre la acción petitoria de la herencia, de orden esencialmente patrimonial y de imposible ejercicio contra quienes no solamente no han aceptado la herencia sino que además afirman no interesarles la fase pecuniaria del litigio. Pero, en relación con la acción de estado, esa ineptitud no existe, dado el carácter de quienes integran la parte demandada, de inmediatos parientes del de cujus, a quienes los vínculos de la sangre y el respectivo orden sucesoral imponen responder de la acción promovida, según jurisprudencia de esta Corporación.

La petición antes de tiempo tampoco asoma, toda vez que el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad natural no está condicionada a modalidad, plazo o condición alguna.

8. En lo atinente a las presunciones tercera, cuarta y quinta de paternidad natural, prescritas en el artículo 4o. de la ley 45 de 1.936, la Corte acoge la parte considerativa del fallo de primer grado, especialmente en lo que respecta a las dos últimas presunciones -relaciones sexuales estables y públicas y posesión notoria del estado civil de hija natural- presunciones que según las pruebas producidas por la parte actora y analizadas correctamente por el juez, aparecen establecidas en forma que no admite la menor duda.

De lo cual se infiere que la providencia de primera instancia debe recibir confirmación en cuanto a lo decidido sobre la acción de investigación de la paternidad y ser reformada en lo concerniente a la de petición de herencia, respecto de la cual se declarará la inhibición, por ausencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte en los demandados.

DECISION:

En mèrito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la Repùblica de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha dos (2) de mayo de mil novecientos sesenta y dos (1.962), en el juicio de Leonor Albornoz de Mendieta contra Ricardo Albornoz, Pedro José Albornoz, Luis Enrique Albornoz, Humberto Albornoz, María Albornoz, Judith Albornoz y Consuelo Albornoz Sorzano, y como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

Primero. Confirmar los puntos primero, segundo y séptimo de la parte resolutiva de la sentencia del juez sexto civil del circuito de Bogtoá, fechada el diez (10) de agosto de mil novecientos sesenta (1.960), puntos referentes a la acción de filiación natural ejercida en esta litis.

Segundo. Revocar los puntos tercero, cuarto, quinto, sexto y octavo de la misma sentencia y declararse inhibida para fallar de mèrito sobre la acción de petición de herencia incoada por la misma demandante, por falta de presupuesto procesal de capacidad para ser parte en los demandados.

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

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

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

REPRESENTACION LEGAL. GESTION DEL PADRE DE FAMILIA EN INTERES CONCURRENTE Y ARMONICO CON EL DE SUS HIJOS.

Interpretación del artículo 240 del C. J. en armonía con el 62 del C. C. y los arts. 13 y 14 de la Ley 45 de 1.936.

Cuando el padre concurre con sus menores hijos en defensa del mismo interés, nada impide que en conjunción jurídica la voz de ese mismo padre de familia, con ser suya, se pronuncie y proyecte a la vez en su propia defensa y en guarda del interés de sus menores hijos, con lo que se configura a plenitud la capacidad procesal de la parte demandada en libelo que los comprendió a todos, desde luego que el Juez ordenó el traslado por su nombre a cada uno de los hijos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, cuatro (4) de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

En proceso anterior seguido por Manuel S. Posada contra Pablo Emilio Posada E. y sus doce hijos legítimos en el lugar de Sofía Arango de Posada, la madre premuerta, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por sentencia del 28 de abril 1.944, que hizo ejecutoria, decretó la ineficacia del contrato consignado en la escritura pública 195 de 31 de marzo de 1.936, Notaría de Concordia, en que los cónyuges Posada y Arango dijeron venderle con pacto de retroventa al referido Manuel S. Posada el predio denominodo La Frondosa, y declaró que el verdadero contrato allí celebrado lo fuè el de mutuo con hipoteca de ese inmueble por suma inicial de $ 1.100.oo, de plazo vencido, con saldo de $900.oo e intereses al 8% anual a cargo de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Posada-Arango y a favor de Manuel S. Posada.

Con este recaudo el acreedor inició el 1o. de agosto de 1.944 juicio hipotecario en que, como ausentes, fueron emplazados los doce hijos Posada Arango, a saber: Miguel Eduardo, Pablo Emilio, José Gabriel, Germán, Graciela, Carolina, Emilio, Leonardo, Sofía, María Falira, Humberto y Jaime, (hechos 10o. de la demanda con que se abrió el actual litigio).

A la sazón todos èllos eran menores de edad, puesto que el primogénito, Miguel Eduardo, apenas contaba diecisiete años. Recibieron curador para la litis, y Pablo Emilio Posada E. se presentó al juicio con nombramiento de apoderado suyo, que sin observación adelantó varias gestiones, no obstante lo cual el Juzgado en 8 de agosto de 1.946 declaró la nulidad del proceso por falta de cita-

ción o emplazamiento del mismo Posada E., lo que subsanó para designarle curador **ad litem**. El 14 de mayo de 1.947 se presentó de nuevo Posada E. con designación de apoderado. En sentencia del 8 de agosto de 1.947 se ordenó el remate del inmueble, y la subasta tuvo lugar el 17 de febrero de 1.959 a favor de la rematante Rosa Escobar v. de Posada, cuyo título fue inscrito el 8 de marzo siguiente, y cedido por escritura número 33, de 4 de abril de 1.950, Notaría de Betulia, a Pablo Emilio Posada Escobar, quien quedó a deber a la vendedora $2.800 con hipoteca sobre la misma finca de **La Frondosa**; y Posada Escobar la transfirió a María Inés Toro de Piedrahita por escritura número 36 de 21 de febrero de 1.952, extendida en la dicha Notaría de Betulia.

Además de la hipoteca a favor de Pablo Emilio Posada, pesaban sobre el inmueble otras por acreencias de Abel de J. Correa y de José María Fernández.

Por otro aspecto, Manuel S. Posada, demandante en el juicio hipotecario, cedió sus derechos a Francisco María Arango, fallecido después y quien dejó por herederos a Libardo, Gilberto, Dolores, Ana Solina y Josefina Arango.

EL ACTUAL LITIGIO

Tales son los antecedentes de la demanda en que PABLO EMILIO POSADA ARANGO llamó a juicio ordinario a su padre PABLO EMILIO POSADA E.; a sus hermanos MIGUEL EDUARDO, JOSE GABRIEL, GERMAN, GRACIELA, CAROLINA, EMILIO, LEONARDO, SOFIA, MARIA FALIRA, HUMBERTO y JAIME POSADA ARANGO; a MANUEL S. POSADA; a los herederos de FRANCISCO MARIA ARANGO; a ROSA ESCOBAR v. de POSADA, MARIA INES TORO de PIEDRAHITA, MAGDALENA PIEDRAHITA de PIEDRAHITA, ABEL DE J. CORREA y JOSE MARIA FERNANDEZ, con estas peticiones:

"a) Que es nulo, por falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio y, también, por la omisión de disposiciones esenciales en su tramitación, el juicio hipotecario de Manuel S. Posada y de su subrogatorio Francisco M. Arango C. contra la sociedad conyugal de Pablo Emilio Posada E. y Sofía Arango de P., y la sucesión de ésta, ambas disueltas e ilíquidas, representadas por el cónyuge sobreviviente Posada Escobar y por los legítimos herederos de la causante, ya expresados;

"b) Que como consecuencia de la nulidad del mencionado juicio hipotecario, también es nula la diligencia de remate de 17 de febrero de 1.949 y su consiguiente auto aprobatorio, carente de todo efecto jurídico, diligencia a que se refiere el hecho 15 de la presente demanda;

"c) Que, por lo mismo se ordene la cancelación de la diligencia de remate citada en la Oficina de Registro del Circuito de Urrao, esto es, y más claro de su registro en el correspondiente libro de registro;

"d) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, la finca territorial denominada **La Frondosa**, con todas sus mejoras y anexidades, por su situación y linderos especificados en el hecho 5o. de esta demanda -mismos de la diligencia de remate-, es de exclusivo dominio de la sociedad conyugal Posada-Arango, disuelta e ilíquida, y de la sucesión ilíquida de Sofía Arango de P., repre-

sentadas ambas entidades por el señor Pablo Emilio Posada Escobar como cónyuge sobreviviente, de una parte, y de la otra, por los legítimos hijos de la causante, ya expresados;

"e) Que la señora María Inés Toro de Piedrahita, actual poseedora de la finca La Frondosa, está en la obligación de restituir dicho inmueble, con sus mejoras y anexidades, por la situación y linderos especificados en el hecho 5o. de la presente demanda, dentro del término que usted le fije, a la sociedad conyugal Posada-Arango, disuelta e ilíquida, y de la sucesión ilíquida de Sofía Arango de Posada, representadas ambas entidades en la forma ya relacionada, restitución que hará con sus frutos naturales y civiles no solamente los percibidos, sino los que se hubieren podido percibir con mediana inteligencia y actividad, si la finca hubiere estado en poder de sus legítimos dueños, frutos que serán regulados en este juicio o en juicio aparte;

"f) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se ordene igualmente la cancelación de las inscripciones en la Oficina de Registro de Urrao de las siguientes escrituras: 33 de 4 de abril de 1.950, de la Notaría de Betulia; de la 36 o 37 de 21 de febrero de 1.952, de la misma notaría, y de las demás constitutivas de gravámenes hipotecarios sobre la misma finca La Frondosa, y

"g) Que se condene en las costas y gastos del presente juicio, si los demandados se opusieren a él".

Cursó el pleito ante el juez del Circuito de Urrao, quien con fecha 16 de marzo de 1.961 hizo este pronunciamiento:

"1o. Es nulo, por falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, y también por la omisión de disposiciones esenciales en su tramitación, el juicio hipotecario de Manuel S. Posada y de subrogatorio Francisco M. Arango G. contra la sociedad conyugal de Pablo Emilio Posada Escobar y Sofía Arango de Posada, y la sucesión de ésta, ambas representadas por el cónyuge sobreviviente Posada y por los legítimos herederos de la causante, señores Miguel Eduardo, Pablo Emilio (el actor), José Gabriel, Hernán Antonio, Graciela, Carolina, Emilio, Sofía, María Falira, Humberto, Leonardo y Jaime de Jesús Posada Arango.

"2o. Como consecuencia de la nulidad del mencionado juicio hipotecario, se declara asímismo la nulidad de la diligencia de remate llevada a efecto por este Despacho el 17 de febrero de 1.949, y su correspondiente auto aprobatorio.

"3o. Ordénase la cancelación de la citada diligencia de remate en la Oficina de Registro del Circuito de Urrao, o más claro, su registro en el correspondiente libro de registro.

"4o. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, la finca territorial denominada La Frondosa, con todas sus mejoras y anexidades, situada en el paraje de La Virgen o El León, del Municipio de Betulia, y comprendida por estos linderos....., es del exclusivo dominio de la sociedad conyugal Posada-Arango, disuelta e ilíquida, y de la sucesión ilíquida intestada de Sofía Arango de Posada, representadas ambas entidades por el señor Pablo Emilio Posada Escobar como cónyuge sobreviviente, de una parte, y de la otra, por los hijos legítimos de la causante, expresados en el número 1o.

"5o. La señora Magdalena Piedrahita de Piedrahita, actual poseedora inscrita de la finca La Frondosa, está en la obligación de restituir dicho inmueble, con sus mejoras y anexidades, por la ubicación y linderos especificados en el numeral que precede, y dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este proveído, a la sociedad conyugal Posada-Arango, disuelta e ilíquida, y a la sucesión ilíquida de Sofía Arango de Posada, representadas ambas entidades en la forma relacionada en el ordinal 1o., restitución que se hará con sus frutos naturales y civiles, no solamente los percibidos, sino también los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, teniendo la finca en su poder, frutos que serán regulados en la forma prescrita por el artículo 553 del Código Judicial.

"6o. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, ordénase la cancelación de las inscripciones en la Oficina de Registro del Circuito de Urrao de las siguientes escrituras: .....Se ordena la cancelación de la escritura número 412 corrida ante el Notario Público del Circuito de Jericó, de 14 de agosto de 1.958, y en virtud de la cual la señora María Inés Toro de Piedrahita vende a la señora María Magdalena Piedrahita de Piedrahita la ya tantas veces descrita finca La Frondosa, y a la que se contrae el presente juicio.

"7o. No se declaran las excepciones propuestas por el señor procurador de la opositora Magdalena Piedrahita de Piedrahita, por no haberse hallado probadas ni existir en el decurso del juicio; y

"8o. Por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, no se condena en costas a la preindicada opositora Magdalena Piedrahita de Piedrahita".

Esta última apeló; y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha 13 de abril de 1.962 puso término al segundo grado, así:

"Niéganse las declaraciones impetradas por el señor Pablo Emilio Posada Arango y otros en la presente acción ordinaria de nulidad que hubo de proponer en nombre y representación de la sociedad conyugal constituida por Pablo Emilio Posada E. y Sofía Arango de Posada, disuelta e ilíquida, y de la sucesión de ésta, representadas por sus hijos ya expresados en el cuerpo de esta providencia, contra Pablo Emilio Posada E., Manuel S. Posada, Rosa Escobar v. de Posada, Abel de Jesús Correa, Inés Toro de Piedrahita, Magdalena Piedrahita, Francisco M. Arango y José María Fernández; y contra la misma sociedad Posada-Arango.

"En consecuencia del pronunciamiento anterior, se absuelve a la parte demandada de los cargos formulados.

"Se condena en las costas de la primera instancia a la parte demandada".

El actor interpuso y sustentó oportunamente el recurso de casación que, replicado por la parte opositora, pasa a estudio:

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La decisión del sentenciador muestra apoyo: a) en que como el juicio precedente se siguió por Manuel S. Posada con audiencia de la sociedad conyuga Posada-Arango y de los herederos de la madre premuerta, y allí se declaró exis-

tir en lugar de venta con pacto de retroventa el contrato de mutuo de plazo vencido por suma de pesos con garantía hipotecaria de La Frondosa a cargo de las mismas herencia y sociedad conyugal, no se configura vicio en el juicio hipotecario subsiguiente, por defecto de la notificación judicial del título ejecutivo a los herederos, según lo exige el artículo 1434 del Código Civil y el ordinal 3o. del 451 del Código Judicial; y b) en que no existió falta de citación o emplazamiento, ni para los menores, que estuvieron representados por curador ad litem, ni para Pablo Emilio Posada E., que "actuó en el proceso, primero mediante curador ad litem, y luego directamente sin hacer reclamación alguna en cuanto a la representación legal que él tenía de los menores por mandato del legislador, de tal suerte que esta presencia, sin hacer notar esa falta de notificación legal, al tenor del artículo 450 del Código Judicial (inciso último), el cual hace alusión al hecho de que cuando la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas debiendo serlo y han representado en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad, se entiende hecha la notificación y de consiguiente el proceso continúa normal".

LA IMPUGNACION

I. El primer cargo invoca la causal 1a., por "infracción directa de los artículos 1434 del Código Civil, 448, 451, 457, del Código de Procedimiento Civil, a través de las cuales quiebras quedaron infringidos los artículos 946, 950, 952 y 1746 del Código Civil, no aplicados al caso del pleito, siendo aplicables".

Estima el recurrente que las partes y el sentenciador admiten "la omisión de notificar a los sucesores de doña Sofía Arango de Posada la existencia del crédito asegurado con hipoteca, y suspensión de la acción por ocho días hábiles, con arreglo al artículo 1434 del Código Civil". Y alega:

"La demanda no invoca, unitariamente, el artículo 1434 del Código Civil, sino, expresamente, la falta de citación o emplazamiento, en legal forma de las personas que han debido ser llamadas al juicio. El menor Emilio Posada no fue llamado por el demandante en el juicio hipotecario, ni fue emplazado, ni nombró representante. Tal omisión denuncia incompletez de la personería sustantiva de la parte opositora en el juicio hipotecario, y la falta de citación o emplazamiento de ese legítimo heredero, circunstancias determinantes de doble nulidad de aquel especial, que es alegable en juicio ordinario".

II. El segundo reparo, también por la causal 1a., aduce violación indirecta de estas normas: 1434 del Código Civil, 448, 451, ordinal 3o., 457 (sin indicar el Código), "por falta de aplicación, siendo aplicables, y el artículo 450 ib., por haberlo aplicado, dado que era inaplicable". De donde deduce, además, violación indirecta de los artículos 946, 950, 952, 957 y 1746 del Código Civil.

Alude a que para el Tribunal los doce menores fueron emplazados y representados por curador ad litem, cuando en sentir del recurrente si la Sala hubiera visto "la total ausencia del menor Emilio Posada Arango, omitido en la demanda especial de venta, extraño al emplazamiento de los menores demandados ausentes y, por consiguiente, excluído de representación, cumplida por el señor Pereira 'curador designado' -pero no para Emilio Posada Arango- la sentencia impugnada se habría proferido en forma opuesta".

Atribuye error de hecho al Tribunal por cuanto eran doce los hijos del matrimonio Posada-Arango y sólo once de ellos fueron citados al juicio hipotecario, con omisión de Emilio Posada Arango, sin advertir el recurrente que en el folio 35 del cuaderno que cita, de pruebas del actor, aparece que el Juez del Circuito de Urrao admitió la demanda por auto del 17 de agosto de 1.944, y dispuso el traslado a los doce hijos, así: Miguel Eduardo, Pablo Emilio, Germán, Leonardo, Josè Gabriel, Maria Graciela, Carolina de Jesús, Sofía, Maria, Miguel Augusto Humberto, Jaime de Jesús y Emilio Posada Arango, además de su padre Pablo Emilio Posada E.; que el emplazamiento del mismo folio vuelto también comprende a los doce hijos; que igual cosa se dice al folio 37 Vto. y se repite en seguida, del propio modo que en el auto de 21 de febrero de 1.945 sobre nombramiento de curador a los doce hijos, con inclusión de Emilio, y en el que discierne el cargo en 7 de marzo subsiguiente. Lo cual excusa el recurrente con motivo de que por la nulidad decretada en la actuación, rige el edicto de 7 de marzo de 1.947 donde se emplaza a Pablo Emilio Posada como representante de sus hijos menores de edad, que allí se nombran uno a uno y no aparece Emilio.

Y concluye:

"Este documento público, singularmente considerado, o en interacciòn con los señalados y localizados bajo los literales precedentes, prueban el hecho protuberante de ausencia total, en el hipotecario, de Emilio Posada Arango".

SE CONSIDERA:

1. "Los incapaces -ordena el artículo 240 del Código Judicial- comparecen en juicio, como demandantes o demandados, por medio de sus represntantes legales". Y lo son para el hijo de familia el padre o la madre bajo cuya potestad vive. (52 C. C., 13 y 14 Ley 45 de 1.936).

Lo cual demuestra que si el padre concurre con sus menores hijos en defensa del mismo interés a integrar la parte demandada en litigio que persigue la efectividad de hipoteca constituída por suma de pesos sobre inmueble vinculado a la herencia materna y a la sociedad conyugal por matrimonio de que los hijos provienen y de que el padre es cónyuge supérstite, nada impide que en conjunción jurídica la voz de ese mismo padre de familia, con ser suya, se pronuncie y proyecte a la vez en su propia defensa y en guarda del interès de sus menores hijos, con lo que se configura a plenitud la capacidad procesal de la parte demandada en libelo que los comprendió a todos, desde luego que el juez ordenó el traslado por su nombre a cada uno de los doce hijos del matrimonio Posada-Arango.

2. Así, el libelo inicial de la presente controversia reconoce en los hechos que la demanda hipotecaria de Manuel S. Posada estuvo dirigida:

a) Cuanto a los causahabientes de Sofía Arango de Posada, contra todos y cada uno de sus doce menores hijos habidos en su matrimonio con Pablo Emilio Posada E.; y

b) Cuanto a la sociedad conyugal, contra el mismo Posada E. como cónyuge sobreviviente y los herederos de la mujer.

Dentro de la tramitación de ese juicio especial hipotecario aconteciò que sin embargo de emplazamiento nominativo de cada uno de los doce hijos Posada-Arango, y de habèrseles proveído de curador ad litem por ese medio, se ob-

servó nulidad en el entendimiento de haberla por faltar la citación del prenombrado padre, el mismo Pablo Emilio Posada E., quien ya antes y después del trámite para subsanar el vacío, se había hecho presente con varias gestiones en aquel procedimiento hipotecario, sin reclamar nulidad.

3. La presencia del padre de familia en el juicio y el hecho de haberse encaminado la acción hipotecaria no sólo contra aquél, sino también contra todos y cada uno de sus menores hijos como herederos de la madre, con base en recaudo deducido en juicio anterior en que los mismos figuraron como parte, a consecuencia de que ya había ocurrido el fallecimiento de la causante como cónyuge premuerto, envuelven la resultante necesaria de que el título ejecutivo hipotecario se perfeccionó por la justicia en debate contra los herederos y el cónyuge sobreviviente. Lo cual cumple no sólo las exigencias del artículo 1434 del Código Civil acerca de que los acreedores deben notificar judicialmente sus títulos contra el de cujus ocho días antes, para entablar o llevar adelante la ejecución contra los herederos, sino que al respecto se llegó a posición de evidente superabundancia.

Es en absoluto claro que el debate judicial plenario de donde surgió el título ejecutivo, constituye la mejor y más adecuada protección del derecho de defensa de los herederos, cuya tutela persigue el citado artículo 1434, en que se inspira la nulidad establecida por el ordinal 3o., artículo 451 del Código Judicial.

4. Representados legalmente todos los menores hijos por su padre en el juicio hipotecario proseguido con título que nació en controversia judicial anterior, por ellos mismos afrontada, carece de apoyo la censura acerca de que faltara la notificación del título a los herederos de Sofía Arango de Posada. Del propio modo que no es viable el reparo en cuanto a que no hubiese citación de todos los menores hijos, y en especial Emilio Posada Arango, en aquel juicio hipotecario, porque todos ellos fueron demandados y su padre legítimo de pleno derecho llevó allí su representación legal.

Mayor razón a estos respectos cuanto que el cargo concreta en Emilio Posada Arango tal ausencia de citación, y entonces se observaría, además, que es la propia persona no citada o emplazada quien puede invocar el vicio, y no ninguna otra persona. Por lo cual el actor Pablo Emilio Posada Arango, que no es confundible ni ha sido confundido con Emilio Posada Arango, carece de legitimación para invocar la nulidad de aquel proceso hipotecario.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 13 de abril de 1.962 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

CONTRATO DE OPCION

La calificación jurídica de los contratos no puede acusarse en casación por medio de error de hecho evidente, sino a través de error jurídico. Violación por inaplicación de la ley.

1. Es frecuente que en la vida económica y comercial y, más aún, cuando esta clase de relaciones crecen y se complican, que no solamente puedan celebrarse contratos previamente nominados y calificados por el ordenamiento jurídico; ni que siempre, así sea la forma más ordinaria de hacerlo, el negocio jurídico se celebre de manera unitaria. Por razón de la libertad contractual pueden celebrarse contratos unidos y contratos mixtos. Y por causa de la complejidad de relaciones contractuales, pueden celebrarse convenios que no están calificados por la ley, llamados innominados o atípicos.

Para el caso actual, no es indispensable llegar al estudio de las subdivisiones de los contratos unidos y de los contratos mixtos. Solamente es pertinente afirmar que calificarlos, es un *quid juris*, una apreciación eminentemente jurídica, que no puede prosperar en casación por medio de error de hecho evidente, sino a través de error jurídico.

2. La violación por inaplicación de la ley, supone que a juicio del fallador la norma no es aplicable al supuesto de hecho por ella misma regulado.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

ANTECEDENTES

Felicitas Rolandi de Veronessi y Anacreonte González P. celebraron por escritura pública No. 396 de 18 de noviembre de 1.950, contrato de arrendamiento de los predios rústicos denominados "Montañita", "Lucy" y "La Montañita" y "Diez y siete", por los linderos allí determinados. El canon de arrendamiento fue de $ 700.oo mensuales, pagaderos por trimestres anticipados y el término del contrato de cinco años contados desde la fecha del registro de la escritura, que se efectuó el 29 de noviembre de 1.950. Como fiadores del Dr. González P. figuran Ramona H. de González y Adolfo Charris Cotes.

La señora Veronessi entregó los inmuebles arrendados al arrendatario Dr. González P., representado éste por el señor José Hilario Enriquez.

En el contrato de arrendamiento pactado en la escritura 396, se lee la siguiente cláusula:

"Novena. La arrendadora otorga a favor del arrendatario el derecho de comprar los inmuebles que son materia del presente contrato por la suma de sesenta y cinco mil pesos ($65.000.oo) moneda colombiana, pero este derecho solo podrá ejercitarlo el arrendatario dentro del primer año del término estipulado en la cláusula anterior".

Después de celebrado el contrato de arrendamiento en la forma dicha, se convino entre el Dr. González y su arrendadora en extender la opción de compra al predio "San Bartolo". En este caso la señora de Veronessi obraba en su carácter de apoderada general de su marido Emilio, calidad que aparece comprobada con la escritura pública No. 2285 de 3 de octubre de 1.949, pasada en la Notaría Tercera de Barranquilla.

Posteriormente, y a virtud de juicio iniciado por la arrendadora, en sentencia de segunda instancia de 3 de noviembre de 1.952, se condenó al arrendatario a restituir los inmuebles por haber incurrido en mora en el pago de los arrendamientos y ordenó el lanzamiento que se llevó a cabo el 29 de mayo de 1.953.

EL LITIGIO

Los antecedentes expuestos determinaron que Felícitas de Veronessi demandara en juicio ordinario a Anacreonte González Padilla, Ramona H. de González y Adolfo Charris Cotes, a fin de que se los condene a pagar solidariamente, la suma de $16.800.oo m.l., los intereses legales de esta suma desde el 30 de mayo de 1.951 hasta la fecha en que se verifique el pago, y, las costas de este juicio.

Como no hubo contestación de la demanda, en el alegato de primera instancia, la parte demandada prensentó hechos; para que de ellos el Juzgador de primer grado dedujese excepciones perentorias.

En sentencia de 30 de octubre de 1.958, el Juez falló condenando al arrendatario y sus fiadores.

Por apelación de la parte demandada, el Tribunal conoció del negocio, que resolvió en segunda instancia en sentencia de 20 de abril de 1.960, en la que confirmó la de primer grado, con excepción del punto segundo de la parte resolutiva, el que reformó en el sentido "de que el saldo del valor del arrendamiento que debe pagar el arrendatario Anacreonte González P. por el tiempo que estuvo ocupando los tres inmuebles de que trata el fallo, es de dieciseis mil ochocientos pesos ($16.800.oo) moneda legal de acuerdo con el libelo".

De esta sentencia interpuso recurso de casación la parte demandada.

LA SENTENCIA ACUSADA

Estudia el fallo el contrato de arrendamiento inicial, o sea el contenido en la escritura No. 396, repetidamente citado; el contrato de opción a que se refiere la cláusula novena de ese mismo instrumento; lo que llama "contratos adicionales" o sea la opción de compra del predio "San Bartolo"; hace capítulo so-

bre el canon de arrendamiento; tiene como independientes el contrato de arrendamiento y el de opción; se refiere concretamente al contrato del predio "San Bartolo", para afirmar que la señora de Veronessi no actuó en tal contrato en su propio nombre, sinó como apoderada general del señor Emilio Veronessi y concluir que, por eso, el incumplimiento no le es imputable a ella.

Por fin, en el aparte de la sentencia denominada "conclusión" el Tribunal compendia su pensamiento expresando lo siguinte:

"Habiendo entregado los tres predios (la finca de bananos "Montañita", la finca denominada "Lucy" y los potreros nombrados "La Montañita" y "Diez y Siete"), la arrendadora al arrendatario, como fueron entregados real y materialmente, cumplió ella sus obligaciones. Debia, pues por lo tanto, el arrendatario atender el valor del arrendamiento dentro del contrato.

"No pueden aceptarse excepciones o excusas para no pagar el precio del arrendamiento, las faltas en que pudiera incurrir la arrendadora señora de Veronessi al no extender la correspondiente escritura de venta de los tres mencionados predios, porque el contrato de arrendamiento no quedó sometido al de opción o promesa de venta ya que esto no aparece ni de los contratos aludidos ni de ningún otro documento o prueba que se encuentre en los autos".

Uno de los señores Magistrados de la Sala salvó su voto que fundamenta en el entendimiento de que lo que se celebró entre la señora de Veronessi y el Dr. González Padilla, "no fue un contrato únicamente sino dos, uno de arrendamiento de unos predios rurales, y por otra, que la excepción en referencia no será factible sino a virtud de que tales contratos puedan considerarse como constitutivos de uno sólo, de suerte que el incumplimiento de uno de ellos, en este caso el de opción, implique el del otro, o sea el de arrendamiento. No está por demás anotar aquí que la posibilidad de esa fusión de contrato está reconocida en jurisprudencia según la cual, con prescindencia de los contratos suigéneris o atípicos, esto es, aquellas convenciones cuyo contenido es tan particular que no pueden asimilarse a ninguno de los contratos típicos, la combinación de diferentes tipos de contratos o de prestaciones correspondientes a diversos contratos típicos, se presenta en tres formas, una de las cuales es: 'b). Unión con dependencia unilateral o bilateral. Los distintos contratos tipos que aparecen unidos exteriormente son queridos como un todo. Se establece entre ellos, por las partes, una recíproca dependencia en el sentido de que el uno o los unos dependan del otro o de los otros, pero no al contrario. Tal intención de los contratantes debe aparecer expresa o tácita. En este último caso, ella debe resultar de las relaciones económicas que medien entre las diferentes prestaciones. Por ejemplo: vendes una maquinaria para beneficiar café, y al mismo tiempo, mediante una suma, te obligas a su montaje'. (Casación marzo 24 de 1.936, XLIII, pág. 73; mayo 31 de 1.938, XLVI, pág. 670, inserta a continuación del art.1495 del Código Civil).

De esta premisa deduce el Magistrado disidente "que a menos de considerar aisladamente de conjunto de las estipulaciones de la convención a que se alude, y que no debía producir efecto alguno, la relativa a la opción, contra lo que al respecto dispone el artículo 1602 del Código Civil, a la operancia de este pacto de opción quedaba condicionada la existencia y duración en el tiempo del pacto de arrendamiento. Se descubre, en fin, la íntima conexidad, la recíproca dependencia entre esos dos pactos, de arrendamiento y de opción, que per-

mite concluir que entre ellos se opera el fenómeno de la combinación o fusión de que atrás se ha hablado como reconocida por la jurisprudencia en materia de interpretación de los contratos".

LA DEMANDA DE CASACION

El razonamiento presentado por la demanda del recurso y fundamento de los tres cargos, está expuesto en los términos siguientes:

"CRITICA. La sola transcripción de los apartes del fallo incorporados al resumen, pone de relieve ya, la profunda equivocación que sufrió el sentenciador en la interpretación del acto jurídico complejo que constituye el soporte de hecho de toda la controversia.

"El errado pensamiento de que inicialmente partió el sentenciador, lo llevó a calificar de manera previa a todo análisis, de 'contratos adicionales', a los celebrados mediante documentos privados, y en relación con el predio "San Bartolo". Contratos complementarios de los arrendamientos y opción consignados en la escritura pública en el sentir del Tribunal.

"Si el error reviste un carácter profundo porque incide en los más remotos antecedentes de la cuestión, no lo es menos, porque la lógica rigurosa con que el sentenciador desenvuelve las falsas premisas al través de la sentencia, lleva la estimacion equivocada hasta las conclusiones mismas del fallo en su parte resolutiva.

"El fallo del Tribunal destroza el carácter unitario del acto jurídico celebrado, complejo en su forma, pero sencillo en su fondo, descomponiéndolo artificialmente en cuatro partes desligadas las unas de las otras. En la doble unidad jurídica y económica de un negocio comercial establece la existencia independiente de cuatro contratos inconexos: Dos de opción de compra y dos de arrendamiento. Dos contratos de cada una de estas dos especies; y cada uno de los dos pertenecientes a ellas, son considerados por el Tribunal como actos jurídicos distintos, que se permite calificar de contratos independientes.

"En efecto; afirma la independencia de los contratos celebrados por escritura pública sobre los predios denominados "Montañita", "Lucy", "La Montañita" y "Diecisiete", como convención perfeccionada entre Felícitas Rolandi de Veronessi y Anacreonte González, frente a los contratos que la misma Veronessi celebró con idéntica contraparte, como apoderada general de su marido sobre la finca rural denominada "San Bartolo".

Establecida esta primera general separación, se incide en una nueva que podríamos denominar subseparación de cada uno de los dos extremos, puesto que tanto en el documento privado como en la escritura pública vuelve a declarar la independencia de los contratos de arrendamiento y los contratos de opción pactados en cada uno de los instrumentos.

"Pero a pesar de estas consideraciones del Tribunal, la interpretación de las cuatro convenciones típicas que el fallo denuncia, en la integridad de un acto jurídico unitario, resplandece por todos sus aspectos. Sea cualquiera de ellos al que se le depare atención.

"El texto mismo de las palabras empleadas en el documento privado que el Tribunal califica de adicional, denota la interdependencia de los contratos

cundo dice, 'en relación con el negocio de arriendo y opción de compra de los predios denominados "Lucy", "Montañita" y "Diecisiete".....queda incluido (subrayo) el predio denominado "San Bartolo".

"El sentido es obvio; incluir una cosa en otra es hacerla parte de ella misma, es subsumirla en el todo.

"Si el contrato celebrado por documento privado hubiera sido independiente y adicional, como sostiene el Tribunal, no se explicaría por qué no se le fijò canon de arrendamiento alguno en éste. Se configuraría así el absurdo de un arrendamiento sin precio, elemento tan esencial a la naturaleza de esta especie de contratos, según el artículo 1501 del Código Civil, que el contrato degeneraría en un inexplicable comodato, en que la indagación de la liberalidad plantearía un grave problema. Pero es falsa la explicación que resulta más difícil que lo explicado, en concepto de los lógicos, desde Aristóteles hasta nuestros días. La única explicaciòn plausible es admitir la unidad de los contratos consignados en los dos documentos. El canon quedó establecido en el primero y el segundo se refiere a èl, con la sóla determinación del predio arrendado.

"Las mismas partes interesadas se adelantaron a explicar anticipadamente la existencia de los documentos cuando dijeron en el que tiene carácter privado: 'Las razones que ha tenido Ud. para no incluir la negociación del predio SAN BARTOLO en el texto de la citada escritura número 396, es la siguiente: existe en la actualidad un embargo decretado judicialmente sobre el citado inmueble para garantizar el pago de una indemnización de perjuicios, yo me he comprometido a pagar dicha indemnización hasta la suma de veinte mil pesos ($20.000.oo) y Ud. acepta otorgar la respectiva escritura de venta tan pronto como haya sido levantado el embargo que pesa sobre el inmueble'.

"Se destaca pues en el acto jurídico complejo que incluyó cuatro tipos de contratos, una verdadera unidad formal resultante de la intención unitaria que movió a las partes contratantes, en la creación de efectos jurídicos que obedecieron a un mismo movimiento de ánimo contractual.

"La unidad del acto se acusa hasta por el aspecto de la simultaneidad en el otorgamiento de los instrumentos, que tuvo lugar en la misma fecha y que resulta igualmente de la unidad de móviles que provienen de un sentido económico idéntico, pues los predios poseían el mismo interès económico y a ellos se habría de incorporar idéntica labor de explotación agrícola, como corresponde a fincas situadas en la misma región dentro de la jurisdicción de un mismo municipio. (El de Aracataca).

"Divorciar el contrato celebrado por escritura pública del que se otorgò por documento privado, con el pretexto de que en el segundo obró la Veronessi como apoderada de su marido Emilio, en tanto que en el primero se obligó de manera personal, es tanto como considerar que en una adquisición de derechos en proindivisión sobre una comunidad, existen tantos contratos de compraventa, cuantos sean los comuneros vendedores.

"Tratar así las cosas es desvirtuar la naturaleza del contrato y aún la misma naturaleza sicológica que los sustenta en el terreno extrajurídico.

"Tampoco resulta de una visión demasiado profunda la separación del contrato de arrendamiento de la opción de compra otorgada sobre los predios que son materia de los dos, porque todo arrendamiento con opción de compra representa

en líneas generales, para el arrendatario, la indudable existencia de un interès en la adquisición de la propiedad sobre la tierra que nace en el momento del contrato y que forma parte integrante de los móviles que inducen a contratar; aunque la intención de condiciones al resultado favoroble de la experiencia en la explotación económica de los predios tomados en arrendamiento.

"Pero aunque la intención aparezca condicionada, no por ello se le puede considerar como posterior e independiente del contrato de arrendamiento, sino como original y coexistente en el momento de su celebración.

"Más en el caso concreto, en que las inversiones que demandan los cultivos son por su misma naturaleza esfuerzos que solo pueden compensarse a largo plazo y que no satisface un simple contrato de arrendamiento sin la esperanza de adquirir la propiedad.

"El magistrado disidente hizo justicia en su salvamento de voto al inteligentísimo, acertado y sereno alegato del doctor Mario Montoya presentado en la segunda instancia. El salvamento de voto es tan coherente y claro que sería casi imposible transcribir apartes sin exponerse a quebrar su unidad, por lo cual prefiero remitir muy respetuosamente a los honorables magistrados a la integridad de su texto, visible de los folios 36 a 38 del cuaderno número tres (3).

"La Corte ha reiterado la necesidad hermenéutica del tratamiento unitario de los contratos que obedecen a una misma razón de existencia.

"El error cometido por el Tribunal en el dislocamiento de los contratos, lo llevó a separar las acciones planteadas en la demanda y tendientes al pago de los cánones de arrendamiento, que acogió en el fallo, acciones que consideró provenientes del contrato de arrendamiento celebrado por escritura pública sobre los predios denominados 'Montañita', 'Lucy', 'La Montañita' y 'Diecisiete', de la excepción proveniente de la falta de entrega e imposibilidad antecedente de entregar el predio 'San Bartolo', determinado mediante documento privado.

"Si los contratos se hubieran considerado como idénticos, la acción y la excepción se hubieran encontrado en idéntico campo; y ésta hubiera anulado a aquella, imponiéndose así, la absolución del demandado. Pero el error de haberlos separado hizo que la excepción se desestimara por considerarse que daría al demandante bases de hecho para proponerla como acción en otro juicio, de donde resultó la condenación. De tal manera que es patente la equivocada apreciación del Tribunal en la parte resolutiva del fallo.

"Otro tanto ocurrió con el tratamiento otorgado a la misma acción tendiente a obtener el pago del arrendamiento, que no se enfrentó al incumplimiento e imposibilidad antecedente de cumplir el compromiso de enajenar los predios otorgados en arrendamiento. Si se hubiera partido de la unidad contractual, se hubiera impuesto la aplicación del artículo 1609 del Código Civil. La separación produjo la idéntica conclusión, de que los hechos opuestos con el carácter de exceptivos, constituían los supuestos de una acción que el demandado hubiera debido ejercitar en otro juicio. De manera que este pensamiento vuelve a condicionar el resultado de la sentencia condenatoria.

"Estas graves equivocaciones del Tribunal que incidieron sustancialmente en el sentido del fallo, condenatorio, cuando sin ellas hubiera debido ser absolutorio, entran en el terreno específico del recurso de casación".

Y los cargos son éstos:

"Primero

Error de hecho evidente en la interpretación del contrato de arrendamiento y opción de compra, de la cual hizo uso oportuno el arrendatario, contenido en la escritura No. 396 de 18 de noviembre de 1.950 otorgada en la notaría del circuito de Ciènaga y en el documento privado de que hablan los hechos 5º. a 8º. del capítulo 'relación de hechos' por razón de que el Tribunal cerró los ojos para ignorar que el arrendamiento de los predios y el contrato de opción representan una unidad jurídica indivisible, en forma que la opción de compra constituyó el móvil determinante del arrendamiento; de tal suerte que cumplida aquella por la arrendadora, el arrendatario fue burlado en el fin que tuvo en mientes al contratar. Este desconocimiento de la realidad contractual condujo al Tribunal a quebrantar indirectamente el artículo 1609 del C. C., según el cual en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora al dejar de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla de su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma debida. Este precepto que consagra la exceptio non admpleti contractus, originada en la causa de la respectiva obligación, era de obligada aplicación en la sentencia, como quiera que la arrendadora incumplió al pacto de opción, a que estaba estrechamente vinculada; por ello el arrendador (sic) encóntrose excusado de seguir pagando el canon de arrendamiento estipulado. Ni aùn siguiera la arrendadora cumplió el pacto de opción, o intentó cumplirlo, en relación con las fincas "Montañita", "Lucy", "La Montañita" y "Diecisiete" que le pertenecían en propiedad y que había arrendado y prometido en venta en su propio nombre. De parte de ella no existió así el más leve conato en el sentido de satisfacer sus compromisos contractuales.

"Segundo Cargo.

Violación directa del artículo 23 de la ley 51 de 1.918 que autoriza el pacto de opción. Infringió el Tribunal este precepto por falta de aplicación pues estando acreditado ese pacto, e igualmente su desconocimiento por parte de la señora de Veronessi, no obstante la expresa manifestación del doctor González de acogerse a él, el sentenciador debiò de aplicar el precepto deduciendo todas las consecuencias que el caso imponía.

Tercero

Violación directa del artículo 2000 del C. C. por indebida aplicación. En el presente caso el arrendatario hallábase exonerado de seguir pagando el precio o renta del arrendamiento, por el incumplimiento del arrendador en la prestación de sus obligaciones correlativas, entre las cuales contábase el pacto de opción".

SE CONSIDERA:

1º. Es indispensable destacar que el sentenciador no desconoció en manera alguna la significación obvia de los términos usados en la escritura que contiene el contrato de arrendamiento y el de opción de compra; que los apreció en su individualidad y los juzgò independientes; que no tuvo por establecidos hechos cuya inexistencia aparezca flagrante por ese medio de prueba; que no ha negado hechos que manifiestamente se desprenden del documento pùblico que los contratos contiene; y, por fin, que no ha discutido el valor probativo de la escritura dicha.

La impugnación con la calificación de error de hecho evidente, afirma que el Tribunal "cerró los ojos para ignorar que el arrendamiento de los predios y el contrato de opción representan una unidad jurídica indivisible en forma que la opción de compra constituyó el móvil determinante del arrendamiento". Esta sola aseveración, que es la fundametal de la censura, pone de presente que el sentenciador estudió la prueba documental; que a cada uno de los contratos individualmente vistos les dio su propia calificación; pero, que no los tuvo como indivisibles, ni el de arrendamiento como móvil del de opción de compra. Es decir, que el desistimiento de las partes no se refiere a la calificación de los negocios jurídicos dentro de su propia individualidad, sino a cuestión más honda: la de la indivisibilidad o conexión de los convenios, por ser el de arrendamiento, como dice el recurso, móvil del de opción, con lo cual se quiere indicar que éste no existiría si aquel no se hubiese celebrado.

Es frecuente que en la vida económica y comercial y, más aún, cuando esta clase de relaciones crecen y se complican, que no solamente puedan celebrarse contratos previamente nominados y calificados por el ordenamiento jurídico; ni que siempre, así sea la forma más ordinaria de hacerlo, el negocio jurídico se celebre de manera unitaria. Por razón de la libertad contractual pueden celebrarse contratos unidos y contratos mixtos. Y por causa de la complejidad de relaciones contractuales, pueden celebrarse convenios que no están calificados por la ley, llamados innominados o atípicos.

Para el caso actual, no es indispensable llegar al estudio de las subdivisiones de los contratos unidos y de los contratos mixtos. Solamente es pertinente afirmar que calificarlos, es un quid juris, una apreciación eminentemente jurídica, que no puede prosperar en casación por medio de error de hecho evidente, sino a través de error jurídico.

La doctrina de casación en lo tocante a la interpretación de los contratos ha dado lugar a copiosa jurisprudencia, hasta llegar a concluir que, "La interpretación de un contrato por el tribunal de instancia, es motivo de casación, con base en el inc. 1º. del ord. 1º. del artículo 520 del C. J., cuando el sentenciador ha violado las nórmas sustantivas en la calificación jurídica de la convención o en la determinación de sus efectos, o, con base en el inc. 2o. del ord. 1o. del citado artículo, cuando la interpretación ha sido consecuencia de un evidente y flagrante error de hecho o de un error de derecho, en la apreciación de las pruebas concernientes al negocio jurídico". (LXXIX. 797. Cas. 24 de marzo de 1.955).

No ha sido controvertido por las partes que los contratos sean de arrendamiento o de opción de compra. La parte demandada ha sostenido la "unidad jurídica indivisible" de esos contratos y, el Tribunal, luego de analizarlos y calificarlos como lo hacen los contendientes, concluye que se trata de contratos independientes, sin que eso signifique desacierto que pueda impugnarse como error evidente de hecho, pues, en la hipótesis de existir error, sería de interpretación jurídica, problema ajeno a la cuestión fáctica. "En punto a la interpretación de los contratos sucede que si el examen dentro del recurso contempla nada más que cosas de hecho, el fallo se hace invulnerable en casación, salvo que adolezca de los dichos errores de hecho o de derecho. Pero si nó se ataca o controvierte la cuestión de hecho, sino el calificativo que en el plano jurídico le corresponda, el cargo no toca siquiera el ámbito probatorio, puesto que versa ya nada más que sobre temas atinentes a las normas que regulan los hechos, y queda así compren-

dido dentro del concepto lato de violación directa de la ley sustantiva" (LXXIX. 91. Cas. noviembre 17 de 1.954).

2o. El segundo cargo acusa la sentencia del Tribunal por violación directa del artículo 23 de la ley 51 de 1.918, y dice que el fallador no aplicó este precepto "pues, estando acreditado ese pacto (el de opción), e igualmente su desconocimiento por parte de la señora de Veronessi", el sentenciador debió aplicar esa disposición deduciendo todas sus consecuencias.

La violación por inaplicación de la ley, supone que a juicio del fallador la norma no es aplicable al supuesto de hecho por ella misma regulado, y, queda visto que el sentenciador al aceptar que el pacto contenido en la cláusula novena de la escritura No. 396 es de opción, además de aplicar la norma respectiva, lo hacía dentro de su propio contenido.

No ignoró el Tribunal el convenio de opción, simplemente sostuvo que si éste no se cumplió por parte del presunto vendedor, no por eso, el arrendatario en cuyo favor la opción se dió, podía dejar de cumplir con el pago de los cánones de arrendamiento.

3o. Y lo mismo puede decirse respecto al tercer cargo de la demanda de impugnación configurado como de violación directa, por aplicación indebida del artículo 2000 del C. Civil, que es en el fondo el anverso del anterior y al que, por tanto, la consideración de entonces le es aplicable, sin que sobre repetir que en ningún momento la sentencia desconoció esos contratos; solamente que los tuvo por independientes.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, de fecha veintiseis (26) de abril de mil novecientos sesenta (1.960), proferida en el juicio ordinario de Felícitas Rolandi de Veronessi contra Anacreonte González Padilla y otros, sobre pago de unos arrendamientos.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL PROCESO CIVIL

Incongruencia. La nulidad por violación del art. 11 del C. de P. Penal, no constituye una excepción perentoria. La nulidad por incompetencia de jurisdicción, es reclamable en casación por la causal 6ª. y no por la 1ª. Falta de técnica en un cargo formulado por violación indirecta del artículo 1609 del C. Civil. El registro de una escritura no puede acreditarse por confesión.

1. El estatuto de procedimiento penal en el artículo 11 consagra lo que los procesalistas llaman los prejudiciales penales, o sea, la influencia que la sentencia proferida en un negocio penal puede tener o tiene en un asunto civil que marcha al tiempo con aquél. A fin de evitar la contradicción que pudiera darse entre las dos decisiones judiciales, la norma en cita dispone que la controversia civil se suspenda, por decisión que deja al prudente juicio del Juez Civil, pero desde luego da a las partes interesadas los medios de hacerla valer en el juicio, y, llegado el caso, en casación.

La doctrina tiene aceptado que esta suspensión implica una inhibición o suspensión de jurisdicción, por virtud de la cual el Juez no puede proferir fallo hasta tanto no se haya decidido el negocio penal.

2. Según constante y larga doctrina de la Corte, la tacha por incongruencia no acaece sino cuando la sentencia provee sobre más de lo que pide la demanda; o en el evento en que se pronunciara sobre puntos no comprendidos en ésta; o si no ha decidido todas las súplicas, o no ha reconocido las excepciones propuestas por la parte demandada.

3. La nulidad a que puede dar lugar la violación del artículo 11 del C. de P. Penal no constituye una excepción perentoria, dado que la invalidez de lo actuado no desconoce la existencia de las obligaciones nacidas del incumplimiento del contrato ni las declara extinguidas, tampoco la dilatoria de petición antes de tiempo.

A propósito de la suspensión ordenada por el artículo 11 del C. de P. P., conviene recordar lo dicho por la Corte en sentencia de instancia de fecha 30 de mayo de 1.947 (T. 62, págs. 398 y 399), de la cual se infiere que si la suspensión de jurisdicción puede originar nulidad de la actuación subsiguiente por incompetencia de jurisdicción, no una excepción, el cargo conducente en casación no es el de incongruencia.

4. Dada la doctrina de la Corte, según la cual el fenómeno que se produce por no suspender el juicio en los eventos en que es notoria la influencia del fallo civil en el penal, es la de suspensión de la jurisdicción para resolver

de fondo el negocio civil, y, por ende, la nulidad de lo actuado a partir del pronunciamiento de la sentencia civil, parece que la tacha en casación debe hacerse con base en la causal sexta y no en la primera. En efecto, no se trata propiamente de un error *in judicando* con el cual toca este motivo, sino con un error *in procedendo* como es el referente a las causales de nulidad, consagradas en el artículo 448 del C. J. a las cuales se remite el ordinal 6o. del artículo 520 ibídem.

Es cierto que la Corte en fallo de 21 de septiembre de 1.950, acogido en el de 18 de junio de 1.955, aceptó que, cuando se recurre en casación de un fallo proferido por el Tribunal en un proceso que debía haberse suspendido por la existencia de un asunto penal de influencia en el primero, "habría de acusarse por violación indirecta del citado artìculo 11, porque el juzgador dejò de apreciar las pruebas que habrían de llevarlo al cumplimiento de tal precepto". (T. 68, págs. 82 y 83 y T. 80, págs. 715 y 716).

En sentencia de casación que tiene fecha 6 de septiembre de 1.961, sobre esta cuestión dijo: "Si se observa que este precepto (el artículo 11 del C. de P. P.) regula la manera de proceder el juez Civil, en cuanto le ordena suspender el pronunciamiento hasta que en el negocio penal se profiera sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable, cuando estos proveídos puedan tener influencia en la solución del juicio civil, resulta que lo que en definitiva se consagra es una suspensión de jurisdicción que, según doctrina de la Corte, va desde la citación para sentencia en adelante. Esta suspensión se traduciría en una nulidad por incompetencia de jurisdicción, al tenor del artículo 448, ord. 1o. del C. Judicial, reclamable en casación por la causal 6a. del artículo 520 ibídem, no por la 1a. En efecto, el artìculo 147, ibídem, dice que la jurisdicción se suspende: "4o. Por haber suspensión del asunto en los casos de la ley, o por acuerdo de las partes.,, Aquí serìa por mandato del artículo 11 del C. de Procedimmiento Penal como se suspendería al juez la jurisdicción o facultad de decidir el pleito civil en que se cumplan los supuestos que establece el inciso segundo del mismo precepto. El yerro del fallador no sería en tal situación *in judicando* sino *in procedendo*, que tiene su enmienda en casación por la causal 6a., no por la 1a.".

La Corte reitera esta doctrina que se acomoda al espíritu de la reforma que el artículo 520 del C. Judicial hizo de la Ley 169 de 1.896, al introducir la causal 6a. en casación, no registrada en el artículo 2o. de aquella ley, precisamente para que las nulidades se hicieran valer en el recurso extraordinario por dicho motivo, y no por el de violación indirecta de la ley sustantiva.

5. No se ciñe a la técnica del recurso el cargo que formulado por violación indirecta del artículo 1609 del C. Civil, y debiendo expresar claramente si se trataba de un error de derecho o evidente de hecho en la estimación de pruebas, apenas se limita a decir que el Tribunal "apreció erradamente o no tuvo en cuenta las pruebas de la excepción de incumplimiento del contrato", lo cual bien podía provenir de un error de hecho o de derecho.

6. De los artículos 605 y 630 del C. Judicial, y 2669 y 2673 del C. Civil, se infiere que el registro de una escritura es un hecho que no puede acreditarse por confesión sino con la nota puesta, al pie de ella de haberse hecho la inscripción correspondiente.

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

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

Zoraida Jaramillo de Plata demandó por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía a Agustín Quiroga, Celina Tobar de Quiroga y José Gilberto Buitrago S. en el Juzgado 8o.Civil del Circuito de Bogotá, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1o. Se declare resuelto el contrato, por el cual la demandante vendió a Agustín Quiroga y Celina Tobar de Quiroga, en los términos de la escritura número 4155 de 4 de septiembre de 1.952 de la Notaria 4a. de Bogotá "el derecho de dominio y la posesión sobre un lote de terreno, el cual forma parte de otro de mayor extensión, ubicado en el Municipio de Bogotá, en el punto denominado antes La Regadera y hoy "Llano de Mesa", con una extensiòn superficiaria de 20 fanegadas aproximadamente, distinguido hoy con el número 42-70 Sur de la Avenida 23 y comprendido dentro de los siguientes linderos especiales: "Por el norte, la cima del cerro de Santa Sofía, es decir que es el espolón del antiguo cerro de "La Regadera", en dirección oriente-occidente y desde donde corta la cerca de tapia pisada que divide esta parte del cerro con la de los herederos del Sr. Lorenzo Manrique y de la señora Lucía Morales de Pardo teniendo del norte, los terrenos del Hospital de San Carlos y determinado en dirección occidental con terrenos de la señora María Jaramillo de Gaillard, hasta donde termina la linea de la cresta del cerro de Santa Sofia y en sitio donde empieza la propiedad de la misma señora de Gaillard. Hasta aquì el lindero norte; por el occidente, desde el mojón que marca la división de la propiedad con la señora de Gaillard se sigue hacia el sur sobre el mismo lindero, hasta llegar a la parte plana inmediata del cerro en donde hay varios lotes vendidos para granjas; en el sitio donde están vendidos estos lotes se sube hacia el oriente bordeando dichos lotes y se llega al camino que va en dirección oriental y que conduce a San Isidro, camino de por medio, que sirve de lindero con ellos; al terminar este lindero parcial, hasta llegar al sitio donde hay un pozo y un árbol "Cucubo", y en este punto marcado con un mojón de piedra se sigue o se baja en dirección sur a una distancia de unas dos cuadras bordeando los lotes ya nombrados y luego un poco màs abajo hasta llegar a un mojón de piedra sobre el camido que va de occidente a oriente, sobre el lomo del cerro. Hasta aquí el lindero Occidental; por el sur, por el camino que acabamos de nombrar en dirección al oriente hasta encontrar la última arenera abandonada; de este punto bajando por un zanjòn natural a pasar por un boquerón que lo forman dos barrancos; y de este punto a dar a un mojón de piedra que se encuentra en la parte baja de la mina de Kaolin; y por el fondo de éste zanjón subiendo unas dos o tres cuadras a dar a otro mojón de piedra en la parte alta del trabajo de Kaolín; de este punto y hacía el sur, siguiendo a una hondonada natural del terrano, en donde hay una cerca de tapia pisada, en dirección de oriente a occidente y en el punto donde se cortan las dos medianías, una que es de "Llano de Mesa" y la otra que tiene en dirección sur a norte dentro de los terrenos de la familia Pardo Morales; aquí se colocó un mojòn de piedra. De este punto o mojón se sigue al oriente por la medianería que allí existe que divide los terrenos de Llano de Mesa de los herederos de la señora Lucía Morales de Pardo, aquí termina el lindero sur; por el Oriente, en linea recta del punto anterior hacia el norte, siguiendo la cerca de tapia pisada, que divide el terreno de Llano de Mesa; en el cerro, con los terrenos de los herederos

del Sr. Lorenzo Manrique y de la señora Lucía Morales de Pardo, hasta encontrar el primer punto de partida".

2. En consecuencia, se condene a Quiroga y Tobar de Quiroga a pagarle a Jaramillo de Plata la suma de diez mil pesos ($10.000.oo) a título de indemnización por el incumplimiento del contrato contenido en la escritura 4155.

3. Consecuencialmente, se condene a José Gilberto Buitrago, como poseedor actual del inmueble, especificado en la petición primera, a restituir a Jaramillo de Plata dentro de tres días a partir de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este juicio, dicho inmueble con todas sus anexidades, "tales como arenera y dos sitios con dos hornos de ladrillo y la casita de tapia pisada que hay en la cima del cerro todo lo cual quedó incluido en la venta respectiva".

4. Se condene a los tres demandados a pagar a Jaramillo de Plata los frutos del inmueble citado a partir de la fecha de la compra-venta cuya resolución se solicita "en la proporción que corresponde, conforme a la ley, y no solo los percibidos sino los que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado".

5. En consecuencia, se ordene a la Notaría y a la Oficina de Registro de Bogotá la cancelación de las escrituras número 4155 de 4 de septiembre de 1.952 y 21 de 5 de enero de 1.954 respectivamente, y la última en razón de ser inoponible la demandante".

Los hechos constitutivos de la causa petendi se resumen así:

a) Por la escritura 4155, Jorge Plata, como apoderado de Zoraida Jaramillo de Plata, transfirió en venta a Agustín Quiroga y Celina Tobar de Quiroga el inmueble especificado en la primera petición.

b) Dicho lote formaba parte de uno de mayor extensión cuyos linderos generales son: "Por el norte, en una línea amojonada en la cresta del cerro, con terrenos del Hospital San Carlos; por el occidente, desde un mojón colocado a los 240 metros del ángulo del vallado de piedra y en línea recta amojonada y en dirección norte hasta encontrar el mojón "E" del lindero de la cresta con el Hospital San Carlos; con terrenos de la señora María Jaramillo de Gaillard; por el sur, desde un mojón colocado a los 240 metros del ángulo del vallado de piedra y en dirección hacia el oriente siguiendo el vallado de piedra con terrenos de la señora Lucía Morales de Pardo; por el oriente, con terrenos que eran o son de los herederos del señor Lorenzo Manrique y de la señora Lucía Morales de Pardo".

c) El precio de la venta fue la cantidad de $ 32.000.oo, de los cuales recibió la vendedora la cantidad de $ 16.000.oo en varias cuotas.

d) El referido inmueble fue entregado por la vendedora a los compradores con todas sus anexidades, tales como una arenera en producción, dos sitios con dos hornos de ladrillo y la casita de tapia pisada que hay en la cima del cerro".

e) Por escritura número 5322 de 4 de noviembre de 1.953 pasada en la Notaría 4a. de Bogotá, Jorge Plata como apoderado de Zoraida Jaramillo de Plata, Agustín Quiroga y Celina Tobar de Quiroga declararon que el lote, objeto de la venta tenía 20 fanegadas, y protocolizaron el plano correspondiente, con lo cual se dió cumplimiento a lo estipulado en la escritura 4155 de 1.952.

f) El saldo del precio, o sea, $ 16.000.oo no fue pagado por los compradores ni en la fecha en que se comprometieron a ello, ni posteriormente.

g) Por escritura número 21 de 5 de enero de 1.954, Notaría 1a. de Bogotá, Agustín Quiroga y Celina Tobar de Quiroga vendieron a José Gilberto Buitrago S. el mismo inmueble especificado en la petición primera de la demanda.

h) En dicha escritura consta que los vendedores hicieron entrega del inmueble y que recibieron íntegramente el precio de este.

i) Cuando Quiroga y Tobar de Quiroga vendieron la finca a Buitrago S. la condición resolutoria del contrato de venta con Jaramillo de Plata por falta de pago del precio "constaba en el título de adquisición de Quiroga y Tobar de Quiroga".

j) José Gilberto Buitrago S. es el actual poseedor del referido inmueble.

k) Jaramillo de Plata ha sufrido perjuicios por el incumplimiento del contrato de compraventa por parte de Quiroga y Tobar de Quiroga.

l) Los perjuicios por el incumplimiento de dicho contrato por parte de los compradores se convinieron en la suma de $ 10.000.oo.

m) El inmueble ha producido frutos, y ha podido producirlos manejado con mediana inteligencia y actividad.

n) La escritura 4155 de 4 de septiembre de 1.952 solo se registró el 10 de febrero de 1.954, pero el registro tiene efecto retroactivo a la fecha de la escritura.

ñ) Aunque Jaramillo de Plata, mediante escritura 2356 de 24 julio de 1.953, Notaría 5a. de Bogotá, vendió el mismo lote a Ricardo Rodríguez, éste lo volvió a vender a Jaramillo de Plata según escritura número 1906 de 1.954 otorgada en la Notaría 7a. de Bogotá.

Agustín Quiroga y Celina Tobar de Quiroga constituyeron apoderado judicial, y a Buitrago S. se le nombró curador **ad litem**, pero ninguno contestó la demanda.

El Juzgado desató el primer grado del juicio en sentencia de veinticuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, por la cual hace estas declaraciones:

Primero. No probadas las excepciones de contrato no cumplido o legitimidad de la personería sustantiva de la demandante.

Segundo. Niega la nulidad por falta de citación y emplazamiento de Ricardo Rodríguez Jaramillo.

Tercero. Declara resuelto por falta de pago de parte del saldo del precio del contrato de compraventa pactado entre la demandante y Agustín Quiroga y Celina Tobar de Quiroga en la escritura 4155 de 4 de septiembre de 1.952 de la Notaría 4a. de Bogotá D. E. especificado, como reza la primera súplica.

Cuarto. Condena a los demandados Quiroga y Tobar de Quiroga a pagar a la demandante Jaramillo de Plata diez mil pesos ($10.000.oo) por indemnización de perjuicios causados con el incumplimiento del contrato resuelto.

Quinto. Condena a José Gilberto Buitrago S. a restituir a la demandante dentro del término de tres días a partir de la ejecutoria de la sentencia el referido inmueble con todas sus anexidades.

Sexto. Condena a Quiroga y Tobar de Quiroga a pagarle a la actora Jaramillo de Plata los frutos del mismo inmueble a partir del 4 de septiembre de 1.952 hasta el 5 de enero de 1.954, por mitad a razón de $150.oo mensuales tres días después de la ejecutoria de la sentencia.

Séptimo. La actora no está obligada a pagar a los demandados Quiroga y Tobar de Quiroga el valor de los gastos hechos para producir los frutos a que se refiere el numeral anterior.

Octavo. Jaramillo de Plata está obligada a pagar a los mismos demandados Quiroga y Tobar de Quiroga el valor de las expensas necesarias invertidas en la conservación del mismo bien y por el mismo lapso de tiempo a que se refiere el ordinal sexto. El importe se fijará por el procedimiento que consagra el artículo 553 del C. Judicial.

Noveno. Condena a Buitrago S. a pagar a la demandante los frutos producidos por el terreno a que se contrae el numeral tercero, a razón de $ 150.oo mensuales a partir del 11 de octubre de 1.954 hasta el día en que se efectúe el pago.

Décimo. Jaramillo de Plata no está obligada a pagar a Buitrago S. el valor de los gastos ordinarios efectuados por éste para producir los frutos de que trata el ordinal anterior.

Once. La demandada debe pagar a Buitrago S. el valor de las expensas necesarias realizadas por éste para la conservación del bien raíz. El importe se fijará por los trámites del artículo 553 del C. Judicial.

Doce. Jaramillo de Plata debe abonarle a Buitrago S. las mejoras útiles que haya incorporado al inmueble hasta antes de la contestación de la demanda. Su importe se fijará en la forma prevista por el artículo 553 del C. J.

Trece. Ordena que la actora Jaramillo de Plata restituya a Quiroga y Tobar de Quiroga, dentro del tercer día a partir de la ejecutoria de la sentencia, la suma de deiz y seis mil pesos ($ 16.000.oo) que recibió de ellos como parte del precio del contrato de compraventa, cuya resolución se decreta en el fallo.

Catorce. Ordena la cancelación de las escrituras números 4153 de 4 de septiembre de 1.952 y 21 de 5 de enero de 1.954.

Quince. Ordena la cancelación del registro de la demanda.

Diez y seis. Dispone la entrega de la caución constituída para responder de los perjuicios por la inscripción de la demanda.

Diez y siete. Condena a todos los demandados a pagar las costas del juicio.

El Tribunal Superior de Bogotá resolvió la alzada, promovida por los demandados, en sentencia de cuatro de noviembre de mil novecientos sesenta, por la cual confirma en todas sus partes la de primera instancia, adicionando el "pronunciamiento del numeral "décimo tercero" de la sentencia antes mencionada en el sentido de ordenar, como así lo hace, que la demandada señora Jaramillo de Plata

al hacer la restitución de la suma de $ 16.000.oo m/cte. a los accionados Quiroga Tobar, lo realice junto con los intereses legales que dicha suma devengó desde la época en que fue entregada hasta cuando se verifique la devolución decretada". También condena a la parte apelante en las costas del recurso.

MOTIVACION DEL FALLO DEL TRIBUNAL

I

Advierte el fallador que se ejercitan las acciones sobre resolución del contrato de compraventa, de que tratan los artículos 1546 y 1930 del C. Civil, y la consecuencial de restitución del bien, objeto del convenio.

Los elementos configurativos de la acción resolutoria son: 1o. Que el contrato sea bilateral; 2o. que el demandado haya incumplido las obligaciones a su cargo; 3o. que el actor haya cumplido las suyas o se haya allanado a cumplirlas.

Con la copia de la escritura número 4155 precitada, que se trajo al proceso debidamente registrada, se acredita la venta que Jaramillo de Plata hizo a los demandados Quiroga Tobar del lote de terreno Santa Sofía. Los compradores se obligaron a pagar el saldo del precio de $ 32.000.oo en las cuotas allí expresadas. Los demandados no lograron demostrar haber pagado la cantidad de $ 16.000.oo que afirma la demandante le quedaron debiendo.

Demostrado el contrato de compraventa, el cumplimiento de las obligaciones de la vendedora y el incumplimiento de las contraídas por los compradores, halla procedente la acción resolutoria impetrada en la primera súplica de la demanda.

El pacto de pagar los compradores la suma de diez mil pesos ($ 10.000.oo) como indemnización por incumplimiento en el abono de las cuotas estipuladas o cualquiera de las obligaciones a cargo de ellos, es operante de conformidad con los artículos 1592, 1594, 1599 y 1600 del C. Civil, y ella debe entenderse como una fijación anticipada de los perjuicios que lleva consigo la acción resolutoria por incumplimiento del contrato.

La restitución del inmueble por parte del demandado Buitrago S. como actual poseedor, a la actora Jaramillo de Plata es procedente, toda vez que en la escritura que contiene el contrato consta expresamente que los compradores quedaban debiendo del precio convenido de $ 32.000.oo la suma de $ 27.000.oo que pagarían en tres cuotas, que, como está dicho, no cubrieron en su totalidad. Constando expresamente este hecho, y estando demostrado que los compradores no han pagado la mitad del precio, o sea $ 16.000.oo, la resolución decretada sí afecta al poseedor Buitrago según lo preceptuado en los artículos 1548 y 1933 del C. Civil.

Los elementos integrantes de la segunda acción los halla demostrado así:

La singularidad del predio con las escrituras 4155 y 21 precitadas, el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados que se acompañó a la demanda, la diligencia de inspección ocular y el dictamen pericial, practicados en la primera instancia.

El dominio de la demandante es una consecuencia de la resolución del contrato de compraventa, si se considera que el pronunciamiento de esta retrotrae

las cosas al estado que tenían antes, como si tal convenio no se hubiera celebrado. Para el caso, el dominio del terreno vuelve a la vendedora Jaramillo de Plata, "cuyo título es anterior al del poseedor Buitrago S.".

La posesión material del inmueble por el demandado Buitrago S. la acreditan fehacientemente: a) no haber contestado la demanda (art. 214 del C. Judicial); b) la inspección ocular, en la cual se le encontró en ejercicio de la posesión, y además presentó un documento en que consta que dió en arrendamiento el inmueble sub lite a Agustín Quiroga; y c) el dictamen de los peritos sobre este punto.

La identidad del bien la evidencian la actitud de las partes en el juicio que no la han puesto en duda, y la diligencia de inspección ocular. Deduce así que la petición al respecto fue bien despachada.

En lo atinente a frutos, gastos ordinarios en su producción, restitución de la parte del precio recibido por la compradora, pago de expensas, acoge las decisiones del juzgado, con la observación de que Buitrago debía ser considerado como poseedor de mala fe, pero advierte que habiendo sido consentida la sentencia por el apoderado de la demandante, lo resuelto al respecto no puede ser modificado.

Sobre la excepción de contrato no cumplido, que la parte demandada hace consistir en que, según la propia demanda, la escritura número 4155 contentiva del contrato de venta celebrado entre Jaramillo de Plata y los Quiroga Tobar solo se registró el 10 de febrero de 1.954; y en que la demandante vendió el mismo bien inmueble a Ricardo Rodríguez Jaramillo por medio del instrumento número 1536 autorizado en la Notaría 5a. de Bogotá el 24 de julio de 1.953, acto con el cual se cometió un delito sancionado por el artículo 408 del C. Penal, el Tribunal acoge la apreciación del Juzgado de que el contrato de venta sub judice fue registrado el 10 de febrero de 1.953 y no de 1.954, pues la diferencia que aparece entre la copia de la escritura acompañada por la actora y la presentada por la parte demandada con el alegato de conclusión, obedeció a un error de la Oficina de Registro al reproducir en la primera de las aludidas copias la constancia del registro de dicho contrato.

Siendo esto así como lo es, prosigue la sentencia, la segunda venta del mismo inmueble a Rodríguez Jaramillo por el apoderado de Jaramillo de Plata en escritura de 24 de Julio de 1.953, en nada afectaba los derechos de Quiroga, porque, habiéndose registrado la enajenación en favor de éstos el 10 de febrero de 1.953, y habiéndóseles hecho la entrega material del predio a los primeros compradores, "La venta a Rodríguez Jaramillo debe considerarse como de cosa ajena, sin perjuicio de los derechos de los verdaderos dueños (art. 1871 del C. C.) y en último extremo, el conflicto se regirá por el artículo 1873 del citado código". Además, en la retroventa que Rodríguez Jaramillo hizo a Jaramillo de Plata, mediante instrumento número 1906 de 30 de abril de 1.954, Notaría 7a. de Bogotá, se ratificó expresamente la venta a los Quiroga Tobar. Así concluye que no está demostrada la excepción non adimpleti contratus.

La circunstancia de haberse regisrado la escritura 4155 el 10 de febrero de 1.953, desvirtúa la excepción de ilegitimidad de la personería de la demandante Jaramillo de Plata para reivindicar de Buitrago el inmueble en cuestión.

Finalmente, estima el sentenciador que, si en razón de volver las cosas al estado en que estaban antes de celebrarse el contrato resuelto, los demandados deben pagar los frutos, la vendedora está obligada a pagar los intereses devengados por la suma de $16.000.oo que recibió a buena cuenta del precio del inmueble los cuales se devengaron por ministerio de la ley (art. 1617 del C. J.). Este es el motivo de la adición que registra la sentencia.

El apoderado de Quiroga impugnó la decisión del Tribunal Superior con el recurso extraordinario de casación en el cual formula cinco cargos: el primero de incongruencia; el segundo, por violación directa del artículo 11, inciso segundo del C. de P. Penal; el tercero en cuanto hay una nulidad proveniente de incompetencia de jurisdicción; el cuarto en razón de haber interpretado erróneamente normas sustantivas; y el quinto por haber incurrido en errores de hecho en la estimación de varias pruebas.

El orden lógico impone estudiar primeramente el tercer cargo.

Cargo 3o. de la demanda.

"El Tribunal incurrió en nulidad por incompetencia de jurisdicción, por no haber suspendido el juicio, en un caso previsto por la ley (ord. 6o. art. 520 del C. J.).

"La nulidad consiste en no haber suspendido el juicio civil, cuando ha debido hacerse, según el artículo 11 del C. de P. Penal".

"En efecto, una de las causales de nulidad de todos los juicios es 'la incompetencia de jurisdicción'" (ord. 1o. del art. 448 del C. J.).

"La jurisdicción se suspende 'por haber suspendido (sic) del asunto en los casos de la ley' (ord. 3o. del art. 147 del C. J.).

"Usurpan jurisdicción los jueces cuando la ejercen sin tenerla legalmente' (art. 148 del C. J.) y es evidente que quien tiene suspendida la jurisdicción no la tiene".

"Y por último, según el artículo 11 del C. de P. P. el juicio civil debe suspenderse cuando existe un proceso penal cuya decisión puede influir en el juicio civil".

Cita apartes de providencias de la Corte en las cuales se expone que la suspensión de que trata el artículo 11 se produce desde antes de que se profiera sentencia de primera instancia; que si no se suspende el negocio civil cuando se adelante un proceso penal cuya decisión tiene influencia en el primero, se falta a la observancia de las formas propias de cada juicio, y que, suspendida la jurisdicción por ministerio de la ley, el juez carece de la facultad de administrar justicia.

Con respaldo en estas razones, pide la invalidación del fallo acusado, y que se declare nulo todo lo actuado desde el auto de citación para sentencia.

SE CONSIDERA:

El estatuto de procedimiento penal en el artículo 11 consagra lo que los procesalistas llaman los prejudiciales penales, o sea, la influencia que la sentencia proferida en un negocio penal puede tener o tiene en un asunto civil que marcha

al tiempo con aquel. A fin de evitar la contradicción que pudiera darse entre las dos decisiones judiciales, la norma en cita dispone que la controversia civil se suspenda, por decisión, que deja al prudente juicio del Juez Civil, pero desde luego da a las partes interesadas los medios de hacerla valer en el juicio, y, llegado el caso, en casación.

La doctrina tiene aceptado que esta suspensión implica una inhibición o suspensión de jurisdicción, por virtud de la cual el Juez no puede proferir fallo hasta tanto no se haya decidido el negocio penal.

Sin duda alguna se estaría en el primer supuesto del artículo 11 del C. de P. P. que estatuyé la suspensión de jurisdicción en un negocio determinado "en los casos de la ley"; de modo que el pronunciamiento de fondo implicaría nulidad del juicio, por la primera de las causales de que trate el artículo 448 del C. J. que lo es precisamente "la incompetencia de jurisdicción".

El fallador de primera instancia en providencia dictada antes de la citación para sentencia negó la aplicación del artículo 11 del C. de P. Penal, porque no encontró que de la prueba aducida, que fue una copia de la escritura por la cual Jaramillo le vendió a Rodríguez Jaramillo el mismo inmueble que le había enajenado a los Quiroga Tobar, surgiera dentro del juicio civil "la posible comisión de un delito".

El Tribunal, antes de decidir de mérito y con vista en las copias del sumario adelantado contra los esposos Zoraida Jaramillo de Plata y Jorge Plata Guerrero en razón de la venta que éste como apoderado de la primera hizo a Ricardo Rodríguez Jaramillo del predio antes transferido a los aquí demandados Quiroga Tobar, halló que no se daban las circunstancias esenciales para ordenar la suspensión del juicio, y la negó en consecuencia.

Examinando el asunto a fondo, se advierte que, probado, como se halla, y aceptado por la sentencia acusada, que la venta que efectuó Jaramillo de Plata a Quiroga y Tobar de Quiroga mediante la escritura 4155 de 4 de septiembre de 1.952, se registró el 10 de febrero de 1.953, aunque en la demanda se dice que dicho acto se efectuó el 10 de febrero de 1.954, y habiéndoseles hecho la entrega material del inmueble a estos compradores, la venta que la misma Jaramillo de Plata hizo posteriormente a Ricardo Rodríguez Jaramillo por la escritura 2536 de 24 de julio de 1.953, no podía tocar con los Quirogas, porque su derecho estaba garantizado con el perfeccionamiento del contrato celebrado con la vendedora Jaramillo de Plata, con el registro del instrumento público que lo recogió, y con la entrega del inmueble, objeto del convenio. Esta indudablemente fue la razón para que no se diera aplicación al artículo 11 del C. de P. P. y para que no se suspendiera la jurisdicción en los falladores de instancia, ni se dé la nulidad invocada como causal de casación.

Cargo Primer

Fundado en el mismo hecho de no haberse suspendido este juicio como consecuencia del proceso penal seguido contra la demandante por el delito de estafa, acusa la sentencia de no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas (ord. 2o. del art. 520 del C. J.).

Considera el recurrente que fuera de las peticiones de la demanda, su respuesta y la proposición de excepciones, las nulidades son también pretensiones deducibles, como la emanada de no haberse suspendido el jui-

cio civil "por la interposición de una acción penal, que puede entenderse como una excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo".

Se refiere a la solicitud que se hizo al Juez de primer grado para que suspendiera el juicio en vista del curso de la acción penal, y deduce que ni el Juzgado ni el Tribunal podían negarla ante el mandato del artículo 11 del C. de P. P.

SE CONSIDERA:

Lo dicho sobre el cargo anterior releva a la Corte de nuevos razonamientos, ya que no teniendo ninguna repercución en el juicio sobre resolución de la primera venta, el fallo que se profiera en el asunto penal por el supuesto delito de estafa cometido por Jaramillo de Plata con la segunda venta que hizo a Rodríguez Jaramillo, sobre cualquiera otra consideración al respecto.

Según constante y larga doctrina de la Corte, la tacha por incongruencia no acaece sino cuando la sentencia provee sobre más de lo que pide la demanda; o en el evento en que se pronunciara sobre puntos no comprendidos en ésta; o si no ha decidido todas las súplicas, o no ha reconocido las excepciones propuestas por la parte demandada.

Pues bien, la nulidad a que puede dar lugar la violación del artículo 11 del C. de P. Penal no constituye una excepción perentoria, dado que la invalidez de lo actuado no desconoce la existencia de las obligaciones nacidas del incumplimiento del contrato ni las declara extinguidas, tampoco la dilatoria de petición antes de tiempo. La Corte a propósito de la suspensión ordenada por el artículo 11 del C. de P. P. dice: "con fundamento en él algunos funcionarios y corporaciones judiciales se han considerado en presencia de una excepción dilatoria de fondo, la de petición antes de tiempo, y la han declarado probada en la sentencia. Un estudio más cuidadoso puede conducir a otra solución: en efecto: "como ya se dijo, el artículo 11 citado, es una consecuencia de la forma como en la legislación nacional se realiza el concepto unitario de la jurisdicción; de esta suerte al interpretarlo ha de tenerse en cuenta que el factor suspensivo de la actividad civil, es la jurisdicción misma, y que, por tanto, ella no puede emplearse civilmente mientras penda del trámite penal, porque ello contraría el principio recogido por la ley; ésta, en consecuencia, no puede referirse solo a una simple suspensión material o de trámite, sino de la competencia del funcionario civil para deducir un proceso paralelo a otro penal sobre los mismos hechos sobre la misma fuente de derechos civiles y responsabilidades penales. La suspensión prevista por la ley obra entonces como inhibitoria, de jurisdicción para el fallo, y acarrea entonces la imposibilidad de estimar probada una excepción constituida precisamente por el ejercicio doble de la facultad jurisdiccional en un caso concreto". (T-62 pags. 398 y 399).

Infiérese que si la suspensión de jurisdicción puede originar nulidad de la actuación subsiguiente por incompetencia de jurisdicción, no una excepción, el cargo conducente en casación no es el de incongruencia.

Cargo Segundo

La acusación, en resumen, consiste en que la sentencia violó el artículo 11 inciso 2o. del C. de P. P. a consecuencia de no haber apreciado "las prue-

bas que acreditan que se siguiò un proceso penal cuya decisión afecta la controversia civil de que ahora se trata. (ord. 1o. del art. 520 del C. J).

En la demostración de la tacha transcribe nuevamente aquel precepto y lo pertinente de un fallo de la Corte en que estima que lo fundamental para la aplicación del citado artículo 11 es que "la finalidad y fundamentos de este juicio (civil) obliguen a reconocer como indudable la influencia sobre la decisión de la que cierre la causa criminal".

La única razòn de la influencia del fallo penal en este juicio civil es la que expone así: "si no hubo estafa no hay obstáculo para la acción civil, que se desarrollaría dentro de los términos simples de la resolución por incumplimiento del contrato por parte del comprador, probado dicho incumplimiento; pero si hubo estafa o pudo haberla por la segunda venta, la acción civil caería por su base por imcumplimiento doloso del vendedor".

Luego se refiere a las copias que remitió al Tribunal el Juzgado Superior de Bogotá, tomadas del sumario contra Zoraida Jaramillo de Plata y Jorge Plata por el delito de estafa, en que es denunciante Agustín Quiroga, pero sin intentar demostrar el error de hecho cometido por el Tribunal, al resolver, con fundamento en tales copias, que no era el caso de suspender el juicio civil. Luego se limita a notar que el Tribunal "con ingenuidad candorosa" dice en la providencia en que niega la suspensión: "la decisión criminal no incidirá en nada para el fallo del presente litigio civil, en donde, como ya se comentò, debaten las partes la resolución o rescisión del contrato de compraventa pactado, por los motivos y causales que expresa el libelo, cuestión que es diferente por su esencia misma de la investigación y sanciòn del dolo punible que pueda configurarse contra los posibles vendedores del predio base del contrato que se pretende liquidar en este informativo".

Y comenta el recurrente: "De manera que uno puede vender lo ajeno impunemente sin consecuencias civiles ? De manera que el hecho de no poder registrar la escritura de compraventa, por haber enajenado el inmueble a terceros, no constituye incumplimiento del contrato primitivo? Semejantes tesis son absurdas, y más que absurdas inmorales".

Concluye que ha demostrado la violación del artículo 11 por no haber apreciado las pruebas traidas al sumario que demuestran la responsabilidad de la parte actora en este juicio.

SE CONSIDERA:

Lo dicho sobre los dos cargos anteriores bastaria para ver la inconsistencia del que se estudia. Confirman las razones ya expuestas por la Corte las piezas que se trajeron del sumario, especialmente el denuncio dado por Quiroga, que hace consistir la estafa en que Zoraida Jaramillo de Plata por intermedio de su apoderado Jorge Plata vendió a Ricardo Rodriguez Jaramillo, según la escritua número 1536, otorgada el 24 de julio de 1.953 en la Notaría 5a. de Bogotá, el mismo inmueble que a él y a Celina Tobar de Quiroga les había transferido también en venta Jaramillo de Plata por conducto del mismo representante, al tenor del instrumento 4155 de 4 de septienbre de 1.952.

Pero, apareciendo en el expediente, como lo reconoce el fallo en punto no censurado, que la escritura de venta a Quiroga y Tobar de Quiroga fue registrada el 10 de febrero de 1.953, es decir, siete meses antes de efectuarse la segunda, y que el predio les fue entregado oportunamente, la supuesta estafa no se predica de éstos sino del segundo comprador, y, por consiguiente, no se ve la influencia que la sentencia penal pueda ejercer sobre el fallo que desata la litis sobre resolución del contrato de la primera venta por incumplimiento de los compradores.

Considerada la acusación por este aspecto, es manifiesto que no puede prosperar.

De otra parte, dada la doctrina de la Corte transcrita al estudiar el cargo segundo, según la cual el fenómeno que se produce por no suspender el juicio en los eventos en que es notoria la influencia del fallo civil en el penal, es la de suspensión de la jurisdicción para resolver de fondo el negocio civil, y, por ende, la nulidad de lo actuado a partir del pronunciamiento de la sentencia civil, parece que la tacha en casación debe hacerse con base en la causal sexta y no en la primera. En efecto, no se trata propiamente de un error in judicando con el cual toca este motivo, sino con un error in procedendo como es el referente a las causales de nulidad, consagradas en el artículo 448 del C. J. a las cuales se remite el ordinal 6o. del artículo 520 ibidem.

Es cierto que la Corte en fallo de 21 de septiembre de 1.950, acogido en el de 18 de julio de 1.955, aceptó que, cuando se recurre en casación de un fallo proferido por el Tribunal en un proceso que debía haberse suspendido por la existencia de un asunto penal de influencia en el primero, "habría de acusarse por violación indirecta del citado artículo 11, porque el juzgador dejó de apreciar las pruebas que habrían de llevarlo al cumplimiento de tal precepto". (T. 68 págs. 82 y 83 y T. 80 pags. 715 y 716).

En sentencia de casación que tiene fecha seis de septiembre de mil novecientos sesenta y uno, todavía no publicada, sobre esta cuestión, dijo: "Si se observa que este precepto (el artículo 11 del C. de P. P.) regula la manera de proceder el Juez Civil, en cuanto le ordena suspender el pronunciamiento hasta que en el negocio penal se profiera sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable, cuando estos proveídos puedan tener influencia en la solución del juicio civil, resulta que lo que en definitiva se consagra es una suspensión de jurisdicción que, según doctrina de la Corte, va desde la citación para sentencia en adelante. Esta suspensión se traduciría en una nulidad por incompetencia de jurisdicción, al tenor del artículo 448 ord. 1o. del C. Judicial, reclamable en casación por la causal 6a. del artículo 520 ibidem, no por la 1a. En efecto, el artículo 147, ibidem, dice que la jurisdicción se suspende: "4o. Por haber suspensión del asunto en los casos de la ley, o por acuerdo de las partes". Aquí sería por mandato del artículo 11 del C. de Procedimiento Penal como se suspendería al Juez la jurisdicción o facultad de decidir el pleito civil en que se cumplan los supuestos que establece el inciso segundo del mismo precepto. El yerro del fallador no sería en tal situación in judicando sino in procedendo, que tiene su enmienda en casación por la causal 6a. no por la 1a.".

La Corte reitera esta doctrina que se acomoda al espíritu de la reforma que el artículo 520 del C. Judicial hizo de la ley 169 de 1.896, al introducir la causal 6a. en casación, no registrada en el artículo 2o. de aquella ley, precisa-

mente para que las nulidades se hicieran valer en el recurso extraordinario por dicho motivo, y no por el de violación indirecta de la ley sustantiva.

Cuarto cargo.

Acusa la sentencia "por ser violatoria de la ley sustantiva, por interpretación errónea de los artículos 1871 y 1873 del C. C. y disposiciones concordantes (ord. 1o. del art. 520 del C. J.).

Alude a los conceptos del Tribunal que incorpora en el siguiente párrafo: "Que 'el registro de la escritura 4155, de venta del bien raíz a los demandados Quiroga, fue efectuado el 10 de febrero de 1.953 y no de 1.954', pues se trata de un error de la Registradura (sic) en las constancias del registro; que entonces la segunda venta hecha por Doña Zoraida Jaramillo de Plata a Ricardo Rodríguez Jaramillo 'en nada podía afectar a los adquirentes Quiroga' puesto que el tal registro se retrotrajo a la fecha de la compraventa; y que entonces 'la venta a Rodríguez Jaramillo debe considerarse como de cosa ajena, sin perjuicio de los verdaderos dueños (Art. 1871 del C. C.), y, en último extremo, el conflicto se regiría por el artículo 1873 del citado código".

Y agrega: "Según el Tribunal, si un sujeto vende una cosa ajena, nada ha sucedido de inmoral; puede reclamarse perjuicios al vendedor de sus bienes, o puede reivindicar la cosa del actual poseedor; y si es que ha vendido el mismo inmueble a dos personas distintas, el que primero registre la escritura será el dueño legítimo del inmueble, y el otro podrá reclamar los dineros entregados".

Luego expone que "si el vendedor se coloca por acto doloso en imposibilidad de hacer la tradición al primer comprador, o sea, de cumplir el primer contrato de compraventa, sería entonces el violador del primer contrato y le daría razón al comprador para pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios".

Alude en seguida a que la venta de cosa, a sabiendas de que es ajena, la sanciona como estafa el artículo 409 del C. Penal.

Y agrega que no se diga que el segundo comprador Rodríguez Jaramillo no fue estafado, porque en la escritura respectiva se dijo que con anterioridad no se había enajenado el mismo bien por título inscrito. Como si los Quiroga Tobar "no tuvieran dares ni tomares con la venta que doña Zoraida Jaramillo de Plata les había hecho y no hubieran dado su buena moneda a buena cuenta del precio".

Finalmente, observa que la falta del registro no significa que no se hubiera hecho la tradición, sino que el documento que no exhibe la nota de inscripción correspondiente no puede ser apreciado.

SE CONSIDERA:

El Tribunal, una vez que encontró comprobados los extremos de la acción resolutoria incoada, y por ende, la prosperidad de ella, se ocupó de la excepción "non adimpleti contratus", que los demandados hicieron consistir en que, no habiendo sido registrada la escritura 4155, contentiva de la venta en litigio, sino el 10 de febrero de 1.954, la vendedora no había cumplido con la primera de las obligaciones a su cargo surgidas del contrato.

Del examen de las escrituras presentadas por ambas partes, halló el fallador que el instrumento número 4155 de 4 de septiembre de 1.952, en que consta la venta cuya resolución se demanda, fue inscrita el 10 de febrero de 1.953.

De esto concluyó, por el efecto retroactivo del registro, que la tradición del inmueble se hizo el mismo día de la venta, a lo cual se agrega que la vendedora hizo la entrega material del inmueble a los dos compradores demandados. Así no encontró demostrada la excepción de contrato no cumplido.

Y en relación con la venta que Jaramillo de Plata hizo a Rodríguez Jaramillo del mismo predio mediante la escritura 1536 de 24 de julio de 1.953, dado que la enajenación a Quiroga y Tobar de Quiroga se había perfeccionado, registrado y cumplido desde el 4 de septiembre anterior, estima que la segunda venta se cataloga como de cosa ajena, porque la tradente ya no era dueña del bien, y sus efectos se rigen por lo preceptuado en el artículo 1871 del C. Civil, que le reconoce efecto pero sin perjuicio de los derechos del dueño, "mientras no se extingan por el lapso de tiempo".

Y como los hechos acreditados indican que Jaramillo de Plata vendió el mismo inmueble, primero a los Quiroga Tobar y luego a Rodríguez Jaramillo, la norma aplicable sería el artículo 1873, ibidem, que resuelve el posible conflicto que pueda surgir de tales hechos, en el sentido de que los primeros compradores con la entrega material del lote y la tradición efectuada el mismo día de la venta, aseguraron sus derechos como dueños de él.

En los argumentos del acusado no hay uno solo que desvirtúe los del sentenciador en la interpretación de los dos artículos citados, pues la segunda venta no se ha traído al presente litigio sino en cuanto ella puede aparejar el incumplimiento de la primera, ya que la influencia del posible delito que con ella haya podido cometer la vendedora, ya está visto que no tiene ninguna incidencia en el fallo acusado.

El supuesto de que el vendedor se coloque en la imposibilidad de hacer la tradición al primer comprador, nada tiene que ver con los Quiroga Tobar sino con Rodríguez Jaramillo, ni tiene relación alguna con el debate aquí planteado. Ajena al mismo es la objeción de que la falta de la nota de registro priva de fe a los documentos presentados sin ella, pues los aducidos la traen en debida forma.

El cargo es inoperante.

Cargo Quinto.

Lo formula por "Violación indirecta del artículo 1609 y concordantes del C. C. porque el Tribunal apreció erradamente o no tuvo en cuenta la prueba de excepción de incumplimiento del contrato por parte de la demandante, en cuanto a la tradición inscrita del inmueble y en cuanto al pago del resto de la deuda por parte de los demandados (ord. 1o. del artículo 520 del C. J.)".

Alude el impugnante a la cláusula de la escritura número 1536 de 24 de julio de 1.953, en la que se dice que la vendedora "con anterioridad a este contrato no había enajenado con título inscrito el inmueble, objeto de esta venta, a ninguna otra persona".

"Eso es plena prueba, prosigue la acusación, de que en esa fecha la escritura no había sino registrada, según el artículo 630 del Código Judicial.

"Dicha escritura fue registrada el 1o. de agosto de 1.954 (f. 10 del C. 3o.).

"En el hecho m) de la demanda se declara tambièn que 'el precio de la venta fue de la cantidad de $32.000.oo de los cuales recibió la vendedora la cantidad de $ 16.000.oo en varias cuotas', (f. 20 del C. 1º.) lo que ya demuestra que los compradores venían cumpliendo con el pago de las cuotas del precio".

"Valor de confesión tienen las declaraciones de la demanda (art. 604 del C.J.)".

Concluye que con estas pruebas se demuestra plenamente que en 24 de julio de 1.953 la vendedora no había cumplido con la obligación de hacer la tradición del inmueble, y que en 1º. de agosto del mismo año se colocó en la imposibilidad de cumplir con sus deberes de vendedora, y quebrantó el contrato.

Copia lo pertinente de los artículos 1880 del C. Civil, que habla de las obligaciones del vendedor, 1609, que trata de la excepción del contrato no cumplido, y 756, de la tradición de los inmuebles.

En lo tocante con el precio, expone que con la confesión contenida en la demanda, queda probado que en la fecha de la segunda venta, 24 de julio de 1.953, la demandante "venía recibiendo de los compradores las cuotas del precio. Con la nueva venta en que la tradente declara haber recibido el precio, se "quebrantò el contrato primitivo, a buena cuenta del cual habia recibido $ 16.000.oo". Para el recurrente, la segunda venta es la expresión más clara y terminante del incumplimiento del contrato primitivo.

Se remite a la exposición que Jorge Plata Guerrero hizo en su indagatoria referente a que no registró la escritura 4155 'por motivos muy graves, por otros negocios que había pendientes', por un arbitramento que se interpuso en los negocios de la vendedora; que recibió $ 16.000.oo y que escribió el cheque por $ 8.000.oo que figura en el expediente; y que estuvo listo en diciembre de 1.953 a recibir el saldo de la deuda de Agustín Quiroga.

CONSIDERANDOS:

No se ciñe el cargo a la técnica del recurso: haciéndolo por violación indirecta del artículo 1609 del C. Civil, debía expresar claramente si se trataba de un error de derecho o evidente de hecho en la estimación de pruebas. Apenas se limita a decir que el Tribunal "apreció erradamente o no tuvo en cuenta las pruebas de la excepciòn de incumplimiento del contrato", lo cual bien podía provenir de un error de hecho o de derecho. Con todo y aceptando que en la frase "no tuvo en cuenta las pruebas sobre la defensa **non adimpleti contratus**, se encierra una tacha por error de hecho, la Corte se ocupa de los reparos al fallo.

Es bueno repetir que el Tribunal negó dicha excepción, por cuanto encontró acreditado que la escritura de venta a Quiroga y Tobar de Quiroga se había registrado el 10 de febrero de 1.953 y que también el inmueble les había sido entregado. Esta apreciación del Tribunal se halla en pie, dado que no ha sido impugnada.

Es cierto que el hecho m) de la demanda dice que la inscripción se efectuó el 10 de febrero de 1.954. Tal manifestación, empero, no constituye confesión, porque para que esta tenga validez es necesario que el hecho a que ella

se refiere no se deba demostrar por otro medio de prueba (Art. 605 del C. Judicial). El artículo 2669 del C. Civil ordena que, verificada la inscripción de un título en el libro o libros respectivos, "pondrá el registrador una nota al pie del título expresando la fecha en que se ha verificado la inscripción o registro, y el folio o folios del libro o libros en que consta aquella diligencia conforme al artículo que antecede, suscribirá el registrador con firma entera la nota, y con ella devolverá el título al interesado o interesados", y, el 2673 dispone que ningún título sujeto a registro hace fe en juicio si no ha sido inscrito en la respectiva oficina. Finalmente el artículo 630 del C. J. estatuye que "La escritura pública para ser estimada como prueba debe presentarse con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida".

Infiérese de estas normas que el registro de una escritura es un hecho que no puede acreditarse por confesión sino con la nota puesta al pie de ella de haberse hecho la inscripción correspondiente.

No expresa el recurrente cual es la confesión que encierra la escritura de venta sobre que Jaramillo de Plata en la fecha de ella venía recibiendo las cuotas del precio, y es deber del impugnante señalar la prueba o pruebas no tenidas en cuenta.

Habiéndose registrado la escritura de venta a Quiroga y Tobar de Quiroga el 10 de enero de 1.953, y habiendo recibido éstos el inmueble, objeto del contrato, es decir, cumplidas las obligaciones de la vendedora, no se vé cómo la segunda venta demuestre el incumplimiento de la primera. El fenómeno jurídico resultante de una segunda transferencia ya se estudió.

El testimonio de Jorge Plata Guerrero expuesto en su indagatoria no podía tenerse en cuenta en el fallo acusado porque el dicho del indagado sobre el registro no tiene ningún valor probatorio, ni en cuanto al pago del precio, porque no consta que cuando rindió indagatoria fuera apoderado de Zoraida Jaramillo de Plata.

No incurrió el Tribunal en el error de hecho o falta de apreciación de las pruebas a que se refiere el cargo.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en mérito de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el cuatro de noviembre de mil novecientos sesenta, en el juicio ordinario seguido por Zoraida Jaramillo de Plata contra Agustín Quiroga, Celina Tobar de Quiroga y José Gilberto Buitrago S.

Las costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

ACCION RESOLUTORIA O DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO BILATERAL. OBLIGACIONES Y DERECHOS QUE COMPETEN AL CONTRATANTE CUMPLIDO.

Aplicación de los artículos 1546 y 1609 del C. Civil.

De los artículos 1546 y 1609 del C. Civil se infiere que, demandada la resolución de un contrato bilateral, debe demostrar el actor que ha cumplido las obligaciones a su cargo, que el demandado no ha cumplido las suyas, y que, por consiguiente, se hallaba en mora de cumplirlas.

Y del artículo 1930 del mismo estatuto, que repite o aplica a la compraventa las reglas contenidas en los artículos 1546 y 1609 del mismo, claramente se advierte la acción resolutoria o la de cumplimiento de la venta en favor del contratante cumplido y contra el que no ha satisfecho la obligación a su cargo en el lugar y tiempo debidos, o sea, que este se halla en mora de cumplir tal prestación.

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

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

Himelda Gámez v. de Calderón demandó en juicio ordinario a Marco Tulio Hernández en el Juzgado 10o. Civil del Circuito de Bogotá, con estas peticiones:

Primera. Se declare resuelto el contrato celebrado entre demandante y demandado el 27 de mayo de 1.957, por el cual Gámez viuda de Calderón vendió a Hernández un camión con placas Nº. 64959 de Boyacá y de las características que se expresan en los hechos.

Segunda. Como consecuencia, se condene al demandado a restituirle a la actora "tres días después de quedar ejecutoriada la sentencia, el vehículo que se determina en el hecho 2o. de la demanda".

Tercera. Se le condene también a pagarle a la demandante, tres días luego de quedar ejecutoriado el fallo, el valor de los frutos civiles que el vehículo haya podido producir a partir de la contestación de la demanda, y no solamente los percibidos por el demandado sino los que hubiera podido producir con mediana inteligencia y actividad, al haberlo tenido la actora en su poder.

Cuarta. Se le condene también a pagarle, tres días después de quedar ejecutoriada la sentencia, el valor que se fije a los deterioros del vehículo a partir de la contestación de la demanda.

Quinta. Se declare que la actora tiene derecho a retener de lo que ha recibido a buena cuenta del precio del camión, el valor de los perjuicios ocasionados por el demandado y el de los frutos de que habla la tercera súplica.

Sexta. Se condene al demandado en las costas del juicio.

HECHOS.

Por documento privado firmado en Bogotá el 27 de mayo de 1.957, Himelda Gámez v. de Calderón dió en venta a Marco Tulio Hernández el camión de las siguientes características: "marca Ford, modelo 1.954. Motor No. F-90-K-H. E-64959, tipo estacas, placas número E-64959 de Boyacá".

El precio acordado fue de $ 12.000.oo m/c. que el comprador pagaría así: "$ 7.000.oo el día en que se firmó el contrato, y el resto en siete letras mensuales con vencimiento la primera el 5 de julio siguiente a la fecha del contrato siendo seis letras de $ 720.oo cada una y una de $680.oo".

En la fecha de la convención, la vendedora entregó el vehículo al comprador. Este no ha cumplido la obligación "de pagar el precio en el tiempo y forma pactada, con lo cual se han causado notorios perjuicios" a la demandante. Hernández tiene el vehículo en su poder.

Gámez v. de Calderón "ha estado lista a cumplir con sus obligaciones en la foma y tiempo debidos".

Hernández ha sido requerido privadamente para el pago de las letras que adeuda, pero no lo ha hecho.

El demandante descorrió el traslado del libelo oponiéndose a que se decreten las súplicas y negando los hechos fundamentales.

Presentó las excepciones de cobro de lo no debido, petición extemporánea y de modo indebido, incumplimiento de las obligaciones de la actora.

El Juzgado dió termino al primer grado del juicio mediante sentencia de veintitrés de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, en la cual despacha favorablemente todas las peticiones de la demanda y condena en las costas del juicio al demandado. Dispone que el valor de los frutos y de los perjuicios se regule conforme al artículo 553 del C. Judicial.

El Tribunal Superior de Bogotá, por fallo de nueve de diciembre de mil novecientos sesenta, resolvió la alzada del demandado confirmando la de primer grado con costas a su cargo.

MOTIVACION DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

Estima que la viabilidad de la acción resolutiva principal deducida en la demanda, requiere, de acuerdo con los artículos 1546 y 1609 del C. Civil, considerar la naturaleza del contrato cuya resolución se demanda, así como los términos en que "cada una de las partes cumplió o dejó de cumplir sus respectivas obligaciones".

En el documento de 27 de mayo de 1.957 consta el contrato por el cual Gámez v. de Calderón vendió a Hernández el camión especificado como relatan los hechos,

por el precio de $12.000.oo, de los cuales el comprador pagó $7.000.oo en la fecha del contrato, y el saldo debía pagarlo en siete letras mensuales cada una de $ 720.oo y una de $ 680.oo con vencimiento, la primera el 5 de julio del mismo año. La vendedora se obligó a responder de los impuestos y multas que "pudiera tener el camión hasta la misma fecha", y a otorgar las cartas de traspaso "tan pronto como Hernández haya cubierto el valor de las letras a su cargo".

La demandante negó que Hernández hubiera ejecutado su obligación referente al pago del precio. El demandado sostuvo que sí, pero no cumplió con la obligación de comprobarlo. Con esta finalidad acompañó al alegato de segunda instancia cuatro letras canceladas por $ 720.oo cada una y con vencimiento el 5 de agosto, 5 de septiembre, 5 de octubre y 5 de noviembre, que no pueden aceptarse como cumplimiento de la obligación de pagar, porque no llegaron al juicio dentro de las oportunidades previstas por la ley, y porque no corresponden al saldo total del precio debido, dentro de la hipótesis de que fueran admisibles como prueba.

"Ni del contenido del contrato ni de las propias letras aparece, que en la voluntad de las partes hubiera estado su intención de sustituir la primitiva obligación por otra, para que la primera hubiera logrado extinguirse por el modo de la novación; como lo previene el artículo 1693 del C. C..... "El concepto a que claramente responden dichas letras en relación con el contrato de venta del camión, como acertadamente lo estima la sentencia del Juzgado, es el de una simple garantía de que el saldo del precio se pagaría en la forma y tiempo convenidos".

DEMANDA DE CASACIÓN:

El demandado impugnó la decisión del Tribunal con el recurso extraordinario que funda en la causal 1a. del artículo 520 del C. Judicial, por cuanto la sentencia viola directamente la ley sustantiva.

La sustentación del cargo se puede resumir así:

El fallo acusado tiene como fudamento lo estatuído en el artículo 1546 del C. Civil.

A su turno el artículo 1930, ibídem, que estima violado el acusador, requiere, "para que tenga ocurrencia la resolución del contrato de compraventa solicitada por el vendedor, que el comprador haya sido puesto en mora de pagar el precio: "Y es el caso que el fallador olvidando este requisito previo, y no dando aplicación a la disposición que así lo ordena (art. 1930 del C. C.), que es una disposición de carácter especial y por consiguiente de aplicación preferencial, declaró la resolución del contrato sub lite con base en la norma general contenida en el artículo 1546, ibídem, violando así el artículo 1930 citado.

Advierte que en parte alguna del juicio se halla demostrado que se hubiera requerido al demandado Hernández para que pagara el saldo debido del precio. De donde concluye "que ha habido violación directa por no haberse aplicado lo preceptuado en el artículo 1930 del C. Civil, que fija las condiciones necesarias para la acción de resolución contra el comprador y los requisitos que le son previamente indispensables".

Agrega que "no está de más observar que no es aceptable la consideración del fallador hecha en la sentencia impugnada en cuanto a que el requerimiento para mora en el pago de lo debido, en el caso sub judice, no era necesario, porque esta afirmación contraría y viola la norma invocada, 1930 del C. C..... en forma directa, debido a omisión del juzgador.

Copia apartes de una sentencia de casación (año de 1.939) que trata precisamente de que la prosperidad de la acción resolutoria de la venta requiere, por mandato tanto del artículo 1546 como del 1936, que el comprador esté en mora de pagar el precio. 'Para saberlo hay que contemplar el caso ante el artículo 1609 de ese Código cuyos tres numerales señalan taxativamente los caminos que a ella conducen, o, por mejor decir, la manera de producirse.

Resume el cargo para insistir en que el fallo acusado violó el artículo 1546 del C. C. por aplicación indebida, y el 1930, que era la norma pertinente, por falta de aplicación.

SE CONSIDERA:

Las normas que el Código Civil comprende dentro de la parte denominada TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, la cual abarca los primeros veinte títulos del Libro IV, contiene los principios generales que regulan todas las obligaciones emanadas de las cuatro fuentes de ellas, entre las cuales están las que nacen de los contratos, pues las especiales que trae cada uno de éstos, no son sino una aplicación de aquellos principios.

Así el artículo 1546 estatuye como principio la condición resolutoria tácita a que están sometidos todos los contratos bilaterales, en virtud de la cual si uno de los contratantes no cumple lo pactado, el otro, o sea, el cumplidor, puede pedir la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. Y el 1609 establece también en forma general la llamada excepción de contrato no cumplido, en razón de la cual en los mismos contratos bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado "mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y el tiempo debidos". Regla que algunos tratadistas encierran en el principio de que la mora purga la mora, que se traduce en que el demandado por la resolución del contrato bilateral celebrado con el demandante, puede hacer valer la defensa de que éste no ha cumplido sus obligaciones o no se ha allanado a cumplirlas.

De las normas citadas se infiere que, demandada la resolución de un contrato bilateral, debe demostrar el actor que ha cumplido las obligaciones a su cargo, que el demandado no ha cumplido las suyas, y que, por consiguiente, se hallaba en mora de cumplirlas.

Ahora bien, el artículo 1930 del Código Civil repite o aplica a la compraventa las reglas contenidas en los artículos 1546 y 1609 del mismo. En efecto, al establecer que "Si el comprador estuviera constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios", claramente se advierte la acción resolutoria o la de cumplimiento de la venta en favor del contratante cumplido y contra el que no ha satisfecho la obligación a su cargo en el lugar y tiempo debidos, o sea, que éste se halla en mora de cumplir tal prestación. El artículo 1930 abarca o comprende los principios contenidos en los artículos 1546 y 1609 citados.

De suerte que la aplicación que el fallador hace de los artículos 1546 y 1609 del C. C. para declarar la resolución del contrato de venta celebrado entre Gámez v. de Calderón y Marco Tulio Hernández con fundamento en que éste no pagò el saldo del precio que quedó debiendo, y que aquella sí cumplió con la que le correspondía, no constituye violación del artículo 1930, toda vez que, como está dicho, este no contiene sino la aplicación de lo preceptuado por aquellos. Al dar aplicación a los dos primeros, se le daba también al tercero.

La mora de que tratan los artículos 1609 y 1930 citados, se regula por lo que precetúa el 1608 en la parte que dice: "El deudor está en mora: 1o. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del tèrmino estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituírlo en mora".

La obligación que contrajo Hernández de pagar el saldo del precio por $5.000.oo en letras mensuales con vencimiento, la primera el 5 de julio de 1.957, por las siguientes sumas: seis letras de setecientos veinte pesos ($720.oo) y una de seiscientos ochenta pesos ($680.oo), debía cumplirla a la llegada del día del vencimiento de cada una de las letras. No habièndolo hecho así èl deudor, bastaba la llegada del día del pago de cada una de ellas, para que, como lo dispone el ordinal en cita, Hernández quedara constituído en mora, pues el artículo 1930 no exige requerimiento especial para declararlo en ella.

Infiérese que no hubo indebida aplicación del artículo 1546 ni falta de aplicación del 1930, y que, por consiguiente, el cargo no tiene fundamento.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en mérito de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el nueve de diciembre de mil novecientos sesenta, en el juicio ordinario seguido por Himelda Gámez v. de Calderón contra Marco Tulio Hernández.

Sin costas por no aparecer causadas.

Publíquese, còpiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la Gaceta Judicial.

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

CORRESPONDE AL JUEZ QUE PROFIRIO LA SENTENCIA DICTAR LA DECLARACION DE EJECUTORIA EN CASO DADO.

Prueba de la ejecutoria del fallo. Requisitos del cargo por error de hecho evidente. Simulación. Su inoponibilidad a terceros de buena fe.

1. Es imprecisa la exposición del cargo en que no se fija en forma concreta y clara en qué consiste el error flagrante, el que por definición debe ser de tal naturaleza que puede indicarse sin mayor esfuerzo y sin necesidad de recurrir a enunciados dialécticos. Si con afirmar que el error consiste en "la abstención del sentenciador de hacer la obligada interpretación de la demanda", quiere aseverarse que vió su contenido de manera distinta al de su expresión literal, semejante supuesto debe demostrarse; y si se pretende que el fallador equivocó la naturaleza de la acción incoada en el libelo sin tergiverzación alguna de su contenido material, el cargo saldría del error manifiesto.

2. Corresponde al juez que ha pronunciado la sentencia declarar de oficio su ejecutoria cuando no debe ser consultada, ni hay contra ella recurso alguno en el juicio, o se han dejado pasar los términos sin interponerlo (C. J. 468). Es función del órgano judicial, en la forma dicha, la declaración de ejecutoria de una sentencia.

3. Al determinar el artículo 2652 del C. Civil los títulos, actos y documentos sujetos al registro y señalar entre ellos "toda sentencia definitiva ejecutoriada que recayere en negocios civiles", no trasladó a los Registradores de Instrumentos Públicos la función de calificar esas condiciones de la sentencia. Por consigiente, la nota de registro prueba la inscripción del fallo, pero la prueba de su ejecutoria exige copia del auto en que la declare u otros medios que la establezcan.

4. Pertenece ya al acervo de la doctrina y de la literatura jurídica nacional, el principio deducido del artículo 1766 del C. Civil, de que el límite a la libertad de celebrar contratos simulados, se encuentra en la buena fe de los terceros en cuanto a éstos no trasciende.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

Es demandante en este juicio Esneda Tabares, en su nombre, y en el de la sucesión de Romelia Guevara "representada por sus legítimos herederos Esne-

da, María Magdalena, Ismaelina, María Margarita, Jesús Antonio, Rafael, Mary y María Carmelina Tabares Guevara". Se demanda a Jesús Antonio Tabares A. y a Juan de Dios, Herminia, Rosario, Esther, Fatiniza, Francisco, Pureza, Anibal y Arturo Arroyave Alzate, "en su calidad de adjudicatarios como herederos en la sucesión del señor Juan de Dios Arroyave, para que con su citación y audiencia", se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"a). Que es inexistente o nula y por tanto carece de valor la hipoteca constituída por escritura pública No. 1396, de 2 de agosto de 1.954, de la Notaría Segunda del Circuito de Armenia, por medio de la cual el señor Jesús Antonio Tabares A constituyó gravamen hipotecario por la suma de diez mil pesos ($10.000.oo) a favor del señor Juan de Dios Arroyave (hoy de sus adjudicatarios), sobre el inmueble determinado en el hecho sexto de esta demanda.

"b). Que, en consecuencia, se ordene la cancelación de la inscripción de la hipoteca antes referida, registrada el 1o. de septiembre de 1.954, en la Oficina de Registro de este Circuito.

"c). Costas.

"En subsidio de las peticiones anteriores, solicito se hagan las siguientes:

"a). Que por haberse constituído sobre cosa ajena, es inexistente o absolutamente nula y no tiene valor alguno la hipoteca constituida por medio de la escritura pública No. 1396, de 2 de agosto de 1.954, otorgada en la Notaría 2a. de este Circuito, por la cual el señor Jesús Antonio Tabares A. constituyó gravamen hipotecario por la suma de diez mil pesos ($10.000.oo) moneda legal a favor del señor Juan de Dios Arroyave (hoy sus adjudicatarios), sobre el inmueble determinado en el hecho sexto de esta demanda.

"b). Las peticiones formuladas en las letras b) y c) anteriores".

Como fundamentos de hecho expresa la demanda los que en seguida se exponen sintèticamente:

Jesús Antonio Tabares y María Rómelia Guevara contrajeron matrimonio católico y tuvieron como hijos los que ahora figuran como demandantes y que antes se nombraron. María Romelia Guevara, falleció el 20 de noviembre de 1.953. En el Juzgado Civil del Circuito de Calarcà, se inició y se prosigue aún -dice el hecho cuarto de la demanda-, el juicio de sucesión de esta señora. En este juicio se inventarió, entre otros bienes, el siguiente:

"Un solar con casa de habitación, situado en el área urbana de esta ciudad de Armenia, constante de diez varas de frente por treinta y cinco (35) varas de centro en la carrera 17 entre calles 26 y 26 (sic), alinderado así: 'Por el frente con la carrera 17; por un costado, con predio de Jesús de la Pava; por otro costado y el centro, con predio de Juan Bautista Jaramillo'.

"Este inmueble lo adquirió la causante señora María Romelia Guevara, por medio de permuta celebrada con el señor Eliseo Bedoya Bedoya, de conformidad con la escritura pública No. 1646, de 4 de noviembre de 1.953, otorgada en la Notaría 3a. del Circuito de Armenia".

Este inmueble, fue rematado, entre otros bienes, dentro del juicio de sucesión de la citada señora doña Romelia, el día 21 de abril de 1.954 y adjudicado al señor León Garibello y èste, el 26 de abril del mismo año (1.954), por medio

de la escritura pública No. 707 de la Notaría 2a. de Armenia, le vendió a Jesús Antonio Tabares, entre otros, el inmueble determinado anteriormente.

Esneda Tabares, inició juicio ordinario contra Jesús Antonio Tabares y León Garibello ante el Juez Civil del Circuito de Calarcá, en el que se produjo el fallo de 16 de agosto de 1.955, "en el cual se declaró sin valor alguno la escritura No. 707, antes citada, lo mismo que el remate verificado por León Garibello en la sucesión de la señora Romelia Guevara y la devolución a la sucesión mencionada, entre otros bienes, del inmueble determinado en el hecho sexto de esta demanda.

"Por medio de la escritura pública Nº. 1396 de 2 de agosto de 1.954, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Armenia, registrada el 1º. de septiembre del mismo año, el señor Antonio Tabares A. constituyó hipoteca a favor del señor Juan de Dios Arroyave, para garantizar el pago de la suma de diez mil pesos ($10.000.oo) moneda legal, recibidos en calidad de mutuo sobre el inmueble determinado en el hecho sexto de esta demanda".

En los hechos undècimo y duodécimo, se afirma que el gravamen hipotecario se constituyò sobre cosa ajena porque el inmueble pertenece a la sucesión de Romelia Guevara y que por esa razón no tiene valor ni eficacia.

Se relata también que en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Armenia se adelanta juicio especial hipotecario propuesto por Juan de Dios Arroyave contra la sucesión de Romelia Guevara. Juan de Dios murió y el crédito hipotecario mencionado fue adjudicado en tal sucesión a los herederos Juan de Dios, Herminia, Rosario, Esther, Fatiniza, Pureza, Aníbal y Arturo Arroyave.

Los herederos de Arroyave contestaron la demanda, aceptaron unos hechos, otros negaron y propusieron las excepciones de ineficacia de la sentencia de simulación frente a terceros acreedores de buena fè y la de error común.

El 22 de octubre de 1.959, el Juez del conocimiento pronunció sentencia adversa a las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Este fallo fue apelado por los actores y, el Tribunal de Pereira, puso fin a la segunda instancia en fallo de 14 de Junio de 1.960, expresando que, "para abrirle camino a un pronunciamiento correcto procedimentalmente se revocará en todas sus partes la sentencia recurrida" y, en efecto, asi lo hizo, en los términos siguientes:

"Primero. Se revoca la sentencia recurrida.

"Segundo. No se hace ninguna de las declaraciones impetradas en la demanda, y como consecuencia se absuelve a la parte demandada de todos los cargos que en aquella le fueron formulados.

"Tercero. Costas en la primera instancia a cargo de la parte actora. Sin costas en esta instancia porque no se causaron".

La parte demandante, vencida en las dos instancias, interpuso el presente recurso de casación.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Para respaldar sus pretensiones, la parte actora en este juicio, adujo la sentencia pronunciada por el Juez Civil del Circuito de Calarcà el 16 de agosto de

1.955, en el juicio ordinario adelantado por Esneda Tabares y otros contra Jesús Antonio Tabares y León Garibello sobre "nulidad absoluta, por ser ficticio y carecer de objeto y causa real ilícita, el remate de los bienes de la sucesión de la señora María Romelia Guevara, remate adjudicado al señor León Garibello, de fecha 21 de abril de 1.954, aprobado el 22 de abril del mismo año". Pero el Tribunal desestimó esa prueba por carecer del testimonio del juez respecto a su firmeza y ejecutoria, según ordenamiento del artículo 468 del C.J. Dice al respecto:

"Si en el caso de que se trata la sentencia no fue recurrida, de oficio ha debido ser declarada ejecutoriada. La constancia de esta declaración demuestra la firmeza de la decisión definitiva y por lo mismo su eficacia probatoria. La ausencia de esta constancia o de los elementos de convicción que válidamente la reemplacen, le restan a aquella todo valor probatorio, porque es apenas natural que una sentencia que no está en firme no puede tener eficacia probatoria, por lo mismo que está sometida al evento de ser revocada o modificada.

"Si, pues, la sentencia anotada tenía por fin demostrar el hecho en que se funda la petición principal de la demanda, no pudiéndose declarar probado este hecho, es obvio que la acción no puede prosperar. Y lo que se afirma de la petición principal, se predica también de la subsidiaria, porque tiene por fundamento el mismo hecho y no es más que dúplica de la petición principal, como bien lo anota el Juez a-quo".

Pero aún si se tuviese por probada la ejecutoria -dice el Tribunal-, su efecto y consecuencias no trascenderían a terceros. Al respecto afirma:

"Por otra parte aún que pasara inadvertido el hecho anterior, tampoco prosperaría la acción. En efecto la sentencia de que se trata declaró simulados el remate que se verificó en la sucesión de la señora Romelia Guevara, y de la transferencia que del bien rematado hizo el rematador señor León Garibello al señor Jesús Antonio Tabares.

"Esta declaración de simulación no afecta a terceros de buena fe según debe deducirse así del texto del artículo 1766 del Código Civil, acogiéndose al cual aquellos pueden atenerse al acto simulado sin que los afecte la demostración del acto real.

"La parte demandada en este negocio es tercero respecto a actos que fueron declarados simulados. Luego la declaración de simulación que contiene la sentencia, no la efecta, porque la buena fe se presume, y en los autos no hay constancia de la mala fe de esta parte. Consiguientemente el acto de que se trata no sería prueba que le fuera oponible".

LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos presenta la demanda de casación contra la sentencia antes relacionada: uno por error de hecho evidente y otro por error de derecho.

El primero, después de otras explicaciones, está expuesto en los siguientes términos:

"El error de hecho, que alego como manifiesto en los autos, consiste en la abstención del sentenciador, de hacer la obligada interpretación del libelo de-

mandador, que obra a fls. 6 a 8 del cuaderno principal de 17 de febrero de 1.959. Porque si el sentenciador no hubiera hecho caso omiso de ese documento agregado a los autos, para interpretarlo, sino que lo hubiera estimado e interpretado, debidamente, habría decidido con fundamento en él en forma opuesta a la adoptada y sentenciada, el 14 de junio postrero.

"A causa del alegado y demostrado error de hecho, en los autos manifiesto, el H. Tribunal Superior de Pereira, infringió, vía indirecta, entre otras, las siguientes disposiciones sustantivas, a saber:

"a). Arts. 298, 302, 303, 304 del C. C. y todos los de la Ley 67 de 1.930, por no haberlos aplicado al caso del pleito y decidido con fundamento en ellos, el litigio;

"b). Arts. 2432, 2442, 2443, 2444 del C. C. en relación al art. 1502 ib.; por no haberlos aplicado, siendo aplicables al caso contemplado en el litigio, y decidido, con fundamento en ellos, los pedimentos consignados en el libelo demandador".

El error de derecho está destinado a demostrar que el Tribunal por no darle valor a la nota de registro de la sentencia y a la sentencia misma de 16 de agosto de 1.955, pronunciada por el Juez del Circuito de Calarcà, cayó en el error dicho.

"El sentenciador -afirma la demanda del recurso-, ha incurrido en error grave y manifiesto de derecho al desestimar el valor probatorio de la copia auténtica de la sentencia, arriba particularizada, aduciendo en oposición a su mérito demostrativo, el art. 468 del Código Procesal Civil, con el pretexto baladí, relativo a la omisión de copia del auto que la declaró ejecutoriada, no sujeta al recurso. El gravísimo y protuberante error procede de haberse abstenido de considerar, la copia, en cuanto a su inscripción en la oficina de Registro de Calarcá de 20 de octubre de 1.955, visible a f. 47 del cuaderno No. 2, al pié de la copia de la supradicha sentencia, fechado agosto 16 de 1.955.

"Porque con arreglo al art. 2652 del C. C., es obligatorio registrar **toda 'sentencia definitiva EJECUTORIADA**, que recayere en negocios civiles'. Luego si la expresada sentencia, fue inscrita, como ésta lo fue, es porque ostentaba la firmeza que confiere la ejecutoria. Y los arts. 2673 y 2674 del mismo cuerpo legal confieren a las sentencias registradas, el mérito de plenas pruebas. Por su parte el art. 632 del C. de P. C., torna a consagrar estos documentos como instrumentos públicos, dotados de valor probatorio pleno".

Por estas y otras razones de contenido semejante, dice el recurrente que, el Tribunal quebrantó las siguientes disposiciones del C. J.: arts. 632 y 468 y del C. Civil los artículos 1757, 2652, 2673, 2674 y otros de la misma obra.

LA CORTE CONSIDERA:

1o. Es imprecisa la exposición del cargo. No fija en forma concreta y clara en qué consiste el error flagrante, el que por definición debe ser de tal naturaleza que pueda indicarse sin mayor esfuerzo y sin necesidad de recurrir a enunciados dialécticos. Si con afirmar que el error consiste en "la abstención del sentenciador de hacer la obligada interpretación de la demanda", quiere aseverarse que vió su contenido de manera distinta al de su expresión literal, seme-

jante supuesto no está demostrado; y si se pretende que el fallador equivocó la naturaleza de la acción incoada en el libelo sin tergiversación alguna de su contenido material, el cargo saldría del campo del error manifiesto.

Se pidió la nulidad del contrato de hipoteca contenido en la escritura No. 1396 de 2 de agosto de 1.954, y por no encontrar probada la pretensión, después de discurrir convenientemente sobre el tema, el Tribunal, absolvió a la parte demandada. Es decir, que el fallador apreció la demanda en su contenido jurídico y expresiones literales, según está concebida y escrita.

2o. Ve el recurrente configurado error de derecho consistente en que el Tribunal no le dió valor a la nota de registro efectuada en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos que aparece al pié de la copia de la sentencia de 16 de agosto de 1.955, atestación que el recurrente tiene como prueba de la firmeza y ejecutoria del fallo y que motivó, según el recurso, la violación medio del artículo 468 del C. J., con repercusión en las varias disposiciones civiles citadas en la demanda de casación.

Corresponde al juez que ha pronunciado la sentencia declarar de oficio su ejecutoria cuando no debe ser consultada, ni hay contra ella recurso alguno en el juicio, o se han dejado pasar los términos sin interponerlo (C. J. 468). Es función del órgano judicial, en la forma dicha, la declaración de ejecutoria de una sentencia.

Al determinar el artículo 2652 del C. Civil los títulos, actos y documentos sujetos al registro y señalar entre ellos "toda sentencia definitiva ejecutoriada que recayere en negocios civiles", no trasladó a los Registradores de Instrumentos Públicos la función de calificar esas condiciones de la sentencia. Por consiguiente, la nota de registro prueba la inscripción del fallo, pero la prueba de su ejecutoria exige copia del auto en que la declara u otros medios que la establezcan.

3o. La sentencia que declaró la simulación del remate verificado en el juicio de sucesión de Romelia Guevara y la transferencia que del bien rematado hizo el rematador Garibello al señor Jesús Antonio Tabares, fue dictada el 16 de agosto de 1.955, y la escritura de hipoteca constituída por Tabares a Juan de Dios Arroyave, fue de 2 de agosto de 1.954, registrada el 1o. de septiembre del mismo año, es decir, antes de que se dictara la sentencia dicha y aún antes de presentarse la demanda que inició el juicio de simulación, la que lleva fecha 9 de septiembre de 1.954. Esta sola consideración era sustancial para que el Tribunal absolviera a la parte demandada, pues, pertenece ya al acervo de la doctrina y de la literatura jurídica nacional, el principio deducido del artículo 1766 del C. Civil, de que el límite a la libertad de celebrar contratos simulados, se encuentra en la buena fe de los terceros en cuanto a éstos no trasciende.

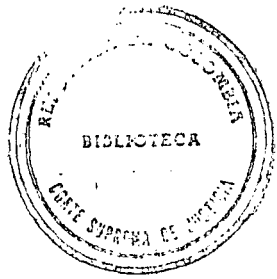
RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de catorce (14) de junio de mil novecientos sesenta (1.960), proferida en este juicio ordinario de Esneda Tabares y otros contra Jesús Antonio Tabares y otros, sobre nulidad de una hipoteca.

Sin costas en el recurso porque no se causaron.

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

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



SALA DE CASACION PENAL

Extractos de doctrina y jurisprudencia en materia penal a cargo del Dr. DIEGO E. CRISTANCHO, Relator Judicial Auxiliar de la Corte

COLISION DE COMPETENCIA NEGATIVA SUSCITADA ENTRE AUTORIDADES CASTRENSES *(Comando de la Quinta Brigada del Ejèrcito Nacional, con sede en Bucaramanga y Comando del Grupo de Artillería Nó. 2 "Rondòn" de Buenavista, en la Goajira).*

Las normas de procedimiento, entre las cuales se encuentran las relativas a competencia son de aplicación inmediata. Compete al Comando del Grupo de Caballería No 2 "Rondón" conocer del delito de "Uso indebido de uniformes y prendas militares" imputado a un soldado de su respectivo batallón; y a la Justicia Ordinaria, lo relativo al delito contra la propiedad que se investiga en el sumario adelantado contra el mismo acusado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Bogotá, enero diecinueve de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El presente proceso adelantado contra PEDRO JULIO ZAMBRANO VELASCO, por los delitos de "abuso de confianza y uso indebido de insignias militares", ha sido enviado a esta Sala de la Corte, para que de acuerdo con lo previsto en el artículo 397 del C. de Justicia Penal Militar, dirima la colisión de competencia negativa suscitada entre el Comando de la Quinta Brigada del Ejército Nacional, con sede en Bucaramanga, y el Comando del Grupo de Artillería No. 2 "Rondón" de Buenavista, en la Goajira.

Los hechos que motivaron el presente sumario se originaron en una denuncia formulada contra el soldado Pedro Julio Zambrano Velasco, por el señor Domingo Duràn, por haberse apropiado de un revólver de propiedad de éste, hecho consumado a fines del mes de diciembre de 1.953, en el Municipio de Cabrera, Departamento de Santander. Según se deduce de documentos y testimonios que obran en la investigación, el soldado Zambrano Velasco cometió los delitos que aquí se investigan, después de haber desertado del Grupo de Caballeria No. 2 "Rondón", en donde había sido dado de alta como soldado, usando uniformes de cabo de Caballería para la consumación del ilicito contra la propiedad del denunciante.

El Comando del Grupo de Caballería "Rondòn", acogiéndose al concepto del señor Auditor de Guerra, que obra a folios 85 a 86 vuelto, sostiene que le corresponde conocer del proceso en referencia al Comandante de la Quinta Brigada por haberse cometido el delito y adelantado el proceso dentro de su juris-

dicción, aplicando las disposiciones legales sobre competencia vigentes cuando se consumó o cometieron los ilícitos investigados.

Por su parte, el Comandante de la Quinta Brigada, en desacuerdo con el anterior criterio, después de sostener acertadamente, que las normas del actual C. de Justicia Penal Militar (Decreto No. 0250 de 1.958), en cuanto establecen la competencia y el procedimiento, son de inmediata aplicación, expresa lo siguiente:

"La actual legislación penal Militar en materia de Jurisdicción y competencia establece el estatuto o fuero personal de preferencia el estatuto o fuero real, esto se desprende en sana lógica de la lectura del artículo 331 del actual Código Militar, y siendo ello así, cualquiera que sea el lugar donde se cometa el hecho el individuo será Juzgado por su respectivo comandante, y estando plenamente acreditado que el sindicado por la época en que tuvieron ocurrencia los hechos pertenecía al Grupo Mixto de Caballería No. 2 "RONDON", es al señor Comandante de este Cuerpo de Tropas a quien le corresponde fallar el negocio en primera instancia".

Para resolver se considera:

La Sala en recientes providencias, del 29 y el 30 de octubre del presente año, y para dirimir las colisiones de competencias planteadas en otros sumarios adelantados por distintos delitos contra el soldado Zambrano Velasco, entre las mismas autoridades castrenses, sostuvo lo siguiente:

"I. De acuerdo con reiterada doctrina de la Corte, "las normas de procedimiento, entre las cuales se encuentran las relativas a competencia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1.887, son de aplicación inmediata", salvo en los eventos en que, como también lo ha advertido aquella Corporación, "visiblemente resultan perjudiciales para el acusado", situación que, en verdad, no se contempla respecto del procesado Zambrano Velasco, a quien, en esta suerte, cabe tratar de acuerdo con las normas de competencia del Decreto No. 0250 de 1.958;

"II. El artículo 331 del citado Decreto, sin formular restricción alguna por razón del territorio, lo que significa entonces que ese factor en nada cuenta para la determinación de la competencia, dispone que los Comandantes de Batallón "conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra los Suboficiales y personal de tropa y civiles sin categoría de Oficiales de su respectivo batallón";

"III. Está demostrado en los autos que el procesado Zambrano Velasco, para la época de los hechos delictuosos que se le atribuyen, era soldado del Grupo de Caballería No. 2 "RONDON" y, en consecuencia, es ese cuerpo militar el autorizado para juzgarlo en orden al delito de "Uso indebido de uniformes e insignias militares"; y,

"IV. El delito contra la propiedad, de que también se acusa a Zambrano Velasco, de acuerdo con el artículo 310 del invocado estatuto, no es de competencia de la Justicia Penal Militar, sino de la Ordinaria, y entonces, en cumplimiento de esa disposición, el Comando del Grupo de Caballería No. 2 "Rondón" ordenará las copias allí previstas para que sean remitidas al repartimiento de los Juzgados Penales Municipales de Bucaramanga, donde, por razón del territorio, corresponde conocer de ese particular".

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisiòn de competencia, objeto de estudio, declarando que el conocimiento del presente proceso contra el soldado PEDRO JULIO ZAMBRANO VELASCO, en lo que corresponde con el delito de "Uso indebido de uniformes y prendas militares", toca al Comando del Grupo de Caballería No. 2 "Rondón", de Buenavista, en la Goajira, el cual ordenará las copias de que se habla en la parte motiva de esta providencia, y las enviará al juez ordinario competente por razòn de la naturaleza y el lugar en donde se cometió el delito contra la propiedad que se investiga en este sumario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Humberto Barrera Domínguez - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo.- Simón Montero Torres. - Julio Roncallo Acosta . - Samuel Barrientos R. - Pioquinto León L., Secretario.

QUEBRANTAMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA DEL ACUSADO. VIOLACION DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO EN PROCESO POR HOMICIDIO (ASESINATO) ADELANTADO DE CONFORMIDAD CON LAS NORMAS DEL DECRETO 0012 DE 1959. DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES JURIDICOS DEL IMPUTADO. SENTIDOS MATERIAL Y FORMAL EN EL DERECHO DE DEFENSA. CAUSAL CUARTA DE CASACION.

La Sala ha sido enfática en diversos fallos de casación, producidos antes y después de la vigencia del Decreto 0012 de 1.959 en que el quebrantamiento del derecho de defensa al acusado viola las *formas propias del juicio* y da lugar a una nulidad supralegal, con base en lo preceptuado por el art. 26 de la Carta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, enero veintidós de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Surtidos los trámites de rigor procede la Corte a decidir del recurso extraordinario de casación interpuesto en este juicio por el acusado JOSE HERCILIO LEDESMA COPETE, y, sustentado en debida forma por medio de su apoderado, doctor Carlos E. Camacho E., en relación con la sentencia proferida el 9 de noviembre de 1.961 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira y mediante la cual fue condenado el recurrente, como responsable del delito de homicidio (asesinato) a la pena principal de 15 años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes.

ANTECEDENTES

Tuvo origen este proceso, sometido a las normas del Decreto Legislativo 0012 de 1.959, en los hechos ocurridos en jurisdicción del municipio de Apía, paraje del "Guanábano", cuyo relato hace en estos términos el fallo de primer grado:

"En las horas de la noche del primero de Octubre del año próximo pasado Angel Ledesma, Manuel o José Hercilio Ledesma, Leonel Ledesma y Anabeiba Gil Cortés se dedicaron a ingerir licores en casa de la señora Ramona Cortés, madre de esta última. Marco Elías Moncada, fue invitado a la reunión y algunos de sus comentarios relacionados con la conducta moral de Anabeiba Gil dieron lugar a reclamos de Angel Ledesma, concubinario de ésta, el cual afirmaba que mataría a su mujer, a su cuñada y a su suegra. Ante las amenazas las mujeres huyeron despavoridas, regresando luego. Poco después intervino Marco Elías Mon-

cada en favor de las agredidas y ello provocó nueva tremolina pues le fue arrebatada la escopeta que llevaba y se vió obligado a salir a marchas forzadas porque fue perseguido por Manuel o José Hercilio Ledesma, quien portaba un machete, y al hallar en el cafetal a la señora Ramona Cortès viuda de Gil arremetió contra élla causàndole tres lesiones en la región occipital y dos en la mano izquierda, a consecuencia de las cuales falleció el 14 de los mismos mes y año en el hospital de 'San Vicente de Paúl' de la población de Santuario de Caldas, no obstante haber recibido oportuna atención médica".

DEMANDA DE CASACION

El señor apoderado, por medio del escrito visible de fls. 11 a 31 del cuaderno número 3, con el lleno de las formas propias del recurso, a más de referirse a los hechos que motivaron el proceso y al trámite por éste sufrido, concreta la acusación al fallo del **ad quem** con la invocación, en su orden, de las causales **cuarta, segunda y primera** del artículo 567 del C. de P. P.

Aunque el impugnador sustenta ampliamente todos los cargos, la Corte sólo se ocupará en esta providencia del atinente al vicio de nulidad constitucional formulado, como es obvio, a través de la causal 4a. de casación, no sólo porque es preferente dentro de la técnica del recurso, sino por haberla alegado en primer tèrmino el señor apoderado.

PLANTEAMIENTO DE LA DEMANDA:

"La sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Manizales que motiva la presente impugnación es violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional que garantiza plenamente el derecho inalienable que tiene todo procesado a ser juzgado con la plena observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio" (Es de observar que el señor apoderado incurre en error al designar el Tribunal sentenciador en el caso de autos).

El desconocimiento evidente del derecho de defensa no sólo lo refiere el impugnador al precario sistema de juzgamiento impuesto por el Decreto 0012 de 1.959, sino de manera particular a la ninguna representación profesional que el acusado tuvo en este proceso, pues el apoderado nombrado para asistirlo, por negligencia o por desidia, omitió toda actividad tendiente a la defensa de su representado.

Todas las irregularidades que la demanda anota al respecto son ciertas y es, también, un hecho notorio que el apoderado en las instancias no se notificó de providencias fundamentales, por incuria suya y de los mismos juzgadores.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal acoge, en su respuesta a la demanda, la impugnación hecha al fallo del Tribunal con fundamento en la causal 4ª. Sus razones principales son:

".....En el art. 3o. del precitado Decreto 0012 sólo se dejó en pie para la defensa del procesado, en la etapa del juicio, el derecho de presentar un alegato de conclusión. Y este alegato, para efectividad de la defensa, no debe ser facturado

sino por un asistente técnico en la ciencia del derecho, llámese apoderado o defensor, quien sí puede subsanar y compensar la inferioridad psicológica del procesado, máxime en el evento de un analfabeto total, como en el caso de autos.

"Por parte alguna del expediente aparecen actuaciones del apoderado o defensor de MANUEL o JOSE HERCILIO LEDESMA COPETE. Es más: en la diligencia de indagatoria el procesado fue asistido por el señor Alfonso Flórez Bermúdez, quien no es abogado (fls. 15 a 17). Sólo aparece una notificación al apoderado Flórez Bermúdez: la del auto de detención que obra a folios 27 y siguientes. A folio 50 vto. es nombrado y posesionado el Dr. Pablo Alzate Fernández como defensor de oficio del procesado. Pero el juzgamiento concluye sin que haya una sola notificación personal al 'defensor', ni siquiera del auto que ordena poner el negocio a disposición de las partes para que presenten sus alegatos de conclusión (fl. 85).

"De forma que uno de los más sagrados derechos de las personas, el de defensa, como que conlleva la elevadísima noción de la libertad individual, defendida y protegida por principios universales en todo estado de derecho y garantizada por nuestra Carta Fundamental, no ha tenido aplicación por parte de los juzgadores en el caso propuesto, con violación ostensible y alarmante de los artículos 1o. del de C. P. P. y 26 de la Constitución".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª. La Sala ha sido enfática en diversos fallos de casación, producidos antes y después de la vigencia del Decreto 0012, que no aparecen todos publicados en la Gaceta, que el quebrantamiento del derecho de defensa al acusado viola las formas propias del juicio y da lugar a una nulidad supralegal, con base en lo preceptuado por el artículo 26 de la Carta.

2ª. Aparte de las sentencias a que el señor apoderado hace expresa referencia en su demanda, la doctrina en esta materia aparece reiterada en providencias de 20 y 28 de septiembre del año de 1.962. En ellas se dijo:

". . .Este derecho de defensa se concreta en las diferentes facultades que la ley de procedimiento le confiere al procesado para ejercitarla. Consiste, como anota VICENZO MANZINI, en una 'actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos subjetivos y los interese jurídicos del imputado'. Es el derecho de probar y de alegar la inocencia o cualquiera circunstancia que modifique el grado de responsabilidad" (Casación. Causa por homicidio contra Manuel Jaramillo Urregó. Sept. 20 de 1.962).

"...La defensa como derecho del individuo a hacer buena su conducta en el proceso o atenuarla, según el caso, suele entenderse en dos sentidos: Material y formal, ambos operantes y necesarios. Pero es la defensa formal, la que se encomienda técnicamente al abogado, por voluntad del acusado o por disposición del juez, la que no puede omitirse sin quebranto de las formas propias del juicio.

"Ahora bien: si la ley de procedimiento impone al juez el deber de nombrarle al sindicado un apoderado, o un defensor para la causa, oficiosamente, cuando no quiere o no puede hacerlo el imputado, esa exigencia tiende a mantener en vigor el derecho de defensa, que debe ser ejercido por el designado como esa misma ley lo estatuye, no sólo bajo la amenaza de sanciones disciplinarias sino, inclusive, de responsabilibad penal por el delito de colusión (C. P. art. 197) (Casación. Causa por homicidio contra Rómulo Moreno V. - Sep. 28 de 1.962).

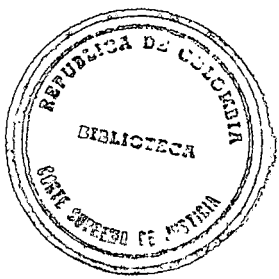
3ª. Es suficiente lo expuesto para que la Corte acepte la demanda propuesta, con base en la causal analizada y para que proceda conforme a lo dispuesto en el literal b) del artículo 570 del C. de P. P. en lo que al acusado recurrente se refiere, pues la invalidación del fallo no afecta a la persona favorecida con la absolución, y previa advertencia de que el nuevo juzgamiento ha de ajustarse a las normas vigentes del estatuto procesal.

DECISION:

Por tanto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- de acuerdo con la opinión del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida a que se ha hecho mérito, y ORDENA devolver el proceso al Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Pereira, por conducto del Tribunal de origen, a efecto de que se reponga el procedimiento a partir del auto de 29 de mayo de 1.961 (fl. 85), mediante el cual se declaró cerrada la investigación.

Notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Humberto Barrera Domínguez. - Simón Montero Torres. - Julio Roncallo Acosta. - Samuel Barrientos R. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.



FALTAS COMETIDAS POR ABOGADOS EN EL EJERCICIO DE LA PROFESION

Es improcedente adelantar la investigación por calumnia a que se refiere el art. 12 de la Ley 69 de 1.945, cuando aparece que el autor de la denuncia obró de buena fe. La acción penal debe ser adelantada cuando el delito existe siquiera como hipótesis y el procedimiento es oficioso.

De acuerdo con lo previsto en el art. 10 de la Ley 69 de 1.945, las providencias que ponen término a esta clase de procesos son las "sentencias condenatorias" y las de "sobreseimiento".

Si bien el art. 12 del mismo estatuto habla de "sentencia absolutoria", se compagina más con la calidad del proceso que regula la Ley 69 de 1.945 que no hace tránsito de sumario a juicio, la decisión absolutoria mediante sobreseimiento definitivo, lo cual resulta equiparable a lo que se cumple en el procedimiento ordinario, cuando se califica el mèrito de la investigación y se tiene alguno de los casos indicados en el art. 437 del C. de P. P.

De otra parte, es cierto que el art. 12 de esta Ley 69 de 1.945 dispone que "cuando la sentencia definitiva fuere absolutoria, se seguirá de oficio el procedimiento por calumnia contra el autor o autores de la denuncia". Sin embargo, es obvio que si no aparece cometido por el querellante el delito de falsas imputaciones, por haber obrado, por caso, de buena fe, o porque los hechos, a pesar de ser ciertos, no tienen el alcance de falta contra la moral profesional y el denunciante estimó, sin malicia, que sí la configuran, la investigación de que trata el artículo citado es improcedente.

La acción penal debe ser adelantada cuando el delito existe siquiera como hipótesis y el procedimiento es oficioso. Mas cuando los hechos no permiten, ni aún hipotéticamente, ser calificados como delictuosos, el adelantamiento de un proceso penal por ello resulta por lo menos inùtil.

En el presente caso aparece que el querellante obró de buena fe al estimar como faltas contra la moral profesional los acontecimientos por él denunciados. De consiguiente, no es del caso disponer la averiguación a que alude la norma de la Ley 69 de 1.945, como así lo entendió el *a quo*, al guardar silencio con este particular.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Bogotá, enero veintidós de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior de Tunja la providencia mediante la cual sobresede definitivamente a favor del abogado, doctor DANIEL PAEZ PEREZ

respecto de los cargos que le fueron hechos por el señor Juan Ortegón Ortegón, relacionados con supuestas faltas contra le ética en el ejercicio de la profesión.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

El señor Procurador lo. Delegado en lo Penal expresa, con este particular, lo que pasa a transcribirse:

"Dió origen a la presente actuación la diferencia surgida entre el doctor Páez Pérez y su defendido, el señor Ortegón Ortegón, con relación al monto de los honorarios del primero y a la labor correspondiente del mismo en interés del segundo, diferendo que dió lugar a un altercado entre los dos, el cual tuvo lugar dentro del penal donde Ortegón Ortegón estaba recluído, y que también originó la querella de éste contra su abogado por suponerlo culpable de una lesión a la ética propia de la profesión de abogado.

"Verificado el trámite de rigor, con amplias explicaciones de parte y parte, el H. Tribunal fallador también ampliamente estudió el tema propuesto a su decisión, analizando la situación particular y peculiar del querellante y del querellado, la actuación de este en el cumplimiento del mandato que había recibido de su cliente, y las condiciones generales que estimó pertinentes a la labor del abogado criminalista y la estimación de unos honorarios equitativos y adecuados a la característica especial de esa rama del ejercicio profesional.

"La parte motiva de la providencia que es objeto de consulta, no dá lugar a objeción alguna. Pero igual cosa no ocurre con la parte resolutiva, pues conforme a reiterada doctrina de la H. Corte, una situación como la contemplada en autos, no debe dar lugar a un sobreseimiento definitivo, sino a la absolución del querellado, lo cual, juridicamente hablando, tiene una señalada diferencia favorable para el querellado especialmente, ya que implica o supone el desarrollo de un acto jurisdiccional y procedimental pleno y completo sobre el fondo del problema o caso.

"Además, si se decreta la absolución del querellado, indefectiblemente debe darse cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 12 de la ley 69 de 1.945, a fin de que se inicie una acción por calumnia contra el querellante, cosa esta que el H. Tribunal de Tunja no tuvo en cuenta, ni ordenó.

"La H. Corte, en casos análogos, así lo ha dispuesto, dejando al juez que conozca del juicio por calumnia, la estimación del dolo o responsabilidad del agente de la querella".

Mas adelante, manifiesta el señor Agente del Ministerio Público que lo antes señalado "basta para que el suscrito Procurador lo. Delegado en lo Penal sea de concepto que la H. Corte reforme el proveído consultado, como así atentamente lo solicito, sustituyendo el sobreseimiento proferido por la absolución del abogado querellado y ordenando la aplicación del art. 12 de la ley 69 de 1.945, como quiera que la H. Corte, en diversas oportunidades, ha expresado lo siguiente:

'El artículo 12 de la ley 69 de 1.945 es perentoria y terminante. Este precepto no le deja margen al fallador para determinar si se han dado o no los hechos constitutivos del delito de calumnia. Debe limitarse, apenas, a pasar copia de lo pertinente a los jueces en lo penal, para los fines de la investigación correspondiente.

'Y aunque es cierto que en muchos casos puede no configurarse tal delito de calumnia, esa ha de ser cuestión que se decida por los jueces penales, bien para los solos efectos de iniciar la investigación o como culminación de ésta', (Sent. de la Sala de Negocios Generales, de 21 de junio de 1.951, G. J. t. LXIX, p. 859)".

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA.

Dice el a quo en la providencia consultada, al referirse al primer cargo que el señor Ortegón Ortegón hace al abogado PAEZ PEREZ, que "dentro de este juicio sumario no es pertinente resolver si los honorarios que recibió .... "el acusado...." para defender a Juan Ortegón Ortegón, sindicado del delito de homicidio cometido en el Mayor Milciades Pinilla, corresponden a la labor desarrollada por el abogado en defensa de su cliente. El señor Fiscal, por lo demás, no encuentra que haya habido apropiación indebida de dinero. En relación con el segundo cargo....", agrega el Tribunal Superior de Tunja...., "quedó plenamente establecido que entre el doctor Páez Pérez y Juan Ortegón se suscitó un incidente cuando el primero le exigió que le diera una suma de dinero que le adeudaba por concepto de sus honorarios como defensor del sindicado por el homicidio del Mayor Milciades Pinilla. Los testigos están de acuerdo respecto a la forma como se desarrolló el incidente y el diálogo sostenido entre el abogado y su cliente".

Se agrega en dicho proveído que "de ninguno de los testimonios, entre los cuales se encuentra el de Roberto A. Restrepo, guardián del Ministerio de Justicia, dice que Juan Ortegón amenazara con algún gesto o actitud al Dr. Daniel Páez Pérez. La mayoría de los testigos dicen que la actitud de Ortegón, durante el diálogo con el Dr. Páez Pérez, era de espectativa, que estaba de piés con los brazos cruzados.

"La reacción del Dr. Daniel Páez Pérez se explica, según la forma como se desarrolló el diálogo con Ortegón, por la negativa de éste a entregarle más dinero, y principalmente por el reclamo que él consideraba injustificado, cuando Ortegón le decía que no había hecho nada en su defensa, que debía devolverle parte del dinero recibido y que no se podía comer su dinero.

"La actitud del Dr. Páez Pérez, si bien explicable como reacción por una ofensa, no se puede justificar, pues lo indicado en esos casos no era tratar de agudizar el conflicto, por medio de actitudes que se pudieran considerar como amenazas, sino llamar la atención al cliente sobre la injusticia de su reclamo.

"El Dr. Páez Pèrez justifica su actitud como una reacción ante un probable ataque de Ortegón, cuando èste se llevó la mano derecha al interior del saco, como tratando de buscarse un arma, al mismo tiempo que amagaba avalanzarse sobre el abogado. Pero fuera de la afirmación del Dr. Páez Pérez, no se encuentra en el expediente ninguna prueba que la confirme, a pesar de que como ya se dijo, entre las declaraciones se cuenta la de un guardián del Ministerio de Justicia.

"No quedarìa como explicación la actitud asumida por el Dr. Páez Pérez, sino una especie de defensa preventiva, ante una posible agresión de Ortegón, que parece ser la hipótesis acogida por el señor Fiscal en su concepto.

"Pero en el fondo, carece de importancia la explicación que se dé al amago de sacar el arma, porque no se produjo ninguna consecuencia que pudiera

perjudicar a Ortegón, en sus derechos o intereses o que implicara violación de alguna norma jurídica o ética.

"Desde luego se descarta, como lo hace el Fiscal, el cargo de que se pretendiera obtener, por la fuerza, la entrega de dinero, porque la reacción del abogado se produjo como consecuencia de lo que consideró una ofensa por parte de su cliente, y no para exigir lo que se le debía".

Por lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, resolvió sobreseer difinitivamente al abogado acusado.

Comparte la Sala, como también lo hace el señor Pocurador 1o. Delegado en lo Penal, las consideraciones del a quo, en las cuales apoya la resolución proferida en favor del abogado objeto de la acusación. En efecto, el incidente ocurrido entre éste y su cliente no trasciende a la esfera de la ética en el ejercicio de la profesión, y el monto de los honorarios pactados no ofrece suficiente apoyo para estimarlos como inequitativos o injustos, para que se pueda derivar de tal convenio una supuesta falta contra la moral profesional.

En providencia de 10 de octubre de 1.960, (G.J. t. XCIII, p. 812 a 816), dice esta Sala lo que pasa a transcribirse:

La fijación contractual de un honorario es una materia de por sí compleja, desde luego que para su formación intervienen factores de orden subjetivo y objetivo en cada una de las partes. La cuantía del negocio, el 'good will' profesional, el trabajo en sí, la posición social y económica de las partes, el criterio utilitarista que se tenga, el interés efectivo o subjetivo, etc., son apenas algunos de los factores de determinación de la fijación de un honorario. Quizá la existencia de una tarifa profesional aprobada por los Colegios de Abogados o por círculos de abogados o una reglamentación legislativa general, podrían ser pautas aproximadas para la estimación de los problemas que frecuentemente surgen en relación con los profesionales del derecho. En ausencia de tales bases, el honorario queda sujeto a la voluntad de las partes, con las restricciones legales y jurisprudenciales que comporta todo contrato. Claro está que todas las implicaciones, consecuencias o efectos que se deriven de un contrato de mandato de esta naturaleza y que se controviertan, deben ventilarse ante los funcionarios jurisdiccionales competentes. A los Tribunales solo corresponde examinar las posibles infracciones contra la ètica y la moral profesionales de los abogados en aquellos contratos de mandato que se hayan celebrado o en las actividades que se hayan desarrollado con ocasión de los mismos. El deslinde de competencia es por lo demás claro y preciso, al tenor de las correspondientes disposiciones legales de procedimiento".

Ahora bien:

De acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la ley 69 de 1.945, las providencias que ponen término a esta clase de procesos son las "sentencias condenatorias y las de "sobreseimiento".

Y si bien el artículo 12 del mismo estatuto habla de "sentencia absolutoria", se compagina más con la calidad del proceso que regula la ley 69 de 1.945, que no hace tránsito de sumario a juicio, la decisión absolutoria mediante sobreseimiento definitivo, lo cual resulta equiparable a lo que se cumple en el procedimiento ordinario, cuando se califica el mérito de la investigación y se tiene alguno de los casos indicados en el artículo 437 del C. de P. P.

De otra parte, es cierto que el artículo 12 de esta Ley 69 de 1.945 dispone que "cuando la sentencia definitiva fuere absolutoria, se seguirá de oficio el procedimiento por calumnia contra el autor o autores de la denuncia". Sin embargo, es obvio que si no aparece cometido por el querellante el delito de falsas imputaciones, por haber obrado, por caso, de buena fé, o porque los hechos, a pesar de ser ciertos, no tienen el alcance de falta contra la moral profesional y el denunciante estimó, sin malicia, que sí la configuran, la investigación de que trata el artículo citado es improcedente.

La acción penal debe ser adelantada cuando el delito existe siquiera como hipótesis y el procedimiento es oficioso. Mas cuando los hechos no permiten, ni aún hipoteticamente, ser calificados como delictuosos, el adelantamiento de un proceso penal por ellos resulta por lo menos inútil.

En el presente caso aparece que el querellante obró de buena fe al estimar como faltas contra la moral profesional los acontecimientos por él denunciados. De consiguiente, no es del caso disponer la averiguación a que alude la norma de la ley 69 de 1.945, como así lo entendió el a quo, al guardar silencio con 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 del Tribunal Superior de Tunja, de que se ha hecho mérito, por la cual sobresee definitivamente en favor del abogado, doctor DANIEL PAEZ PEREZ, respecto de los cargos que le fueran hechos por Juan Ortegón Ortegón.

Cópiese, Notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Humberto Barrera Domínguez. - Simón Montero Torres. - Julio Roncallo Acosta. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León, Srio.

FALTAS CONTRA LA ÉTICA EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO

Momento consumativo de la infracción. Prescripción para el delito de abuso de confianza y para las faltas disciplinarias (contravención). En tratándose de contravenciones la norma aplicable es la contenida en el art. 115 del Código Penal.

1. El día del resarcimiento de los posibles perjuicios que la suspuesta falta contra la ética en el ejercicio de la abogacía, en el caso *sub judice*, hubiere ocasionado alguien, no es el momento consumativo de la infracción, como obviamente no lo es, en la hipótesis del delito de abuso de confianza por retención indebida de un bien mueble ajeno, el instante en que el agente restituya, pues es bien sabido que resulta consumado cuando la retención indebida comienza. Si así no fuese, se tendría el absurdo de que la acción penal, ya por la falta contra la ética en el ejercicio de la abogacía o bien por el delito de abuso de confianza, en un caso en el que el profesional, como mandatario, retenga ilícitamente lo que debe entregar a su mandante, prescribiría en forma distinta para lo uno y lo otro: para el delito, por lo menos en cinco años, contados a partir del momento en que la retención indebida se inició, y para la falta disciplinaria (contravención) en un año, desde cuando el agente lleva a cabo la restitución, lo cual conduciría como hubiera sucedido en este asunto, a hacer más largo el término de la prescripción de la acción penal para la contravención, que el requerido para el delito.

2. En providencia de 20 de octubre de 1.959 (G. J. T. XCI, pág. 923 a 925) dice la Sala lo que pasa a transcribirse, con respecto a un caso similar al que se examina: "Suponer que la prescripción de la acción en este asunto no ha empezado a correr por cuanto esa violación a la ética profesional 'aún no se está consumando', ya que el abogado acusado insiste en retener indebidamente lo que recibiera por razón del cobro que le encomendara Deogracias Ramírez. llevaría al absurdo de considerar, asímismo, que solo cuando dejase de existir esa retención sería cuando pudiese adelantarse la acción que permitiera sancionar la falta contra la ética profesional imputada al doctor Londoño, pues no puede aceptarse que un hecho dé lugar a determinada acción y que ésta pueda jurídicamente adelantarse y se adelante y, en cambio, no corre el lapso de su prescripción sino a partir del momento en que ocurra determinada circunstancia (por caso, la indicada por el Ministerio Público: entrega de lo indebidamente retenido), sin que la ley la haya señalado como medio para interrumpir la prescripción de la acción penal".

De acuerdo con el art. 115 del Código Penal, "tratàndose de contravenciones, la acción penal prescribirá en un año, y la sanción en dos".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Bogotá, enero veintidós de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior de Cali su providencia de 14 de septiembre de 1.962, mediante la cual declara que no puede iniciarse la acción disciplinaria contra el doctor JOSE MIGUEL LOPEZ, por supuestas faltas contra la ética en el ejercicio de la profesión de abogado, por haber dicha acción prescrito.

Como antecedentes, se tiene que la Sala Civil de la Corte, en su sentencia de 30 de septiembre de 1.960, dijo lo que pasa a transcribirse:

"Mediante escritura 1104 del 20 de abril de 1.950, Notaría Tercera de Cali, Margarita Torres v. de Villegas confirió poder general al abogado José Miguel López. Este, en ejercicio del mandato, vendió a Miguel Alfonso López por $50.000.oo tres inmuebles de propiedad de la viuda de Villegas, ubicados en la ciudad de Cali, según aparece en escritura 1311, de 9 de mayo de 1.950, de la misma Notaría; inmuebles que el comprador tornó a enajenar por el mismo precio al abogado López, y para éste personalmente, mediante instrumento corrido en aquella Notaría el 11 de los mismos mes y año, bajo el No. 1343.

"La poderdante no recibió de su apoderado el valor producido por la enajenación de los inmuebles, ni ha ratificado los referidos contratos...". Estos hechos, anota la Sala Civil en el referido fallo, "ponen al mandatario en contradicción con las más elementales normas que rigen las relaciones recíprocas con el mandante al amparo de la equidad natural. Su conducta es de notoria intemperancia con el depósito de confianza que envuelve el poder, con mayor razón todavía si se extiende a todos los negocios del mandante; y la austeridad debe llegar hasta el escrùpulo cuando el mandatario ha sido exonerado de rendir cuentas, como lo fue el abogado José Miguel López, no por una, sino por dos cláusulas del título de representación".

Ahora bien:

En la providencia que se revisa, dice el Tribunal Superior de Cali que "en este caso el último acto consumativo de la falta contra la ética profesional que se atribuye al doctor José Miguel López, se realizó el 11 de mayo de 1.950, lo que quiere decir que desde entonces a la fecha en que fue proferido el fallo de la Corte (30 de septiembre de 1.960), a la del auto de obedecimiento del Tribunal (20 de enero de 1.961) y a la de esta providencia, han corrido en exceso más de diez años, o sea, un lapso superior al tiempo necesario (un año) para que se opere el fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria por faltas contra la ética profesional según los principios que, de acuerdo con el criterio de la Corte, regulan la materia en este punto".

CONCEPTO DE MINISTERIO PUBLICO.

Aceptando el criterio señalado por el Magistrado del Tribunal Superior de Cali, doctor Julio C. Piedrahita R., en su salvamento de voto, el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal estima que la acción penal, en este asunto, no

ha prescrito. Consideran, en efecto, que "de estimarse que el iter criminis o las faltas contra la ètica profesional se detuvieran o no alcanzaran a llegar sino hasta el otorgamiento de la escritura de 11 de mayo de 1.950, o que por ser un delito instantáneo, en este último momento se consumó, hay una situación delictuosa que hasta ahora perdura y que si no constituye un concurso material de delitos, es inherente, inseparable del acto punitivo: la retención de los inmuebles y la percepción de los frutos de éstos".

En consecuencia, solicita el señor Agente del Ministerio Público que se revoque la providencia consultada "y, en su lugar, disponga..... "la Corte. . . "la iniciación y prosecución hasta su final del presente negocio, teniéndose en cuenta para ello el cumplimiento que le haya dado o no el acusado al fallo pronunciado en su contra por la H. Corte y que obra al folio 1 y sigs. del cuaderno primero".

ALEGATO DE LA DEFENSA.

El doctor Pedro Nel Rueda Uribe, en su condición de apoderado del doctor Josè Miguel López en este negocio, pide que se confirme la providencia materia de la consulta.

Expresa el señor defensor lo siguiente:

"Lo que pretenden el salvamento de voto y la vista fiscal es sencillamente la violación descarada del artículo 106 del Código Penal que dice que la prescripción empezará a correr desde el dia de la consumación de la infracciòn.

"Porque, en qué consistió la violación o falta profesional?. En haber hecho pasar a su patrimonio los bienes de la Villegas, o en haber sido condenado a restituírlos?. Es claro que consistiò en lo primero y no en lo segundo, y es claro igualmente que la consumación del hecho debe referirse a ese traslado de propiedad y no a la fecha en que la justicia civil dedujo consecuencias de él.

"Me parece que solo una obcecación puede explicar los planteamientos que se han formulado con tanto desparpajo y con tanta sans facon en el empeño de cambiarle (de adulterarle, podría decirse) la fecha o el día de la consumación del hecho sometido al análisis y al justiprecio de la moral profesional".

Más adelante, anota el apoderado: "En el caso del Señor López sí se ejerció y se ventiló una acción penal que terminó, como lo he dicho, y como está demostrado, con sentencia absolutoria, que en copia auténtica y autenticada fue agregada a las diligencias".

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

Auncuando en el expediente obra la certificación del Juzgado 3º. Civil del Circuito de Cali, según la cual el día dieciseis de marzo de mil novecientos sesenta y dos "se dió cumplimiento a la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia de fecha 30 de septiembre de 1.960, dictada dentro del juicio ordinario de Margarita Torres v. de Villegas contra el doctor José Miguel López y otro...", no es esa fecha del resarcimiento o devoluciòn la que debe tomarse en cuenta, como lo consideran el Magistrado del Tribunal Superior de Cali que salva su voto y el señor Agente del Ministerio Público, para determinar el día en que la acción disciplinaria prescriba en este asunto.

Cuando la Sala Civil de la Corte estimó como posiblemente cometida una falta contra la ética en el ejercicio de la abogacía, por parte del doctor José Miguel López (providencia de 30 de septiembre de 1.960), razón por la cual dispuso que se siguiera la correspondiente acción penal, obviamente se refería a algo ya cometido, pues lo que no ha sucedido mal puede dar lugar a que se adelante averiguación procesal alguna. Y el hecho consumado no es otro que aquel que la Corte señaló en ese fallo y al cual se refieren las escrituras 1311 y 1343, de nueve y once de mayo de mil novecientos cincuenta, de la Notaría Tercera de Cali.

Ahora bien:

De conformidad con el art. 106 del Código Penal, "la prescripción de la acción empezará a correr, para las infracciones consumadas, desde el día de la consumación; para las tentativas y delitos frustrados, desde el día en que se perpetró el último acto de ejecución, y para las infracciones continuas, desde el día en que se verificó el último acto".

En el presente asunto, de existir falta contra la moral en el ejercicio de la abogacía imputable al doctor José Miguel López, por razón de los hechos señalados por la Sala Civil de la Corte en la sentencia varias veces citada, ella lógicamente resultaría consumada el día once de mayo de mil novecientos cincuenta, fecha de la escritura No. 1343 de la Notaría Tercera de Cali.

El día del resarcimiento de los posibles perjuicios que la supuesta falta contra la ética en el ejercicio de la abogacía, en el caso sub judice, hubiere ocasionado a alguien, no es el momento consumativo de la infracción, como obviamente no lo es, en la hipótesis del delito de abuso de confianza por retención indebida de un bien mueble ajeno, el instante en que el agente restituya, pues es bien sabido que resulta consumado cuando la retención indebida comienza. Si así no fuese, se tendría el absurdo de que la acción penal, ya por la falta contra la ética en el ejercicio de la abogacía o bien por el delito de abuso de confianza, en un caso en el que el profesional, como mandatario, retenga ilícitamente lo que debe entregar a su mandante, prescribiría en forma distinta para lo uno y lo otro: para el delito, por lo menos en cinco años, contados a partir del momento en que la retención indebida se inició, y para la falta disciplinaria (contravención) en un año, desde cuando el agente lleve a cabo la restitución, lo cual llevaría, como hubiera sucedido en este asunto, a hacer más largo el término de la prescripción de la acción penal para la contravención, que el requerido para el delito.

En providencia de 20 de octubre de 1.959 (G. J. t. XCI, p. 923 a 925), dice la Sala lo que pasa a transcribirse, con respecto a un caso similar al que se examina:

"Suponer que la prescripción de la acción en este asunto no ha empezado a correr por cuanto esa violación a la ética profesional 'aún se está consumando', ya que el abogado acusado insiste en retener indebidamente lo que recibiera por razón del cobro que le encomendara Deogracias Ramírez, llevaría al absurdo de considerar, asimismo, que sólo cuando dejase de existir esa retención sería cuando pudiese adelantarse la acción que permitiera sancionar la falta contra la ética profesional imputada al doctor Londoño, pues no puede aceptarse que un hecho dé lugar a determinada acción y que ésta pueda jurídicamente adelantarse y se adelante y, en cambio, no corra el lapso de su prescripción sino a partir del momento en que ocurra determinada circunstancia (por caso, la indicada por el Mi-

nisterio Público: entrega de lo indebidamente retenido), sin que la ley la haya señalado como medio para interrumpir la prescripción de la acción penal".

De acuerdo con el artículo 115 del Código Penal, "tratándose de contravenciones, la acción penal prescribirá en un año, y la sanción, en dos". En consecuencia y de acuerdo con las consideraciones hechas, cabe concluír que la providencia objeto de la consulta debe ser confirmada.

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 1o. Delegado en lo Penal, CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Cali, de que se ha hecho mérito, por la cual declara que la acción disciplinaria, por supuestas faltas contra la ética profesional imputadas al doctor Josè Miguel López, no puede iniciarse.

Cópiese, notifiquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen. Insértese en la Gaceta Judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. Simón Montero Torres. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pio quinto León, Secretario.



HOMICIDIO ATENUADO. ABERRATIO ICTUS. VALORACION DE LOS ELEMENTOS DE JUICIO QUE COMPORTA EL PROCESO.

Prueba testimonial. Violación directa y violación indirecta de la ley penal sustantiva. Delito cometido dentro de las condiciones previstas en el art. 14 del C. P. Aplicación del art. 28 del C. P. en concordancia con el 362 ibidem. Error en la determinación de la Pena mínima imponible.

1. El rechazo de la valoración que se haya hecho, dentro de la sentencia impugnada, respecto de los elementos de juicio que comporta el proceso, sólo es admisible cuando en ella se haya incurrido en error protuberante, ya que de otro modo el recurso de casación perdería su carácter de extraordinario para convertirse en una tercera instancia que acabaría, en el juego de una simple contraposición de criterios, con la libertad de apreciación de la prueba que corresponde a los tribunales.

2. Con apoyo en la causal primera, el recurrente, luego de que afirma que el homicidio, de poderse atribuir al procesado revestiría el carácter de "culposo", en fuerza de que "se debió a un hecho imprevisto", y, de otra parte, que, conforme a las pruebas del proceso, se habría consumado en riña imprevista, sostiene que en el fallo acusado se violaron, por falta de aplicación, los art. 12 y 384 del C. Penal, y, por indebida aplicación, el 14 de la misma obra.

Estos planteamientos, como es obvio, son ajenos a la órbita de la causal primera de casación donde sólo cabe tratar de la violación directa de la ley penal sustantiva, y no de la indirecta, vale decir, de aquella que requiere, como requisito para ser establecida, el examen previo de los hechos, labor que sólo es posible ejecutar al amparo y dentro de la esfera de la causal segunda. En esta suerte, la Sala no entra a ocuparse de las expresadas cuestiones, aunque observa de paso que en los autos nada aparece que siquiera insinúe la modalidad culposa del homicidio a que se contrae o que su autor lo hubiera consumado en riña, fenómeno que se configura, en el simple carácter de hecho, mediante el cambio de golpes entre sus protagonistas, y del que nadie da cuenta. Esos autos, en cambio, son prolijos en la demostración de que el procesado Téllez causó la muerte del señor Londoño a virtud de que éste se interpuso en el instante mismo en que procedía a disparar contra el señor Alcibiades Sánchez, impulsado por las ofensas de que lo hizo objeto, lo que quiere decir que mató dentro de las condiciones previstas en el art. 14 del C. P.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintidós de enero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 24 de abril del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva condenó al señor URBANO TELLEZ, como responsable del delito de homicidio en el señor José Rodolfo Londoño, a la pena de CUATRO (4) AÑOS DE PRESIDIO y accesorias correspondientes.

HECHOS Y ACTUACION:

La tarde del 10 de septiembre de 1.961 se congregaron en la tienda del señor Urbano Téllez, en el caserío de Belén, del Municipio de La Plata, a efecto de ingerir licor, algunas personas, entre ellas el señor Alcibíades Sánchez, quien en un momento dado solicitó del dueño del expendio le fiase bebida y como aquel se negó a ello, optó por injuriarlo en términos de la peor procacidad, por cuya razón el predicho Téllez, armado de un revólver que, al parecer, sacó del cajón del mostrador, avanzó hacia Sánchez y en el instante en que se disponía a hacerle fuego se interpuso, con el ánimo de desarmarlo, el señor José Rodolfo Londoño, el cual, en esta suerte, vino a recibir el disparo que le segó la vida.

De estos hechos conoció el Juzgado Superior de Neiva, el que, entendiéndolos como constitutivos del delito de homicidio, mediante sentencia del 6 de diciembre de 1.961, dictada con arreglo a los trámites del Decreto 0012 del 4 de junio de 1.959, condenó al señor Urbano Téllez, en el carácter de único responsable de ellos, a la pena de ocho (8) años de presidio y accesorias del caso, fallo que el Tribunal Superior de la misma ciudad reformó en el suyo del 24 de abril del año pasado, en el sentido de rebajar a cuatro (4) años de presidio la pena impuesta al procesado.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente, señor Urbano Téllez, por conducto de su apoderado, invoca las causales de casación previstas en los ordinales 2o. y 1o. del artículo 567 del C. de P. Penal.

Con apoyo en la causal 2a., el impugnador sostiene que en el fallo acusado se incurrió "en graves equivocaciones en la interpretación de los hechos del proceso, al darles a unos un valor probatorio que no tienen, negarles a otros el que sí tienen" y pretermitir "muchos de ellos, lo que llevó a deducir una responsabilidad que no cabía en el presente caso", tesis que fundamenta, comenzando por afirmar que a pesar de los varios testimonios recibidos, lo cierto es que no se encuentran siquiera dos que se puedan tener como "acordes sobre la manera como ocurrieron los hechos" y, de otra parte, que tampoco "existe una prueba directa de imputabilidad que ofrezca el menor motivo de credibilidad", en razón de

que los asertos del señor Julio César Salgado, en cuanto hablan de dos disparos, producidos por el procesado Téllez, a más de no haber obtenido "la menor confirmación dentro del sumario", están contradichos "por la diligencia de autopsia en la cual aparece que Londoño recibió sólamente un impacto de arma de fuego", y también por las testificaciones de los señores Alcibíades Sánchez y Jesús Enrique Rincón, quienes dicen que los disparos los hizo el acusado "dentro de su cantina", al paso que Salgado asevera que "en la calle".

A continuación de este planteamiento, el demandante entra a sostener que las manifestaciones de Londoño, respecto a que el autor del disparo que lo hirió había sido Téllez, y de que informan los testigos señores Leonel Londoño, Elías Franco y Marco Abel Bermudez, carecen de significado probatorio, en atención a que aquel las hizo cuando ya se hallaba agonizante, circunstancia que, conforme a "los tratadistas de Pruebas Judiciales", elimina en absoluto su credibilidad, particularmente si, de otro lado, se observa que "el moribundo estaba en avanzado estado de embriaguez".

El recurrente, en la fundamentación de la susodicha causal 2a., luego de que afirma, por último, que en el momento en que fue herido el señor Londoño, no sólo Téllez estaba armado, puesto que "hay constancia de que también la Policía hizo disparos", concluye así este "CAPITULO PRIMERO" de la impugnación que, en apretada síntesis, se viene reseñando:

"A consecuencia de esos graves errores el H. Tribunal dió por establecida la responsabilidad penal de Urbano Téllez y como de conformidad con la Ley esas graves equivocaciones en la interpretación de los hechos del proceso son motivo de casación de fallo, muy respetuosamente me permito solicitar de la H. Corte Suprema la invalidación de la sentencia recurrida para que en su lugar se dicte el fallo respectivo que no puede ser otro que el de la absolución de Urbano Téllez, porque de autos no se encuentra demostrada la responsabilidad penal".

Con invocación de la causal 1a., el recurrente, luego de que afirma que, "por falta de aplicación", se violaron los artículos 12 y 384 del C. Penal, y "por aplicación indebida", los artículos 14, 28 y 362 de la misma obra, formula al fallo acusado los siguientes cargos:

a). En la segunda instancia del proceso, el defensor del acusado planteó la tesis de que el homicidio era "culposo", parecer en el que "no estaba equivocado", en orden a que si se acepta que el disparo lo hizo Téllez, preciso es reconocer que ello "se debió a un hecho imprevisto", generado en la reacción de Londoño para cogerlo y "forcejear con él y tratar de desarmarlo, lo que motivó el que se disparara el arma", todo lo cual significa que era aplicable el citado artículo 12 del C. Penal;

b). El homicidio, de haberlo consumado Téllez, según se desprende de las pruebas del proceso, habría sido en riña imprevista, y entonces era aplicable, a su turno, el artículo 384 de la predicha obra; y,

c). En el fallo impugnado se acepta que el procesado Téllez consumó el homicidio en Londoño "por error en el golpe" y, de otra parte, que "obró en estado de ira e intenso dolor causado por graves e injustas ofensas de que fuera objeto", y entonces "la lógica interpretación de los artículos 14, 28 y 362 del C. Penal, en consonancia con el artículo 36 del mismo", llevaba a la necesidad de imponerle la pena mínima, lo que no se hizo, "sin razón alguna y contraviniendo expresas disposiciones -las que he mencionado-".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El rechazo de la valoración que se haya hecho, dentro de la sentencia impugnada, respecto de los elementos de juicio que comporte el proceso, sólo es admisible cuando en ella se haya incurrido en error protuberante, ya que de otro modo el recurso de casación perdería su carácter de extraordinario para convertirse en una tercera instancia que acabaría, en el juego de una simple contraposición de criterios, con la libertad de apreciación de la prueba que corresponde a los tribunales.

En el caso de autos, contra lo que se pretende en la demanda, la sentencia acusada, particularmente en lo que se refiere a la apreciación de la prueba que señala al procesado Téllez como autor de la muerte del señor Londoño, no ofrece error alguno y mucho menos que se pueda calificar, siquiera en términos generales, de grave u ostensible.

En efecto, como con acierto se comenta en el fallo impugnado, el señor Julio César Salgado, quien no participaba en la ingestión de bebida que tuvo su escenario en la tienda donde se desarrollaron los hechos sino que se encontraba frente a la misma en los precisos momentos en que fue herido el señor Londoño, en su declaración de los folios 95 y ss. del primer cuaderno, afirma, sin ninguna ambigüedad ni reticencia, que el autor de la lesión mortal que recibió aquél fue el procesado Téllez, afirmación a la que, ciertamente, no se puede hacer el repa ro, con el ánimo de desvirtuarla, de que a tiempo que el testigo habla de dos disparos, la autopsia comprobó en el cuerpo del occiso los estragos propios de uno sólo en fuerza de que, como es obvio y fácilmente comprensible, el procesado en cuestión podía disparar por dos veces y sòlo hacer blanco en su víctima con uno de esos dos disparos.

Por su parte la señora María Lucía Falla de Chindicue, quien tampoco participaba en las libaciones sino que se hallaba en su establecimiento, ubicado frente a aquel en que se protagonizaron los hechos, coincidiendo con el anterior testigo, en su declaración de los folios 84 y ss., da cuenta de que la persona que hirió, con arma de fuego, al señor Londoño fue el procesado Tèllez, sujeto al que vió disparar, a su turno, por dos veces, como lo asegura el predicho Salgado. De esta testigo, no se ocupa la demanda, ni siquiera a través de una simple alusión.

El señor Jesùs Enrique Rincón, Inspector de Policía de Belén, y como los dos testigos anteriores, también ajeno a la reunión de la citada tienda, en su declaración de los folios 3 v. y s., manifiesta haber visto al procesado Tèllez, revólver en mano y en ánimo de disparar contra el señor Alcibíades Sánchez, prácticamente en los propios momentos en que resultó herido el señor Londoño, no sin especificar que por haber desviado su atención hacía la necesidad de hacer intervenir la policía, lo que quiso lograr rápidamente, no pudo observar los disparos mismos, aunque los oyó, en número de dos, en esos instantes.

El señor Rincón no formula imputaciòn directa contra el procesado Téllez, pero refiere, en cambio, como puede apreciarse, precisos datos para deducir, sin ningún esfuerzo, que no pudo ser sino ese sujeto el autor del disparo que segó la vida del señor Londoño.

El Sánchez a que alude el testigo anterior fue el sujeto que provocó la tragedia al injuriar, sin causa ni motivo, al procesado Téllez, circunstancia que de

suyo explica la reticencia con que relata los sucesos en su indagatoria de los folios 11 v. y ss., donde se limitó a consignar vagamente algunos datos respecto de lo ocurrido con el acusado para luego, sin mayor precisión, aseverar que éste extrajo un arma -revòlver o pistola- del cajón del mostrador y en seguida quiso actuar con ella sin que se hubiera enterado de lo que en concreto hiciese, aunque pudo oír dos o tres disparos en esos momentos. No obstante esta forma de la declaración, el señor Sánchez, como fácilmente se aprecia, también indica, de modo indirecto, que fue Téllez el autor del disparo que tronchó la vida del señor Londoño.

En la demanda se pretende que las aserciones de los señores Rincón y Sánchez, cuyo contenido se acaba de indicar, sometièndolas al debido comentario, obran en contradicción con las del señor Julio Cèsar Salgado, fijadas atrás, particularmente con relación al lugar exacto en que se hallaba el procesado Téllez en el momento de hacer los disparos. Esa contradicciòn, en realidad, no existe, sino que apenas es un supuesto, diríase que arbitrario, del recurrente, según pasa a demostrarse.

El testigo señor Rincón, como quedó reseñado en párrafos anteriores, al observar que el procesado Téllez, armado de revólver, pretendía disparar contra el señor Alcibìades Sánchez, rápidamente actuò para que interviniese la policía y a esos fines dejó el frente de la tienda y cuando avanzaba por la calle oyó dos disparos, los cuales en manera alguna ubica como hechos dentro del establecimiento o fuera del mismo, y así resulta imposible sostener que sus asertos estén en contradicción con el dicho del testigo Salgado respecto al hecho concreto de que Téllez hizo los disparos "en la calle".

El testigo Sánchez, quien comò se anotó, fue el sujeto que provocó los sucesos en que perdió la vida el señor Londoño, tampoco vió disparar al procesado Téllez, en orden a que tan pronto apreciò que se armaba, tomó hacia la calle, no sin antes haber recibido del señor Fabio Bermúdez, en la propia tienda, según lo dice, un botellazo sobre la cabeza, botellazo al que siguió otro que le proporcionó, en el pecho y brazo izquierdo, ya cuando se hallaba en la calle, alguien a quien no identifica, todo lo cual hace inadmisible, a su vez, que Sánchez, en huída ante el arma amenazante del procesado Téllez y, además, rudamente golpeado, se hubiera dado cuenta, exacta y precisa, del lugar donde sonaron los disparos que afirma haber escuchado, y entonces se tiene que su aserción respecto a que los oyó dentro de la cantina es absolutamente caprichosa y, por ende, incapaz para contradecir el dicho de Salgado, acorde con el de la señora María Lucía Falla de Chindicue, quien asegura, del mismo modo que aquél, por percepción directa, que se hicieron "én la calle".

A los anteriores testimonios, de tan sólida fuerza para determinar que fue el acusado Téllez el autor del homicidio que dió lugar a su condenación, se suman en el mismo objetivo, las manifestaciones del señor Londoño, formuladas, no cuando ya se encontraba agonizante, como lo pretende el recurrente, sino casi a continuación de recibir el disparo, mucho antes de ser operado en el Hospital de San Antonio, de La Plata, a donde se le trasladó para auxilio médico, ni tampoco en ese estado de beodez a que se refiere la demanda y del que no aparece prueba alguna, al menos para situarlo en el grado extremo en que se sugiere.

Como argumento de fondo para tratar de desvirtuar los alcances de este conjunto de pruebas, la demanda observa, sin ningún análisis, que "hay constan-

cia de que también la policía hizo disparos", cuestión que, desde luego, se encuentra clara y concretamente definida en el proceso y que se ordenó investigar por separado, en el carácter de materia de la asonada o tumulto que siguió a los hechos en que perdió la vida Londoño.

De manera que en la valoración de la prueba que ofrece el proceso para tener al señor Téllez como autor del delito a que se contraen los autos, de acuerdo con lo que se anticipó al comenzar a examinarla, no se incurrió en error alguno y, mucho menos, que pueda calificarse de grave, situación que impide, por lo tanto, que pueda prosperar la causal 2a. de casación.

Con apoyo en la causal 1a., el recurrente, luego de que afirma que el homicidio, de poderse atribuir al procesado Téllez, revistiría el carácter de "culposo", en fuerza de que se "debió a un hecho imprevisto", y, de otra parte, que, conforme a las pruebas del proceso, se habría consumado en riña imprevista, sostiene que en el fallo acusado se violaron, por falta de aplicación, los artículos 12 y 384 del C. Penal, y, por indebida aplicación, el 14 de la misma obra.

Estos planteamientos, como es obvio, son ajenos a la órbita de la causal 1a. de casación, donde sólo cabe tratar de la violación directa de la ley penal sustantiva, y no de la indirecta, vale decir, de aquella que requiere, como requisito para ser establecida, el examen previo de los hechos, labor que sólo es posible ejecutar al amparo y dentro de la esfera de la causal 2a. En esta suerte, la Sala no entra a ocuparse de las expresadas cuestiones, aunque observa, de paso, que en los autos nada aparece que siquiera insinúe la modalidad culposa del homicidio a que se contraen, o que su autor lo hubiera consumado en riña, fenómeno que se configura, en el simple carácter de hecho, mediante cambio de golpes entre sus protagonistas, y del que nadie da cuenta. Esos autos, en cambio, son prolijos en la demostración de que el procesado Téllez causó la muerte del señor Londoño a virtud de que éste se interpuso en el instante mismo en que procedía a disparar contra el señor Alcibíades Sánchez, impulsado por las ofensas de que lo hizo objeto, lo que quiere decir que mató dentro de las condiciones previstas en el artículo 14 del C. Penal.

El recurrente, con apoyo también en la causal 1ª., señala que además de los textos indicados, se violaron, "por aplicación indebida", los artículos 28 y 362 del citado Código, tesis que desarrolla en forma más o menos contradictoria para luego concluir en que "la lógica interpretación" de las predichas normas, "en consonancia con el artículo 36" de aquel estatuto, lleva a la necesidad de imponer al procesado la pena mínima, lo que no se hizo "sin razón alguna y contraviniendo expresas disposiciones".

En el fallo acusado, como se reconoce en la propia demanda, se aceptó que el procesado Téllez había causado la muerte del señor Londoño en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, modalidad que, evidentemente, aparece demostrada en los autos, y entonces se dió aplicación al artículo 28 de la obra a que se viene aludiendo, en concordancia con el 362 de la misma, lo que apenas era lógico, ya que en esos dos preceptos legales es donde está previsto el homicidio atenuado de que se trata.

Otra cosa fue que al determinar la pena, no se tuvo en cuenta que respecto del procesado Téllez sólo podía aplicarse la mínima que resulta de aquellos pre-

ceptos, es decir, la de treinta y dos (32) meses de presidio, precisamente en atención a que en el fallo de primera instancia, con el patrocinio implícito del de segunda, que es el impugnado, se advirtió que no concurrían circunstancias de mayor peligrosidad, lo que, desde luego, es cierto. En estas condiciones la sentencia, como lo solicita el señor Procurador, debe ser casada, a fin de aplicar al procesado la pena que legalmente le corresponde.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia recurrida y, en su lugar, CONDENA al procesado URBANO TELLEZ, como responsable del delito de homicidio en el señor José Rodolfo Londoño, a la pena de DOS (2) AÑOS Y OCHO (8) MESES DE PRESIDIO, dejando vigentes las demás determinaciones que contiene dicho fallo, disminuídas, en cuanto implican tiempo, en la misma proporción en que se rebaja la pena principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Simón Montero Torres Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta. - Primitivo Vergara Crespo. - Pio quinto León L., Secretario.

REVISION. INVOCACION DEL ORD. 5o. DEL ART. 571 DEL C. de P. P. PROCESO POR PECULADO. LOS PRESUPUESTOS FORMALES DEL RECURSO DE REVISION SON NECESARIAMENTE DISTINTOS A LOS DEL DE CASACION.

Observa la Sala que si bien el recurso extraordinario de revisión no es oficioso, por su naturaleza y por la preponderante finalidad que persigue, sus presupuestos formales son necesariamente distintos a los del recurso de casación. Esto para entender, como es obvio, que cuando dentro del período probatorio a que la revisión da lugar con invocación del ord. 5o. del art. 571 del C. de P. P. se acredita la inocencia del reo, se demuestra la no ilicitud del hecho o la irresponsabilidad de su autor, de una parte, o cuando las pruebas "no conocidas a tiempo de los debates" fundadamente "constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad", la Corte goza del suficiente arbitrio y de la necesaria autonomía para ordenar la revisión, como que lo primordial es que se corrija un error judicial cierto o racionalmente presumible.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, enero veintidós de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

El doctor Carlos Alberto Olano -abogado titulado e inscrito- en ejercicio del poder especial que le fue conferido por el señor **Ulpiano López**, propuso ante esta Corporación en escrito de 7 de noviembre de 1.961, "el recurso de revisión contra la sentencia de fecha 25 de febrero de 1.957 proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por la cual se confirmó el fallo emanado del Juzgado 2o. Superior del mismo Distrito Judicial, que impuso a mi poderdante Ulpiano López la pena de cuatro años seis meses de presidio por el delito de peculado consistente en un faltante por algo más de nueve mil pesos deducido en su contra por la Contraloría de Boyacá cuando el incriminado desempeñaba el cargo de Recaudador de Rentas Departamentales en el municipio de Puebloviejo, en los años 1.948 y 1.949".

Por ajustarse la demanda de revisión a los presupuestos del artículo 572 del C. de P. P., la Corte dio al recurso el trámite que le es propio, y, agotado como está, procede a decidir de fondo.

ANTECEDENTES

1o. A 26 de septiembre de 1.949 un Auditor Seccional de la Contraloría del Departamento de Boyacá practicó visita a la Recaudación de Rentas del mu-

nicipio de Puebloviejo, oficina a cargo del señor Ulpiano López desde el día 28 de agosto de 1.947. Según el acta levantada al efecto (fls. 1 a 9 del cuad. 1º.), "Para efectos de determinar un movimiento exacto de la Oficina de la Recaudación a cargo del Sr. Ulpiano López y deducir, en primera instancia, su situación para con el fisco departamental, el Auditor Seccional toma como base el saldo que arroja el estudio hecho por la Auditoría Tundama-Sugamuxi y superrevisado por la Sección de Rentas de la Contraloría en último de febrero del presente año en cuanto a caudales, licores, envases y especies. En consecuencia procede con intervención del Recaudador a verificar el estudio y contabilización del primero de marzo último en adelante teniendo en cuenta el movimiento hallado en los libros que lleva la oficina y comprobantes de ingresos y egresos".

2º. Ese movimiento, de acuerdo con el documento de la referencia, comprende una verificación de las existencias el último día de febrero de 1.949, y las relaciones de los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre del mismo año. El examen hecho permitió al funcionario visitador elevar al Recaudador un alcance provisional por la suma de $9.110.72, "que el responsable (dice el acta) debe consignar a la mayor brevedad posible en la Tesorería Gral. del Departamento dando inmediato aviso a la Contraloría Gral. del Departamento para fines legales consiguientes".

3o. El 3 de octubre de 1.949 el Auditor formuló ante los Juzgados Superiores del Distrito de Santa Rosa de Viterbo la denuncia criminal, y el 10 de los mismos fue abierta la investigación. En el curso de ella, inexplicablemente, no se oyó en indagatoria al sindicado, no obstante que se sabía estaba vinculado a otro cargo oficial. Entre las diligencias allegadas al proceso, de algún interès, sólo cabe destacar el informe de la Contraloría General de Boyacá -División de Fenecimiento- fechado el 12 de marzo de 1.951, referente al examen y estudio de las cuentas del señor Ulpiano López durante el lapso comprendido del mes de septiembre de 1.947 al mes de septiembre, inclusive, de 1.949.

Dice ese informe, por lo que toca al año de 1.948:

"b). Cuentas de Enero a junio de 1.948:

"Igualmente aparecen fenecidas por medio de auto número 00914 de fecha 8 de febrero de 1.951, en donde por aceptación de descargos está descargada la suma de $ 388.05 y elevada a alcance la de $ 616.67 que está vigente.

"c). El estudio y examen dio por resultado que fueron decretadas a cargo del responsable señor López las siguientes Glosas y observaciones iniciales:

"Deudores varios..... $234. 34..... Glosas de forma..... $2.986.90".

Para mejor fijar el origen, naturaleza y cuantía del alcance y mejor precisar, también, la época en que tuvo cumplimiento, importa copiar del informe de la Contraloría lo que sigue:

"..De lo anterior se obtiene claramente que el señor Ulpiano López, Ex-Recaudador de Rentas Departamentales de Puebloviejo, durante el lapso comprendido de septiembre de 1.947 a septiembre del año de 1.949, carga sobre si con el peso de 'Responsabilidades y Alcances' por la cantidad de CATORCE MIL DOSCIENTOS CUATRO PESOS' ($ 14.204.00) MONEDA LEGAL, prescindiendo por completo de las 'Glosas de Forma' sujetas ellas a posteriores rectificaciones, así:

"a). Alcance deducido en cuentas de Septiembre a Diciembre de 1.947..... $ 2.048.65

"b). Alcance deducido en cuentas de Enero a Junio de 1.948.. $ 616.67

"c). Deudores varios deducidos en cuentas de Julio a Diciembre de 1.948..... $ 243.44

"d). Deudores varios deducidos en cuentas de Enero a Septiembre de 1.949..... $ 11.538.68

"SON CATORCE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS..... $ 14.447.44

".....Las Responsabilidades y Alcances de que trata el punto inmediato anterior están vigentes, esto es, no han sido cancelados...." (fls. 35 a 37. C. 1o.).

4o. Con los elementos de juicio logrados, una vez cerrada la investigación y oído el concepto del Ministerio Público, de acuerdo con éste, el Juzgado 2o. Superior de Santa Rosa de Viterbo dictó auto de proceder el 12 de abril de 1.961 contra Ulpiano López, "por el delito de peculado consistente en haber hecho uso indebido de una suma mayor a nueve mil pesos en el lapso comprendido de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete a septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, en su calidad de recaudador de rentas departamentales del citado municipio de Puebloviejo, y que por razón de sus funciones estaba encargado de recaudar y entregar".

5o. La anterior resolución fue confirmada por el Tribunal Superior competente el 18 de abril del año de 1.952, y con base en el cargo propuesto, el procesado compareció ante Jurado el 26 de Julio de 1.955, debidamente asistido por su defensor de oficio.

El veredicto afirmó la responsabilidad del acusado (fl. 70. C. 2o.) y determinó la sentencia condenatoria, objeto ahora del recurso extraordinario de revisión.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El señor apoderado al solicitar la revisión en el caso de autos estima, de acuerdo con las pruebas que acompañó a la demanda, que se está en el evento previsto por el ordinal 5o. del artículo 571 del C. de P. P., "en razón de existir pruebas serias y abundantes en favor de la inocencia o irresponsabilidad del recurrente Ulpiano López, frente al delito de peculado por el que fué condenado, pruebas que no fueron conocidas en los debates que precedieron a la sentencia condenatoria".

Destaca la Corte los siguientes acápites de la demanda de revisión

"PRUEBAS NO CONOCIDAS EN LOS DEBATES.

"Antes de que el proceso subiera al Tribunal Superior en consulta de la sentencia condenatoria, el señor Ulpiano López, informado de la providencia y de que el doctor Jacinto Rodríguez Suárez había sido nombrado su defensor de oficio, le entregó, en la casa de habitacion de este abogado, en Bogotá, un acopio de medios de prueba que hacían variar fundamentalmente el problema de la

responsabilidad que las autoridades judiciales de Santa Rosa le habían deducido, pero el mencionado profesional bien por descuido o por hallarse desde entonces quebrantado por la enfermedad que poco tiempo después lo llevó a la muerte, no hizo valer ante los falladores tales probanzas, de suerte que éstos no pudieron conocerlas para desentrañar su mérito, el que seguramente habría hecho variar a favor del procesado las conclusiones jurídicas de la sentencia.

"Las pruebas no conocidas en los debates demuestran en forma concluyente que el señor Ulpiano López no dispuso en provecho propio o de otra persona de todo o parte de los valores que constituyeron el monto del alcance, siendo la realidad, por el contrario, la siguiente:

"Desempeñaba mi poderdante Ulpiano López el cargo de Recaudador de Rentas Departamentales en Pueblo viejo (Boyacá) en el año de 1.948, cuando se desató la máxima tragedia colombiana: el asesinato del ilustre caudillo del pueblo doctor Jorge Eliécer Gaitán, y como consecuencia de este crimen inaudito el desencadenamiento del aquel tremendo huracán de odio, pillaje, incendios, muertes, violencia en toda forma que tendía a destruir la Capital del país lo mismo que otras ciudades, así como el derrocamiento del Gobierno legítimamente constituido.

"Bogotá estaba prácticamente desguarnecida de fuerza pública. Parte de la Policía Nacional se había revelado (sic) contra los mandatos del Gobierno y se había pasado a engrosar los cuadros del vendaval revolucionario. El Presidente de la República, ante tan grave emergencia, pidió a los Gobernadores que hicieran esfuerzos por develar la revuelta en sus respectivas secciones y que si les era posible enviaran ayuda a Bogotá para develar el vandálico y persistente motín.

"El Gobernador de Boyacá era quien podía enviar en forma más rápida auxilios de todo orden a la Capital del País, por la cercanía de ese Departamento a la ciudad de Bogotá, y efectivamente el Mandatario Seccional movilizó gran cantidad de hombres con algunos elementos, hacia la Capital, para contribuir con las fuerzas militares al restablecimiento del orden y la paz.

"Una de las poblaciones que despachó mayor número de reservistas fuè Pueblo viejo. La movilización de cerca de mil hombres hacia Tunja, primero, y después a Bogotà se pudo llevar a efecto porque el Gobernador de entonces doctor José María Villarreal llamó telefónicamente al Alcalde de ese municipio, señor Efraín López, y le ordenó el despacho de la gente alistada en forma voluntaria. El Alcalde le inquirió al Mandatario que con que fondos hacían los ingentes gastos que demandaba la movilización y el ilustre Mandatario Seccional le dió la orden de que dispusieran del dinero y especies necesarios tomados de la Recaudación de Rentas de esa población. El Gobierno Departamental le hizo saber al Recaudador Ulpiano López, también telefónicamente, el contenido de la orden enviada al Alcalde, y dichos funcionarios procedieron de conformidad.

"Era natural que en tan apremiantes circunstancias la orden fuera dada telefónicamente por el Gobernador, pues en la vertiginosa sucesión de hechos que ponían en inminente peligro la estabilidad del Gobierno, mal podía éste apelar al procedimiento ordinario con el lleno de todas las formalidades legales de carácter fiscal y administrativo, toda vez que la razón suprema de la conducta oficial en esas horas aciagas no podía ser otra distinta que la defensa, a toda costa, de las instituciones amenazadas de manera tan criminal como implacable.

"El Alcalde y Recaudador de Pueblo Viejo cumplieron la orden del Gobernador y de los fondos y especies de la Recaudación tomaron sobre todo licores en abundancia para atender a cerca de ochocientos hombres que partían hacia Tunja y Bogotá, además de los que se quedaron en las afueras de tal municipio en misión de patrullaje por los rumores insistentes de que se proyectaba atacar a esa población por su indeclinable propósito de ayudar por todos los medios a la defensa del Gobierno.

"Las pruebas que no se conocieron en los debates del proceso contra el recurrente, señor López, comprueban lo fundamental del relato anterior, pruebas que serán mencionadas más adelante.

"ASPECTO JURIDICO.

"Siendo evidente que el Gobernador ordenó al Alcalde y a su Agente de Rentas de Puebloviejo que invirtieran lo que fuese menester, de los bienes de la Recaudación, para atender a los gastos de la movilización mientras se legalizaban las cuentas respectivas, y habiéndose efectuado la inmediata movilización de voluntarios, tenía el Recaudador la obligación de cumplir esa orden no sòlo porque ella emanaba del Mandatario Seccional que conforme al art. 181 de la Carta es el Jefe de la Administración departamental, sino por la circunstancia apremiante de la conmoción interior que imponía obrar con celeridad, sin demasiada sujeción a las normas de carácter ordinario, ya que el Estado se hallaba ante el peligro del derrocamiento del Gobierno constitucionalmente legítimo si no actuaba con la rapidez que tan difíciles circunstancias imponían.

"Ulpiano López al cumplir la orden del Gobernador obró bajo una de las causales de justificación del hecho contemplada en el numeral 1o. del art. 25 del C. P., o sea por orden obligatoria de autoridad competente. Se trata en este caso de la relación de subordinación jerárquica por la cual la orden del superior justifica al inferior que la hubiere cumplido".

PRUEBAS APORTADAS

Como lo reseña la demanda de revisión a fls. 61 y 62 (cuaderno 3o.), al interponer el recurso el señor apoderado acompañó los siguientes documentos:

"a). El poder que me confirió el sentenciado Ulpiano López, el cual solicito que se decrete de conformidad;

"b). Copia auténtica de los fallos de primera y segunda instancia proferidos por el Juzgado 2o. Superior y Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, por los cuales se condenó a mi mandante a la pena de cuatro años y medio de presidio;

"c). Certificaciones del Alcalde y Juez de Puebloviejo, así como del Secretario de Gobierno de Boyacá, de que en abril de 1.948 desempeñaba la Alcaldía de ese municipio el señor Efraín López;

"Constancia del doctor Josè María Villarreal, fechada el 19 de agosto de 1.957, según la cual sí es verdad que el 9 de abril de 1.948, siendo este eminente ciudadano Gobernador de Boyacá, le ordenó telefónicamente al Alcalde de Puebloviejo que tomara de la Recaudación los elementos y el dinero necesarios para los auxilios de marcha a los voluntarios que vinieron a Tunja y Bogotá con el fin de colaborar en la defensa del Gobierno;

"e). Cartas cruzadas entre Ulpiano López y el doctor Villarreal cuando éste ocupaba el cargo de Embajador de Colombia en Inglaterra;

"f). Certificado del Jefe de Personal de la Dirección General de Prisiones en el que consta que López desempeñó cargos en el almacén de provisiones de una de las dependencias del Ministerio de Justicia, desde mayo de 1.953, y por espacio de varios años;

"g). Declaraciones extrajuicio de los señores TITO PEREZ, NESTOR LAVERDE, JULIO LAVERDE, MARIO FERNANDEZ, AGAPITO PEREZ, MANUEL NARANJO, LAURENTINO MUNEVAR, SANTOS VARGAS, CARLOS CARDOZO, ABELARDO VARGAS, AGUSTIN MONTAÑA y JUAN B. PINEDA sobre que por orden del Gobierno se movilizaron varios centenares de gentes de Pueblo viejo para reforzar las fuerzas del Ejército en defensa de la estabilidad del Gobierno legítimo que regía los destinos nacionales el 9 de abril de 1.948, y que les consta que se consumieron elementos pertenecientes a la Recaudación de Rentas Departamenteles de aquel municipio para atender a la movilización de dicha fuerza de voluntarios;

"h). Quince (15) vales extendidos por la Alcaldía de Pueblo viejo, por valor $ 9.431.39, valor de licores pedidos a la Recaudación de tal lugar, en cumplimiento de la orden telefónica del Gobernador, dada el 9 de abril de 1.948;

"i). Partida de defunción del abogado de oficio del condenado señor Ulpiano López; carta de la viuda de dicho abogado ordenàndole a Cecilia de Lee que buscara entre los muchos documentos y papeles que dejó su difunto esposo doctor Jacinto Rodríguez Suárez los referentes a las pruebas en favor de López; y las declaraciones extrajuicio del señor Roberto Lee y su esposa Cecilia de Lee en las que refieren que efectivamente buscaron esas pruebas y las hallaron en un baúl que dejó el fallecido penalista, entregàndoselas al interesado señor Ulpiano López el 26 de septiembre del año en curso".

Con este recaudo probatorio provisional el señor apoderado estima demostrado:

"1o. Que el 9 de abril de 1.948, Efraín López era el Alcalde de Pueblo viejo y Ulpiano López Recaudador de Rentas en dicho municipio;

"2o. Que en la tràgica emergencia del 9 de abril, el Gobernador de Boyacà ordenó al Alcalde de Pueblo viejo y al Recaudador que tomaran de la Recaudación de tal lugar los elementos necesarios para atender los gastos y demás menesteres de la movilización de voluntarios para la defensa del Gobierno en grave peligro de sucumbir ante el desenfreno revolucionario de bastos núcleos de población, principalmente en Bogotá;

"3o. Que efectivamente se llevó a cabo la movilización de varios centenares de personas de Pueblo viejo, sin recibir fondos especiales del Gobierno Nacional o Departamental, sino que los gastos y atenciones del personal que se movilizó a Bogotá se hicieron tomando fondos y elementos de la Recaudación de tal lugar;

"4o. Que López, mi poderdante, le entregó a su abogado de oficio doctor Jacinto Rodríguez Suàrez, los medios de prueba tendientes a que fueran allegados al proceso en defensa de sus derechos, por allá en el año de 1.956, pero tal abogado, bien por descuido o por sus quebrantos de salud, no los dió a conocer durante el juicio;

"5o. Que sólo en septiembre de este año tales documentos probatorios aparecieron entre papales que el finado penalista había dejado en un baúl hallado en su casa de campo en Paipa, y por tal circunstancia los jueces que fallaron el proceso no pudieron conocer las pruebas anotadas antes;

"6o. Que tales pruebas hacen variar favorablemente el concepto de la responsabilidad en relación con Ulpiano López, eximiéndolo de ella, o en el peor de los casos constituyendo indicios graves de inocencia o irresponsabilidad conforme se analizó anteriormente;

"7º. Que es aplicable en el presente caso el ordinal 5º. del art. 571 del C. de P. P. para sustentar el recurso impetrado, en razón de existir pruebas serias y abundantes en favor de la inocencia o irresponsabilidad del recurrente Ulpiano López, frente al delito de peculado por el que fue condenado, pruebas que no fueron conocidas en los debates...".

Teniendo en cuenta la documentación agregada a la demanda y por reunir ésta los requisitos legales, la Corte por providencia de 15 de noviembre del año de 1.961, dispuso, de acuerdo con el artículo 573 del C. de P. P. abrir a pruebas el proceso por el término de 30 días, y ordenó posteriormente (auto de 23 de enero de 1.962) practicar todas las que solicitó el señor apoderado en el memorial que obra de fls. 68 a 70 del cuaderno 3o.

Sin necesidad de un examen prolijo de esta etapa, la Corte afirma que todos los hechos enunciados en la demanda quedaron plenamente establecidos. El que tengan poder para dar lugar a la revisión del juicio, frente al caso previsto en el ordinal 5o. del artículo 571 del C. de P. P. es cuestión que la Sala examinará al hacer las consideraciones de rigor.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en un extenso y meritorio concepto, dentro del cual se ocupa a espacio de los hechos incriminados y de las pruebas tendientes a desvirtuar la antijuridicidad de la conducta del reo, concluye en "que el motivo de revisión que se aduce en la demanda no prospera porque él se refiere a una causal de justificación que las pruebas aportadas por la parte actora no acreditan, sino que por el contrario descartan".

El distinguido colaborador entiende que no se está frente a la causal de justificación de que da cuenta el ordinal 1º. del artículo 25 del C. P. porque, admitida la orden superior para disponer de caudales y efectos oficiales, por causa o con ocasión de la emergencia de orden público ocurrida el 9 de abril de 1.948, su obligatoriedad era ninguna, y el funcionario recaudador estaba en el deber de comprobar la legitimidad y legalidad del mandato. Para la Procuraduría Delegada se está "en presencia de un hecho ejecutado como consecuencia de haber incurrido el condenado en un error esencial de hecho no proveniente de negligencia, que como tal, no corresponde a una causal de justificación sino a una causa de inculpabilidad. Aquí la impunidad de López Saavedra, dentro del supuesto, admitido en gracia de discusión, de haber recibido una orden y no una autorización, deriva, no de la justificación de su conducta sino del error de hecho en que incurrió".

Atribuye, por este aspecto, un error de técnica a la demanda, subrayando "que la revisión es un recurso extraordinario, que como tal no admite el procedimiento de oficio y que ella prospera solo en el caso de que el motivo aducido tenga verdadero respaldo probatorio".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª. En primer término y a manera de réplica a algunos de los planteamientos del señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal, observa la Sala que si bien el recurso extraordinario de revisiòn no es oficioso, por su naturaleza y por la preponderante finalidad que persigue, sus presupuestos formales son necesariamente distintos a los del recurso de casación. Esto para entender, como es obvio, que cuando dentro del período probatorio a que la revisión da lugar con invocación del ordinal 5º. del artículo 571 del C. de P. P. se acredita la inocencia del reo, se demuestra la no ilicitud del hecho o la irresponsabilidad de su autor, de una parte, o cuando las pruebas "no conocidas a tiempo de los debates" fundadamente "constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad", la Corte goza del suficiente arbitrio y de la necesaria autonomìa para ordenar la revisión, como que lo primordial es que se corrija un error judicial cierto o racionalmente presumible.

2a. En el proceso a estudio la revisión no prospera por razones diferentes a las consignadas por el Ministerio Público, relacionadas todas con la prueba de cargo que sirvió a las instancias para la condenación y con la que ahora se ha traído para justificar -positiva o negativamente- la conducta del reo.

Como se detalló en la primera parte de este proveído, para deducir el alcance al señor Ulpiano López en la visita practicada a 26 de septiembre de 1.949 (fls. 1 a 9 del cuaderno 1o.), "el Auditor Seccional toma como base el saldo que arroja el estudio hecho por la Auditoría Tundama-Sugamuxi y super-revisado por la Sección de Rentas de la Contraloría en último de febrero del presente año", es decir, también el de 1.949. Lógicamente, entonces, el faltante por la suma de $9.110. 72, para nada y por concepto alguno, tiene que ver con lo que haya podido ocurrir en el año de 1.948.

Además, en el informe de la Contraloría General de Boyacá -División de Fenecimiento- de 12 de marzo de 1.951, al que igualmente se hizo alusión, aparece que el faltante en la Recaudaciòn de enero a junio de 1.948 apenas alcanzó a $ 616.67, y por las cuentas de julio a diciembre del mismo año, el alcance fue por una suma menor. En cambio, de enero a septiembre de 1.949, el informe registra en contra del Recaudador la suma de $ 11.538.68.

3a. Ante esta situación concreta y nítida de los autos, sin haber mediado una explicación satisfactoria del responsable en el juicio, al cual se sustrajo no obstante saber que cursaba ante las autoridades competentes, los hechos que se dicen relacionados con el 9 de abril de 1.948 no tienen incidencia en el proceso, pues si hubo apropiación o uso indebido de caudales o efectos oficiales ese proceder se extiende a una època posterior, y no valdría, en consecuencia, alegar que dispuso de los bienes de la administración por orden o autorización superior y ante una compleja y difícil emergencia nacional.

4a. Si el señor Ulpiano López, con conocimiento de causa y por motivos no muy claros de su parte, y gravemente sospechosos de las autoridades que tuvieron a su

cargo el proceso, no se hizo presente para un eficaz ejercicio de su derecho de defensa, las fallas que hayan podido ocurrir o los factores determinantes de su condenación judicial, no son subsanables ni factibles de modificación a través del recurso extraordinario interpuesto. Porque para atacar la cosa juzgada en materia criminal la ley ha previsto supuestos evidentes de error y exigido, perentoriamente, bases ciertas que justifiquen la revisión.

5a. Lo que aquí se ha establecido por el recurrente no lo libera de la responsabilidad penal deducida en el juicio, pues en manera alguna se ha hecho la demostración de que el delito de peculado consistió en el suministro de los efectos de que tratan los comprobantes que aparecen de fls. 1 a 15 del cuaderno 3o., todos los cuales se refieren al mes de abril de 1.948.

6a. No hay lugar, según lo considerado, a la revisión impetrada.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA la revisión en el juicio a que se ha hecho mérito, y ORDENA devolver el proceso al Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, para los fines legales.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta judicial.

Humberto Barrera Domínguez. - Simón Montero Torres. - Julio Roncallo Acosta. - Samuel Barrientos R. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto Leòn L., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

HOMICIDIO Y ROBO AGRAVADOS

Naturaleza jurídica de la providencia que declara el veredicto contrario a la evidencia de los hechos. Obligación del demandante de demostrar que existe antinomia entre el veredito y la sentencia, cuando plantea la segunda hipótesis de la causal tercera de casación. Normas de la coparticipación criminal. Cuándo es pertinente invocar la causal sèptima.

1. Ha dicho la Corte que cuando se plantea en casación la segunda hipótesis de la causal tercera, el demandante debe demostrar que existe una antinomia entre la voluntad declarada del jurado y la situación jurídica que la sentencia acusada reconoce. Ciertamente, en el caso de autos el autor no ha demostrado que el sentenciador de segunda instancia haya colocado a los recurrentes dentro de una situación jurídica opuesta o substancialmente diversa de aquella que se deriva de la respuesta del jurado. Por el contrario el Tribunal interpretó lógica y racionalmente el veredicto, fundándose, como se recordará, en la siguiente doctrina de la Corte, no desvirtuada por el impugnador, y que la Sala ahora ratifica: "El art. 19 del C. P. establece igualdad de sanciones para el autor del ilìcito y para el cómplice necesario, de suerte que si en determinado caso se denomina cómplice necesario al que es verdadero coautor, esa inadecuada calificación no acarrea efectos prácticos, puesto que la pena imponible al responsable será la misma, llámesele cómplice necesario o coautor. (Sentencia de 15 de noviembre de 1.944, LVIII, pàg. 340).

Sabido es que el Código Penal señala en sus arts. 19 y 20 las normas de la coparticipación criminal, dividiendo ésta en dos categorías generales: principal o necesaria y accesoria o secundaria. En la primera queda comprendido no sólo el que tome parte material o intelectual en la ejecución del hecho, sino también el que preste el autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales el delito no habría podido cometerse. Consecuente con este criterio, el citado Estatuto estableció idéntico tratamiento, desde el punto de vista de las sanciones, para el coautor y para el cómplice necesario. Por tanto, se repite, carece de importancia práctica que el juri califique inadecuadamente de cómplices necesarios a los verdaderos coautores, o viceversa.

2. Aun cuando en rigor gramatical cabe distinguir entre coautor y cómplice necesario, el Código estableció igualdad de sanciones para uno y otro, razón por la cual carece de trascendencia pràctica la inadecuada calificación del juri al respecto. Por lo demás, como bien puede observarse, el argumento con el cual se pretende sustentar la causal séptima es el mismo que se propuso al amparo de la causal tercera. Y conviene advertir, como lo ha hecho la Corte en otras oportunidades, que la causal séptima de casación sólo es pertinente en aquellos casos

en que la contradicción se refiere al veredicto en sí mismo considerado, mas no frente a los términos de la cuestión propuesta al jurado. Un veredicto es contradictorio cuando está integrado por dos o más proposiciones que se excluyen entre sí. En otros términos, cuando viola el principio de contradicción. En el caso de autos no se ha infringido ese principio, porque ante la igualdad de penas que la ley establece para las dos formas de coparticipación criminal ya aludidas, no puede afirmarse que la respuesta del tribunal popular, entrañe afirmación y negación que se opongan una a otra y recíprocamente se destruyan.

3. Con un criterio de amplitud se ha estudiado el fondo de los cargos propuestos, por estimarse que en el presente caso tiene mejor y más adecuada aplicación la siguiente doctrina de esta Sala: "cuando se invoca por lo menos una causal de casación, aunque no se la funde, no es el caso de declarar desierto el recurso, sino de desecharlo, porque entonces se trata del caso preciso del art. 569 del C. de P. P., en vez del caso del art. 565") Sentencias de 7 de julio de 1.951, LXX, 102, y 27 de mayo de 1.952, LXXII, 281).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados ALONSO RODRIGUEZ URIBE y MANUEL JOSE TOVAR PENAGOS contra la sentencia de veintiocho de julio de mil novecientos sesenta y uno, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, confirmando la proferida por el Juzgado Quinto Superior del mismo Distrito, los condenó a la pena principal de dieciocho (18) años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsables de los delitos de homicidio y robo agravados, perpetrados en la persona y bienes de Genaro Esquivel Matta.

ANTECEDENTES

Los hechos que originaron el proceso ocurrieron en la tarde del 29 de julio de mil novecientos cincuenta y siete, en la finca rural denominada "El Jordán", jurisdicción del municipio de Alpujarra, Departamento del Tolima. Iniciada la investigación al día siguiente por el Alcalde Civil y Militar del nombrado municipio, dicho funcionario, después de practicar numerosas diligencias, ordenó la detención preventiva de Alonso Rodríguez Uribe, Manuel José Tovar Penagos y Celso Nel Hernández, fundándose en la confesión de los dos primeros y en los testimonios de Rafael González Hernández y Leoncia Castañeda Vda. de Pacheco. (fls. 83 a 86, C. 1o.).

Reconstruidos los hechos conforme a diligencia del 30 de agosto de 1.957, el negocio fué enviado al repartimiento de los Jueces Superiores de Ibagué, habiéndole correspondido su conocimiento al señor Juez Tercero, quien, luego de perfeccionar la investigación, la declaró clausurada mediante proveído del 30 de enero de 1.958. (f. 148 id.).

El mérito del sumario fué calificado en auto visible de folios 152 a 159 del cuaderno principal, cuya parte resolutiva, en lo pertinente, se halla concebida en los términos que a continuación se transcriben:

"1o.) ABRESE CAUSA CRIMINAL DE OFICIO y por los trámites en que interviene el Jurado Popular contra ALONSO RODRIGUEZ URIBE,.... .....contra MANUEL JOSE TOVAR PENAGOS,..... y contra CELSO NEL HERNANDEZ,..... por el delito de Homicidio agravado, cometido en la persona de Jenaro Esquivel Matta, que define y castiga el Cap. I, Título XV, Libro 2o. del C. Penal, llevado a cabo del modo, en el lugar, fecha y hora indicados en la parte motiva de esta providencia, y en las circunstancias dichas, en su calidad de COAUTORES.

"2o.) ABRESE CAUSA CRIMINAL DE OFICIO y por los trámites en que interviene el Jurado Popular contra los expresados ALONSO RODRIGUEZ URIBE, MANUEL JOSE TOVAR PENAGOS Y CELSO NEL HERNANDEZ, de las condiciones civiles conocidas en autos, por el delito de Robo agravado, cometido en los dineros de propiedad de Jenaro Esquivel Matta, que define y castiga el Cap. II Título XVI, Libro 2o. del C. Penal, en concordancia con el decreto No. 2184 de 1.951, y la ley 4ª. de 1.943, llevado a cabo del modo, en el lugar, fecha y hora indicados en esta providencia y en las circunstancias dichas".

Apelado el auto de proceder por el defensor de Celso Nel Hernández, fue confirmado por el Superior "en la parte objeto de la alzada". (fls. 167 a 172, id.).

Practicadas las pruebas decretadas dentro del juicio y tramitada a causa, se celebró la audiencia pública, de cuyo desarrollo dá cuenta el acta respectiva. (fls. 221 a 226, id.).

A la consideración del Jurado se propusieron las siguientes cuestiones, comunes para todos los procesados:

"El acusado..... .....es responsable de haber ocasionado la muerte a Jenaro Esquivel Matta, en compañía de otras personas por medio de tres heridas causadas con arma cortante y pesada (machete), dos de ellas sobre la cabeza y la nuca de la víctima, ambas de carácter mortal, hecho ejecutado por el acusado con intención de matar, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, para consumar otro delito, con insidia, asechanza y alevosía, poniendo a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, lo que tuvo su ocurrencia en las horas de la tarde del dia veintinueve de julio de mil novecientos cincuenta y siete en terrenos de la finca denominada "El Jordán" de la jurisdicción Municipal de Alpujarra de este Distrito Judicial?".

"El acusado.... .....es responsable de haberse apoderado en compañía de otras personas, por medio de violencia a las personas y las cosas de la cantidad de dos mil o dos mil quinientos pesos que mantenía Jenaro Esquivel Matta dentro de sus prendas de vestir en los momentos de su muerte, hecho ejecutado por el acusado, y otros, en despoblado, en terrenos de la finca denominada "El Jordán" de la jurisdicción del Municipio de Alpujarra de este Distrito Judicial, el día veitinueve de julio de mil novecientos cincuenta y siete?".

Las respuestas del Jurado fueron "SI - SIN PREMEDITACION Y COMO COMPLICE NECESARIO", en relación con el homicidio, y simplemente "SI", en cuanto al delito de robo.

En desarrollo de ese veredicto, el Juzgado Quinto Superior del nombrado Distrito, a cuyo conocimiento había pasado el proceso, resolvió condenar a los acusados, en sentencia del 28 de agosto de 1.959, a la pena principal de diez y ocho años de presidio, y a las accesorias correspondientes, "en su calidad de cómplices necesarios en los delitos de homicidio y robo" agravados. El Tribunal, en providencia del diez de noviembre de mil novecientos sesenta, después de analizar a fondo las pruebas del proceso, declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto del Juri en cuanto respecta a Celso Nel Hernández, y dispuso que por el Juzgado del conocimiento se convocara un nuevo Jurado para que definiera su situación jurídica. "Mientras tanto -agregó el ad quem- se aplaza el fallo respectivo". (fls. 269 a 286). Como fundamento de tal decisión, el Tribunal expuso, entre otras, las siguientes consideraciones:

"Los artículos 19 y 20 de nuestro Estatuto Penal distinguen entre coautores, cómplices necesarios y cooperadores no necesarios, o lo que es lo mismo, distinguen entre la participación principal en el hecho delictuoso y la complicidad necesaria, entendiéndose así que no son la misma cosa.

"Ocurre que los señores del Jurado al absolver los cuestionarios que les fueron sometidos por el Juzgado del Conocimiento, los respondieron para los tres procesados, así: "SIN PREMEDITACION Y COMO COMPLICE NECESARIO". De manera que en realidad no señalaron a ninguno de ellos como el autor principal, de donde podría pensarse que el veredicto es contrario a la realidad de los hechos. Pero la interpretación que el Juzgado ha dado a este veredicto para fundar en él la correspondiente sentencia, tiene como cimientos una racional interpretación de la H. Corte Suprema, teniendo en consideración que las personas que integran los Jurados no tienen por qué conocer la terminología jurídica ni acomodarse a los fenómenos de este orden. La Corte ha dicho: 'El art. 19 del C. P. establece igualdad de sanciones para el autor del delito y para el cómplice necesario, de suerte que si en determinado caso se denomina cómplice necesario al que es verdadero coautor, esa inadecuada calificación no acarrea efectos prácticos, puesto que la pena imponible al responsable será la misma, llámesele cómplice necesario o coautor...'.

"De manera que en relación con los procesados RODRIGUEZ URIBE y TOVAR PENAGOS nada tiene la Sala que decir.

"En cuanto a CELSO NEL HERNANDEZ la declaratoria de contraevidencia del veredicto, no solamente debe abarcar lo relativo al delito de "homicidio" sino extenderse al delito de "robo".

En cumplimiento de lo ordenado por el superior, el 25 de febrero de 1.961 se celebró la segunda audiencia pública en relación con Hernández. Sometidas a la consideración de los jueces de conciencia las cuestiones pertinentes, éstos, por unanimidad, respondieron: "No es responsable".

Se produjo entonces la sentencia de primer grado, de 25 de febrero de 1.961, ya citada al principio del presente fallo, absolutoria de Celso Nel Hernández y condenatoria de Rodríguez Uribe y Tovar Penagos, sentencia aquella que, como también se expresó, fué confirmada por el Tribunal en todas sus partes.

DEMANDAS DE CASACION

Los procesados Alonso Rodríguez Uribe y Manuel José Tovar designaron apoderado especial para que sustentara ante la Corte el recurso extraordinario

de casación por ellos interpuesto. En ejercicio de ese poder, el representante de los justiciables presentò los escritos visibles de folios 11 a 21 del cuaderno tercero, el primero a nombre de Rodríguez Uribe y el segundo en representación de Tovar, observándose que el relacionado con el último apenas se limita a expresar, en substancia' "que para el caso de Manuel José Tovar se considere como demanda de casación la misma formulada a nombre de Alonso Rodríguez Uribe, la cual para los efectos legales, debe considerarse incorporada a este respetuoso pedimento".

Se acusa la sentencia recurrida con fundamento en las causales que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal contempla en sus numerales 4o., 3o. y 7o.

El motivo de impugnación que se aduce con apoyo en la primera de las causales citadas consiste, según el actor, en lo siguiente:

"En el resumen de los hechos hice ver que el H. Tribunal al estudiar el primer fallo del Juzgado, se limitó a declarar contrario a la evidencia de los hechos el veredicto del Jurado en relaciòn con el procesado Celso Nel Hernández.

"Siempre he considerado que habiéndose proferido un fallo en primera instancia con base en la decisión del Tribunal popular, es decir, habièndose aceptado por el Juzgado a quo el veredicto, lo lógico, legal y natural, cuando el H Tribunal considera que es contraevidente, es que se revoque esa sentencia de primer grado y se haga la declaración respetiva para que el funcionario de primera instancia pueda después entrar a proferir la sentencia correspondiente.

"Pero declarar contrario a la evidencia un veredicto y ordenar la convocatoria de nuevo Jurado, dejando la sentencia de primera instancia sin revocar, coloca al Juzgado en la imposibilidad de proferir nuevo fallo, porque no puede dictar dos veces sentencia en primera instancia, no se puede llegar a la segunda sentencia sin haberse anulado la primera, sin estar invalidada. El funcionario no tiene competencia para ese acto jurisdiccional.

"Si lo dicta sin competencia ejecuta un acto jurídico nulo de nulidad absoluta, porque a él falta un requisito esencial que es el de la capacidad del funcionario que lo produce. Y cuando el Superior confirma esa providencia está profiriendo un acto jurisdiccional sin valor porque no se puede confirmar lo que no existe.

"En este proceso se incurrió en esa grave irregularidad procedimental lo que hace nulo lo actuado desde el momento procesal mismo en que el sentenciador de segunda instancia declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto del Jurado, sin revocar la sentencia de primera instancia, lo que hizo que el Juzgado dictara nueva sentencia sin tener capacidad para ello.

"Como la sentencia del Tribunal, recurrida en casaciòn, es posterior a ese momento procesal, debe ser invalidada porque fué proferida dentro de un proceso viciado de nulidad. El proceso debe ser reconstruído desde ese momento, en forma legal, y por consiguiente la H. Corte habrá de declararlo nulo parcialmente, en la forma anteriormente expresada".

SE OBSERVA:

Claramente se advierte que la providencia proferida por el Tribunal Superior de Ibaguè con fecha 10 de Noviembre de 1.960, tuvo la finalidad esencial

de aplazar la decisión del proceso con respecto a todos los acusados, mientras el nuevo Jurado resolviera acerca de la responsabilidad de Celso Nel Hernández, asegurando así la unidad de la sentencia, como resultado lógico de la investigación. Así lo entendió el Juzgado del conocimiento cuando en el fallo del 25 de febrero de 1.961 examinó nuevamente la situación jurídica de todos y cada uno de los procesados. Se operó, pues, una virtual revocatoria del fallo del 28 de agosto de 1.959, la que se produjo mediante una providencia -la ya citada del 10 de noviembre-, cuyo significado y alcance puede apreciarse en la siguiente doctrina de la Corte:

"La cuestión relativa al carácter formal del auto que declara el veredicto contrario a los hechos probados, y la relativa al sistema de su notificación, no afectan los presupuestos esenciales de dicha providencia ni menos del proceso: se trata de un típico auto interlocutorio que si dictado en segundo grado sustituye una sentencia, sea que expresamente la revoque, sea que sólo ordene la convocatoria de un nuevo jurado para que juzgue al procesado sin contravenir la verdad del proceso; su notificación, conforme a la ley, se hace mediante el sistema de estado, y sin que la de edicto, en vez de estado, configure nulidad alguna constitucional ni legal, ya que tales sistemas, en el proceso penal, son subsidiarios del personal". (Sentencia de casación 24 de junio de 1.949, t. LXVI, pág. 280).

Por lo demás, los fallos de primer grado de 25 de agosto de 1.959 y 25 de febrero de 1.961 contienen decisiones sustancialmente idénticas respecto de los procesados Alonso Rodriguez Uribe y Josè Manuel Tovar Penagos. Carece de fundamento, por lo visto, el cargo estudiado, y, en consecuencia, no prospera.

Contra el fallo recurrido invoca el demandante el segundo de los motivos de impugnación que el artículo 567 del C. de P. P. prevé en su numeral 3o.: estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado.

El pensamiento cardinal del actor sobre el particular aparece consignado en los siguientes pasos de la demanda presentada a nombre de Rodriguez Uribe:

"Si el Tribunal popular dijo en el presente caso que los procesados eran simplemente còmplices, a pesar de haber sido llamados a juicio como coautores, ha debido tener en cuenta esa calificaciòn y dictar su fallo en consonancia con ella. Pero considerar que porque el còmplice necesario tiene la misma sanción penal que el autor y por esto da la misma cosa que el Jurado haya considerado a los procesados como responsables en su calidad de cómplices necesarios que si los hubiera considerado autores,. es completamente absurdo.

"Al proferir el veredicto en la forma que lo hizo el Tribunal popular practicamente absolvió a los procesados porque si fueron llamados a juicio como coautores de dos delitos y el jurado respecto de uno de ellos los considera simplemente cómplices, sin decir cuál de ellos es el autor, está dando un fallo sin sentido sobre el cual no puede basarse una decisiòn condenatoria. Los miembros del jurado no afirmaron que los procesados fueran responsables como autores y entonces el juzgado no tenía derecho, como tàmpoco el H. Tribunal a considerarlos como tales y a aplicarles la sanción correspondiente".

SE CONSIDERA:

Ha dicho la Corte que cuando se plantea en casación la segunda hipótesis de la causal tercera, el demandante debe demostrar que existe una antinomia entre la voluntad declarada del Jurado y la situación jurídica que la sentencia acusada reconoce. Ciertamente, en el caso de autos el actor no ha demostrado que el sentenciador de segunda instancia haya colocado a los recurrentes dentro de una situación jurídica opuesta o substancialmente diversa de aquella que se deriva de la respuesta del Jurado. Por el contrario el Tribunal interpretó lógica y racionalmente el veredicto, fundándose, como se recordará, en la siguiente doctrina de la Corte, no desvirtuada por el impugnador, y que la Sala ahora ratifica: "El artículo 19 del C. P. establece igualdad de sanciones para el autor del delito y para el cómplice necesario, de suerte que si en determinado caso se denomina cómplice necesario al que es verdadero coautor, esa inadecuada calificación no acarrea efectos prácticos, puesto que la pena imponible al responsable será la misma, llámesele cómplice necesario o coautor". (Sentencia de 15 de noviembre de 1.944, LVIII, pag. 340).

Sabido es que el Código Penal señala en sus artículos 19 y 20 las normas de la coparticipación criminal, dividiendo ésta en dos categorías generales: principal o necesaria y accesoria o secundaria. En la primera queda comprendido no sólo el que tome parte material o intelectual en la ejecución del hecho, sino también el que preste el autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales el delito no habría podido cometerse. Consecuentes con este criterio, el citado Estatuto estableció idéntico tratamiento, desde el punto de vista de las sanciones, para el coautor y para el cómplice necesario. Por tanto, se repite, carece de importancia práctica que el Juri califique inadecuadamente de cómplices necesarios a los verdaderos coautores, o viceversa. El cargo, por lo dicho, resulta ineficaz

Afirma por último el impugnador que el veredicto es contradictorio. El siguiente aparte de la demanda recoge la opinión del acusador al respecto:

"Se llama a responder en juicio como coautores a tres sindicados. Con base en ese llamamiento a juicio se redactan los cuestionarios al jurado. Este responde que no son autores sino cómplices, pero no nos dice cual es el autor. Entonces cabe preguntar: puede haber cómplices de un delito en que no aparece el autor? Si el proceso arroja una realidad y el jurado afirma una distinta coloca al juzgador en imposibilidad de proferir sentencia en determinado sentido. El jurado al afirmar una responsabilidad como cómplices respecto de los tres procesados, es porque supone que ninguno de ellos es autor del hecho criminoso. La responsabilidad que afirma en la primera parte está contradicha con la modificación que agrega".

SE RESPONDE:

Ya se ha expresado que aún cuando en rigor gramatical cabe distinguir entre coautor y cómplice necesario, el Código estableció igualdad de sanciones para uno y otro, razón por la cual carece de trascendencia práctica la inadecuada calificación del Juri al respecto. Por lo demás, como bien puede observarse, el argumento con el cual se pretende sustentar la causal séptima es el mismo que se propuso al amparo de la causal tercera. Y conviene advertir, como lo

ha hecho la Corte en otras oportunidades, que la causal 7a. de casación sólo es pertinente en aquellos casos en que la contradicción se refiere al veredicto en sí mismo considerado, mas no frente a los términos de la cuestión propuesta al Jurado. Un veredicto es contradictorio cuando está integrado por dos o más proposiciones que se excluyen entre sí. En otros términos, cuando viola el principio de contradicción. En el caso de autos no se ha infringido ese principio, porque ante la igualdad de penas que la ley establece para las dos formas de coparticipación criminal ya aludidas, no puede afirmarse que la respuesta del Tribunal popular entrañe afirmación y negación que se oponga una a otra y recíprocamente se destruyan. En consecuencia, tampoco prospera el cargo.

Con oportunidad del traslado previsto por el artículo 564 del C. de P. P., el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita a la Corte que declare desierto el recurso, con apoyo el el artículo 565 ibidem, por cuanto, en su concepto, en ninguno de los dos escritos de impugnación a que la Sala se ha referido "se cumplen en su totalidad los requisitos que la técnica de casación exige, al tenor del art. 531 del C. J., aplicable en este caso según el art. 7o. del C. de P. P.". Y agrega:

"No cree este Despacho, y en ello sigue insistiendo, que los escritos elevados a la H. Corporación deban constituirse en simples y escuetos memoriales de queja cuando se trata de atacar la sentencia de un Tribunal y por ese medio de unificar la jurisprudencia nacional. Es necesario buscar y obtener de los señores recurrentes el cumplimiento exacto que la técnica jurídica exige en el planteamiento de recursos extraordinarios tan serios como es el de casación.

"Se comparte el criterio de la H. Corte de que la Corporación no puede ni debe llenar los vacíos o deficiencias de la demanda.

"Si se ataca la tesis del fallo debe indicarse, jurídicamente, otra precisa y determinada. La simple enunciación de cualesquiera de las causales, como ocurre en el caso cuestionado, no es bastante si no se entra a demostrar, en forma clara y precisa, los fundamentos de ellas y las disposiciones que se consideren violadas".

No obstante lo anterior, con un criterio de amplitud se ha estudiado el fondo de los cargos propuestos, por estimarse que en el presente caso tiene mejor y más adecuada aplicación la siguiente doctrina de esta Sala: "cuando se invoca por lo menos una causal de casación, aunque no se la funda, no es el caso de declarar desierto el recurso, sino de desecharlo, porque entonces se trata del caso preciso del art. 569 del C. de P. P., en vez del caso del art. 565". (Sentencia de 7 de julio de 1.951, LXX, 102, y 27 de mayo de 1.952, LXXII, 281).

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- oído el concepto del Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación de que se ha hecho mérito en la parte motiva y ORDENA devolver el expediente al Tribunal Superior de Ibagué.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Samuel Barrientos Restrepo. Simón Montero Torres. - Julio Roncallo Acosta. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

IMPROCEDENCIA LEGAL DEL RECURSO DE CASACION

Cuándo una sentencia de segunda instancia puede ser recurrida en casación. Sanción imponible para el delito de "abandono del puesto" en los códigos -anterior y vigente- de Justicia Penal Militar. Límites dentro de los cuales debe concederse el recurso de casación.

1. Es cierto que el actual Código de Justicia Penal Militar, vigente cuando se dictó la sentencia recurrida en casación, establece en el art. 153, para el delito de abandono del puesto, una pena de uno a cinco años de arresto, la que se puede aumentar hasta el doble cuando el delito se consuma en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, de conformidad con lo dispuesto en el art. 154 del mismo código. Pero, como es obvio, para determinar en un caso dado si una sentencia de segunda instancia puede ser recurrida en casación, cuando debe tenerse en cuenta la pena imponible, esta pena es la que se establece en la ley que se aplicó en la sentencia recurrida, vigente al tiempo de la consumación del hecho delictuoso, y no la sanción establecida en la ley penal sustantiva vigente en el momento en que se dicta el fallo acusado o en el que se concede el recurso.

2. En el presente caso las disposiciones penales sustantivas que se aplicaron en la sentencia recurrida en casación, o sean los arts. 174 y 175 del anterior Código de Justicia Penal Militar fijaban como sanción del delito de "abandono del puesto" una pena privativa de la libertad cuyo máximo imponible solamente alcanzaba a cuatro años de arresto, es decir inferior a la exigida por el art. 597 del actual C. de J. P. M. para que pueda concederse el recurso de casación contra los fallos de segunda instancia proferidos por el Tribunal Superior Militar.

3. Los requisitos legales establecidos por la ley para que sea admisible el recurso de casación, no solamente fijan los límites dentro de los cuales debe concederse dicho recurso sino también, y como lógica consecuencia, la competencia de la Corte para revisar la sentencia recurrida.

Si el recurso se concede y aùn se declara admisible sin que se cumplan los requisitos legales para su procedencia, la Corte carece, por lo tanto, de competencia para revisar en casación una sentencia, contra la cual legalmente no es admisible dicho recurso, y en consecuencia, la actuación cumplida en estas condiciones queda viciada de nulidad, la cual debe declararse en cualquier momento en que ella sea advertida por la Corte, dando aplicación a lo dispuesto en el art. 200 del C. de P. P., así como a lo prescrito en el art. 442 del C. de J. P. M. para los procesos de competencia de la jurisdicción castrense.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, enero treinta de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El Tribunal Superior Militar, en fallo del seis de septiembre de 1.960, condenó al soldado PEDRO ANANIAS HORTUA PULIDO a la pena principal de ocho meses de arresto y a la accesoria de separación temporal de las Fuerzas Militares por igual tiempo, como responsable del delito de "abandono del puesto".

El Fiscal Segundo de dicho Tribunal oportunamente interpuso el recurso de casación contra la expresada sentencia, el que solamente le fue concedido por providencia del 30 de mayo de 1.962.

Enviado el negocio a la Corte, esta Sala, después de transcurrido el término de fijación en lista, declaró admisible el recurso, en providencia del 18 de julio del año pasado, en la que al mismo tiempo se dispuso correr traslado por el término legal al recurrente.

El Fiscal impugnador introdujo oportunamente la demanda de casación, la que fué coadyuvada por el Procurador Delegado de las Fuerzas Armadas, en escrito de 8 de octubre de 1.962.

Agotado el trámite correspondiente al recurso de casación, a la Sala le correspondería decidirlo, pero, como se demostrará, habiéndose concedido y admitido dicho recurso sin fundamento legal para ello, esta Corporación carece de competencia para revisar el fallo impugnado, debiéndose declarar, por lo tanto, la nulidad de la actuación respectiva.

IMPROCEDENCIA LEGAL DEL RECURSO

El Tribunal Superior Militar, en el fallo acusado, expresa en su parte considerativa lo siguiente:

"c). El delito de Abandono del Puesto del que se sindica a HORTUA PULIDO, tuvo lugar el día 5 de mayo de 1.958, o sea cuando se hallaba en vigencia el antiguo Código de J. P. M.

"Esa obra en el artículo 174 sancionaba el delito de abandono del Puesto con arresto de seis meses a dos años, penas que se podían aumentar hasta el doble cuando el hecho se cometía en tiempo de turbación del orden público, de acuerdo con el artículo 175 ibídem.

"El nuevo Código determina en su artículo 153, una pena de uno a cinco años de arresto las que se pueden aumentar hasta en la mitad cuando el delito se comete en tiempo de anormalidad institucional y en otra mitad cuando se comete frente al enemigo.

"De acuerdo con el principio de favorabilidad que consagra el artículo 26, de la Constitución Nacional, se ve que las disposiciones del antiguo estatuto castrense eran más benignas que las contenidas en el Código nuevo.

"Por esta razón la sanción a imponer al acusado es la de seis meses de arresto aumentada en dos meses más por haber cometido el delito cuando en todo el territorio nacional se hallaba turbado el orden público y en estado de sitio. Es decir, ocho meses de arresto".

Como se ve de lo transcrito, el Tribunal Militar en el fallo acusado y para fijar la pena que le impuso al acusado Hortúa Pulido, aplicó la ley penal sustantiva vigente cuando cometió el hecho por el cual se le juzgó, o sea los artículos 174 y 175 del anterior Código de Justicia Penal Militar (Decreto Número 1125 de 1.950).

Dichos artículos expresan lo siguiente:

"Artículo 174. Comete delito de abandono del puesto cualquiera que, perteneciendo al personal de soldados o marinería, mientras está de centinela o guardia se retire del sitio señalado para su servicio, se embriague, o se duerma, o falte a sus consignas, o se deje sorprender o relevar por quien no sea su comandante.

"El que ejecute cualquiera de los hechos previstos en este artículo incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años.

"Artículo 175. Las penas a que se refiere este capítulo, se aumentarán hasta el doble, si los delitos se cometieren en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior, o turbación del orden público".

El actual C. de J. P. M. (Decreto Número 0250 de 1.958), que entró a regir en la fecha de su expedición, o sea el 11 de junio de 1.958, en su artículo 597, dispone lo siguiente:

"Contra las sentencias de Segunda Instancia pronunciadas por el Tribunal Superior en causas por delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad que sea o exceda de cinco años, podrá interponerse el recurso de Casación dentro de los quince días siguientes al de su notificación o en el momento de ésta.

El recurso se interpondrá, tramitará y fallará por las causales y según las normas del Código de Procedimiento Penal".

De acuerdo con esta disposición y con las normas penales sustantivas transcritas, que se aplicaron en la sentencia recurrida, ésta no podía legalmente ser impugnable en casación, pues como se ve claramente, tales normas para el delito de abandono del cargo porque se juzgó y condenó en este proceso al soldado Hortúa Pulido, prevenían una pena máxima privativa de la libertad que no alcanzaba a los cinco años que exige el artículo 597 citado para que sea legalmente procedente al recurso extraordinario de casación, contra los fallos de segunda instancia que profiera el Tribunal Superior Militar.

Es cierto que el actual Código de Justicia Penal Militar, vigente cuando se dictó la sentencia recurrida en casación, establece en su artículo 153, para el delito de abandono del puesto, una pena de uno a cinco años de arresto, la que se puede aumentar hasta el doble cuando el delito se consuma en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 154 del mismo Código. Pero, como es obvio, para determinar en un caso dado si una sentencia de segunda instancia puede ser recurrida en casación, cuando debe tenerse en cuenta la pena imponible, esta pena es la que se establece en la ley que se aplicó en la sentencia recurrida,

vigente al tiempo de la consumación del hecho delictuoso, y no la sanción establecida en la ley penal sustantiva vigente en el momento en que se dicta el fallo acusado o en el que se concede el recurso.

En el presente caso las disposiciones penales sustantivas que se aplicaron en la sentencia recurrida en casación, o sea los artículos 174 y 175 del anterior código de Justicia Penal Militar, fijaban como sanción del delito de "abandono del puesto" una pena privativa de la libertad cuyo máximo imponible solamente alcanzaba a cuatro años de arresto, es decir inferior a la exigida por el artículo 597 del actual C. de J. P. M., para que pueda concederse el recurso de casación contra los fallos de segunda instancia proferidos por el Tribunal Superior Militar.

Los requisitos legales establecidos por la ley para que sea admisible el recurso de casación, no solamente fijan los límites dentro de los cuales debe concederse dicho recurso sino también, y como lógica consecuencia, la competencia de la Corte para revisar la sentencia recurrida.

Si el recurso se concede y aún se declara admisible sin que se cumplan los requisitos legales para su procedencia, la Corte carece, por lo tanto, de competencia para revisar en casación una sentencia contra la cual legalmente no es admisible dicho recurso, y en consecuencia, la actuación cumplida en estas condiciones queda viciada de nulidad, la cual debe declararse en cualquier momento en que élla sea advertida por la Corte, dando aplicación a lo dispuesto en el art. 200 del C. de P. P., así como a lo prescrito en el art. 442 del C. de J. P. M., para los procesos de competencia de la jurisdicción castrense.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal- DECLARA NULO todo lo actuado por élla dentro de este proceso, sin que haya lugar a reponer dicha actuación, por cuanto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia a que se ha hecho mérito, es legalmente inadmisible.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la Gaceta Judicial

Julio Roncallo Acosta. - Samuel Barrientos R. - Gustavo Rendón Gaviria. - Humberto Barrera Domínguez. - Simón Montero Torres.- Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

DELITOS DE DOBLE HOMICIDIO Y ROBO

Sentencia. Esta es una conclusión lógica de la demostración procesal. Causal 2a. Hechos indicadores de la actividad delictuosa. Prueba de la coartada. Hechos indiciarios. Causal 1a.

1. La sentencia es la consecuencia o resultante de una serie de premisas fundadas en los hechos, constantes en el proceso, y de la apreciación que de los mismos hace la autoridad que la pronuncia. Tratándose de cuestiones civiles, son las partes quienes deben aportar el acervo probatorio, del cual se deducirà una u otra conclusión. Y si de asuntos penales se habla, el poder social, de un lado, y los interesados, del otro, deben hacerse presentes en el proceso, con los elementos de juicio necesarios para dar tèrmino al debate que en ellos se suscita. Es por esto por lo que el art. 159 del C. de P. P. da normas concretas al fallador sobre la manera de proferir sentencia. Según éste, en el fallo se consignarán "los hechos que constituyeron premisas de las resoluciones de la sentencia, haciéndose expresa declaración de los que se estimaren probados". Luego, se darán las conclusiones, indicando los fundamentos jurídicos que se tuvieron en cuenta para proferirla.

Es, pues, en sentir del legislador, la sentencia una conclusión lógica de la demostración procesal. Esto lleva a decir a la Corte que cuando se invoca como causal de casación la contenida en el numeral 2o. del art. 567 del C. de P. P., se está afirmando que las pruebas llevadas a un proceso y analizadas en la sentencia no daban lugar a la conclusión definitiva que se obtuvo. O en otros términos: que determinada conclusión no corresponde a determinadas premisas.

2. La prueba de la coartada debe ser firme y definitiva. Y si se basa en declaraciones, éstas deben ser claras, expresas y concordantes entre sí. Claras y expresas para que no dejen la menor duda en el ánimo del fallador. Y concordantes entre sí, para que no se destruyan las unas a las otras. De esta suerte se tendría un concepto sobre el problema debatido, capaz de dejar sin base la prueba incriminatoria. La sentencia, en ese caso, como resultante de premisas probadas, vendrìa a modificar el criterio errado que se había formado el fallador de instancia.

3. Los indicios son -en sentir de algún autor- los eslabones de una cadena: solo unidos forman el todo. Separados a nada conducen. En su conjunto, crean una especie de muralla en torno al delincuente de la cual es difícil a éste escapar.

El criterio del fallador, se informa en la pluralidad de los indicios y en la concatenación que entre ellos exista. Es decir, el indicio se valora con el concepto de relación que tiene el uno con respecto al otro, en forma tal que de la suma de ellos pueda inferirse o deducirse la existencia o realización de un hecho determinado.

4. Reiteradamente, la Corte ha expuesto su pensamiento sobre la interpretación que deba darse al numeral 2o. del art. 567 del C. de P. P., al decir que para que el recurso de casaciòn prospere, es necesario que el Tribunal que haya dictado la sentencia, cuya casación se solicita, haya incurrido en error evidente, de gran claridad, en forma tal que al interpretar la prueba, se aparte de la lógica más elemental para aceptar contenidos que, en realidad, no tiene.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, febrero cuatro de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

El señor Juez Segundo Superior de Buga, en sentencia de 17 de febrero de 1.960, condenó a Luis Alberto y Luis Enrique Bernal López, por los delitos de doble homicidio y robo, a la pena principal de veinte (20) años de presidio. En la misma providencia, se absolvió a Félix Antonio López y se sobreseyò temporalmente en favor de Gonzalo Ramírez G.

Al resolver la apelación que se interpuso contra el fallo, el Tribunal Superior de Buga, lo confirmó el 7 de septiembre de 1.961, en cuanto a la condenación de Luis Alberto Bernal López, la absolución de Félix A. Lòpez y el sobreseimiento en favor de Gonzalo Ramírez. Revocó, en cambio, la condenaciòn de Luis Enrique Bernal López y sobreseyó temporalmente en su favor.

El señor apoderado del condenado Luis Alberto Bernal López interpuso el recurso de casación contra esta sentencia. Se han cumplido en esta Corte los trámites legales, y es el momento de decidir.

ANTECEDENTES:

Este proceso da cuenta de los siguientes hechos:

El 27 de junio de 1.959, el Inspector de Policía del Corregimiento de "La María", en el municipio de "El Aguila" (Valle), practicó el levantamiento de los cadáveres de Luis Tascón Zapata y Luis Angel Chica Rojas, hallados en el sitio denominado "Gibraltar".

Aquellos ciudadanos habían sido muertos, al parecer, el día anterior. La investigación se adelantó en forma oportuna, y el señor Juez Segundo Superior de Buga, a quien tocó la decisión, siguiendo el procedimiento del Decreto No. 0012 de 1.959, dictó sentencia el 17 de febrero de 1.960.

El expediente pasó luego al Tribunal Superior de Buga, en donde se profirió el fallo de segundo grado, contra el cual, como se dijo, se interpuso oportunamente el recurso de casación.

El funcionario instructor examinó el sitio en donde se encontraron los cadáveres de Tascón Zapata y de Chica Rojas. Encontrò lo siguiente: a unos treinta y seis (36) metros, se advertía una especie de "escondite o apostadero". Sobre la corteza del árbol allí existente se veía esta inscripción: "Viva el partido liberal godos abajo y ahora que lla dentramos ahora si godos a volar". (Texto

original). A un lado, dos vainillas de un proyectil de carabina 22 "U". No hubo testigos presenciales en el momento en que fueron muertos aquellos infortunados campesinos. Por lo cual la investigación marchó sobre algunos hechos indiciarios y sobre las indagatorias de los procesados.

En la sentencia acusada, así como en la pronunciada por el señor Juez de la primera instancia, se hace un pormenorizado examen de las pruebas aportadas al debate, las que incriminan especialmente a los hermanos Luis Alberto y Luis Enrique Bernal López.

LA DEMANDA:

Declarado admisible el recurso, se presentó, por medio del Dr. Simón Carrejo Bejarano, demanda de casación, en la que se solicita la infirmación del fallo acusado. De ella se corrió traslado al señor Agente del Ministerio Público, quien dió su concepto, en escrito que será analizado posteriormente

La demanda presentada por el Dr. Carrejo Bejarano reune, en su aspecto externo, los requisitos indispensables para ser considerada, ya que se ciñe a la técnica propia de la casación.

Comprende ella varias partes o capítulos, así:

1o. "Los hechos del proceso", en la que se relatan los que dieron lugar a la investigación que terminó con la sentencia condenatoria acusada.

2o. "El Desarrollo de la investigación y del proceso", en donde se indica cómo, después de adelantar diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos, el señor Juez Segundo Superior de Buga "fulminó sentencia condenatoria contra los hermanos Bernal", la que fue revisada luego en el Tribunal Superior de esa ciudad, después de "practicar algunas pruebas solicitadas por el defensor en la etapa de la segunda instancia, única oportunidad en que los sindicados tuvieron verdadera y adecuada defensa de sus intereses procesales. A pesar de todo, el Tribunal confirmó la sentencia condenatoria para Luis Alberto Bernal López", y profirió algunos sobreseimientos en favor de otros acusados.

Se dice, además, en esta parte, que se notó desde un principio "la tendencia de los funcionarios investigadores a no buscar otras pruebas" fuera de aquellas que comprometieran la responsabilidad de los hermanos Bernal López.

3o. "Primera causal que se alega". Se señala como causal de casación la del numeral 2o. del artículo 567 del C. de P. P.

Se fijan los fundamentos de esta causal y se indican las disposiciones penales que el recurrente considera violadas. Se hace de la misma suerte un análisis de las pruebas que se tuvieron en cuenta por el Tribunal para dictar su fallo, y se trata de demostrar cómo la apreciación de las mismas fue errónea, desde todo punto de vista.

4o. "Segunda causal que se alega", en donde se señala como tal la establecida en el numeral 1o. del artículo 567 del C. de P. P. . Esta se presenta como una consecuencia necesaria de la primera.

Termina la demanda con una solicitud de invalidación de la sentencia recurrida y pronunciamiento del fallo que ha de reemplazar a aquélla.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA:

En amplio estudio, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal examina los cargos presentados por el demandante contra el fallo, para concluir que, en verdad, la sentencia del Tribunal Superior de Buga, debe ser sostenida por la Corte.

Primer cargo.

Refiriéndose, en efecto, al primer cargo consistente en "existir contradicción manifiesta entre hechos tenidos como base para establecer el elemento relación de causalidad entre la pretendida acción física del sindicado y las muertes de las víctimas", anota cómo el fallador, para dar por establecida tal relación, se atuvo a los hechos indiciarios demostrados con diversas probanzas.

El indicio de presencia, rechazado rotundamente por la demanda, dice el señor Procurador, lo atribuye ésta como deducido por el Tribunal de las declaraciones de Alfredo Hoyos, Humberto Castaño, Juan Angel Cortès, Hernando Agudelo y Francisco E. Pérez. Y agrega: "De esos testimonios, dice el señor demandante que son disímiles, incompletos, faltos de exactitud, 'en una palabra, no aptos para demostrar racionalmente cualquier elemento'; y al enseñar tal cosa, establece comparación entre una y otra de tales atestaciones, relacionando esa comparación con la noción o indicio y con el valor de éste y sus efectos en materia de un enjuiciamiento criminal".

"O los hermanos Bernal López -son palabras de la demanda- estuvieron ambos ese día 26 de junio en el lugar y a la hora de los hechos criminosos, de lo cual se deduce que ellos fueron los autores del ilícito, o estuvo presente uno solo de ellos, que fue el causante de la injusta privación de dos vidas. Pero no pueden aceptarse las dos cosas a la vez".

Sobre el particular responde la Procuraduría:

"El señor demandante toma y contempla este primer elemento de juicio en forma aislada o independiente, desvinculándolo de los demás elementos o circunstancias que, considerados conjuntamente, sirvieron para determinar el convencimiento legal-moral del fallador.

"Ocurre también que las citaciones que hace de cada una de las declaraciones en cuestión, es fragmentaria y acomodada a los fines defensivos, demostrándose en exceso estricto porque llega al punto de censurar no solo la indeterminación o falta de precisión de fechas y horas, momentos o instantes en que ocurrieron los hechos juzgados, sino también el hecho de que ciertos testigos hubiesen retenido el número del revólver de una de las víctimas, es decir, la determinación y precisión de tal número, sin caer en la cuenta que ese detalle o demostración de memoria se explica porque los declarantes tuvieron en sus manos esa arma.

"Sobre el mismo particular, obsérvese que el llamado indicio de presencia, obró para la condena de Luis Alberto en ambas instancias, en conjunto con los demás elementos de cargo que fueron deducidos en su contra por el fallador. Y no sirvió para condenar a Luis Enrique en segunda instancia, sino para proferir en favor de éste un sobreseimiento temporal porque la prueba de cargo relativa a este otro acusado no se componía de más

"De otro lado sucede que el indicio proveniente del decomiso del revólver que era de propiedad de Luis Angel Chica Rojas y que fue hallado en la casa de habitación de los hermanos Bernal López (véase certificación del fl. 21 del cuaderno de pruebas de la parte civil), lo estima o lo analiza el actor de manera aislada también, y al respecto todo lo que hace es no aceptar la identificación que de tal arma hicieron quienes en sus manos la tuvieron y la examinaron con la curiosidad que una buena arma de fuego despierta en los conocedores de ellas y, además, si se creen con la posibilidad de adquirirla para su propia necesidad, o bien por no haberle sido decomisada personalmente a ninguno de los hermanos sindicados, o al menos, a su patrocinado Luis Alberto.

"La apreciación que en la sentencia se hace del decomiso del revólver, es lógica y acertada y merece, por tanto, la aprobación de la Procuraduría, siendo de observar que las consideraciones del señor demandante acerca del mismo hecho, aparte de los defectos ya anotados, adolece de errores tales como el de que la muerte de una de las víctimas se debió a heridas causadas con esa misma arma, lo cual no se afirma ni dice en ninguna parte del proceso y carece de respaldo en un examen o dictámen técnico-balístico-legal que sobre el particular se hubiera practicado.

"Con respecto a lo que en la demanda se llaman 'malos antecedentes", es preciso anotar que aquí no se trata estrictamente de tal cosa, por lo menos en la forma en que la ley trata de ellos, sino de lo que se entiende por 'común sentir de las gentes' o 'voz pública', que en lugares rurales y habitados por personas que todas se conocen, tiene un gran valor de convicción, tanto más si esa voz del pueblo la confirma el pastor de almas del lugar, como aparece al folio 19 del cuaderno de pruebas de la parte civil, o de las mismas autoridades civiles y militares, como se ven en las declaraciones de los folios 22 y 23 del propio cuaderno.

"El indicio resultante de la existencia de un apostadero, no se tuvo en cuenta para inferir la responsabilidad de los incriminados, como lo dice el señor demandante sino para establecer el grado de la misma responsabilidad y poder así dosificar la pena correspondiente".

Segundo cargo.

El segundo cargo presentado por el demandante está contenido en estas palabras: "No haber tomado en cuenta, a pesar de estar acreditados en el proceso, una serie de testimonios idóneos, y consiguientemente haber desestimado un hecho legalmente probado".

Los testimonios a que se refiere el recurrente son aquellos con los cuales se quiso demostrar una coartada, que dejaría sin piso la condenación proferida contra Luis Alberto Bernal López.

Este aspecto aparece estudiado también con propiedad por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en estos términos:

"La coartada intenta probarla apoyándose en los testimonios de Gonzalo Toro Valencia, Rafael Ospina, Rafael Toro Valencia, Miguel Angel Madrigales y Martín Emilio Velásquez.

"Pero no convence en absoluto la crítica que con respecto al punto en cuestión, en la demanda se le formula a la sentencia, pues ocurre que de los

declarantes citados, solo uno, esto es Rafael Ospina, es quien después de haber dicho 'principios de julio', afirmó rotundamente que para el 26 del mismo mes el procesado se hallaba en su casa de habitación. En cambio, los otros testigos al tratar del mismo particular, hablan de comienzos de julio o fines de junio.

"Vistas las cosas desde otro aspecto, cabe agregar que no es preciso trascribir aquí las razones aducidas por los falladores de una y otra instancia, con relación a la coartada alegada. Bastará decir que ellos tienen un pleno respaldo en la lógica y en los autos".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La sentencia es la consecuencia o resultante de una serie de premisas fundadas en los hechos, constantes en el proceso, y de la apreciación que de los mismos hace la autoridad que la pronuncia. Tratándose de cuestiones civiles, son las partes quienes deben aportar el acervo probatorio, del cual se deducirá una u otra conclusión. Y si de asuntos penales se habla, el poder social, de un lado, y los interesados, del otro, deben hacerse presentes en el proceso, con los elementos de juicio necesarios para dar término al debate que en ellos se suscita. Es por esto por lo que el artículo 159 del C. de P. P. da normas concretas al fallador sobre la manera de proferir sentencia. Según éste, en el fallo se consignarán "los hechos que constituyeren premisas de las resoluciones de la sentencia, haciéndose expresa declaración de los que se estimaren probados". Luego, se darán las conclusiones, indicando los fundamentos jurídicos que se tuvieron en cuenta para proferirlas.

Es, pues, en sentir del legislador, la sentencia una conclusión lógica de la demostración procesal.

Esto lleva a decir a la Corte que, cuando se invoca como causal de casación la contenida en el numeral 2o. del artículo 567 del C. de P. P., se está afirmando que las pruebas llevadas a un proceso y analizadas en la sentencia no daban lugar a la conclusión definitiva que se obtuvo. O en otros términos: que determinada conclusión no corresponde a determinadas premisas.

Es necesario para desatar el caso a estudio, y conocido este concepto, examinar una a una las causales invocadas, para decir, si en realidad tienen ellas asidero legal o si, por el contrario, deben ser desechadas.

Causal segunda. El recurente invoca, como primera causal de casación, la del numeral 2o. del art. 567 del C. de P. P., la que presenta en esta forma:

"Primer cargo. Existir contradicción manifiesta entre hechos tenidos como base para establecer el elemento relación de causalidad entre la pretendida acción física del sindicado y las muertes de las víctimas".

Porque "o los hermanos Bernal López estuvieron ese día 26 de junio en el lugar y a la hora de los hechos criminosos, de lo cual se deduce que ellos fueron los autores del ilícito, o estuvo presente uno solo de ellos, que fue el causante de la injusta privación de dos vidas. Pero no pueden aceptarse las dos cosas a la vez".

SE CONSIDERA:

Debe la Corte hacer un análisis exhaustivo de las pruebas examinadas en la providencia recurrida, para definir si el Tribunal estuvo acertado o no en aquèlla.

El Tribunal Superior de Buga, en la sentencia acusada, tuvo como base de incriminación de Luis Albertó Bernal López, suficiente para dictar contra èl una sentencia condenatoria, al tenor del artículo 203 del C. de P. P., varios hechos indicadores de la actividad delictuosa de aquél:

a). La presencia del sindicado en el lugar de los hechos, al tiempo de suceder ellos;

b). La posesión por parte del condenado de armas que coinciden, en su naturaleza, con las que sirvieron para dar muerte a Tascón y Chica;

c). La capacidad delictiva del sindicado; y

d). La posesiòn, por parte del sindicado, de una arma que pertenecía a Chica, uno de los occisos.

Los indicios de que se trata están demostrados:

a). Son varias las declaraciones de personas que vieron a Luis Alberto Bernal López, en sitio cercano a aquel en donde fueron encontrados los cadáveres de Tascón Zapata y de Chica Rojas, el día en que ocurrió la muerte de èstos.

Alfredo Hoyos (fl. 18 cuad. 2o.), vió el 26 de junio de 1.959, "por hay a las seis o seis y media de la tarde, cuando estaba yo arreglando una carbonera en la finca de 'Carrizales', cuando la hora antes mencionada ví que pasaba por el camino que de las Brisas conduce a la María por todo el filo de 'Carrizales' el sujeto de nombre Luis Alberto Bernal, con dirección a la María, viajaba y portaba una carabina, un revólver y un cinturón lleno de proyectiles".

Hernando Agudelo (fl. 36 cuad. 2o.), afirma que el día en que mataron a Tascón y Chica, vió a los hermanos Enrique y Alberto Bernal "cerca al lugar en donde se sucedieron los hechos" y "llevaban carabina, escopeta y revólver" y "hacia como dos meses venían a ocultarse allí y hasta por cierto tenían un rancho de hojas de yarumo en donde se escondían...".

Francisco Eduardo Pérez (fl. 37 cuad. 2o.), dice que el día en que fueron muertos Tascòn y Chica, "ví yo los dos señores Bernales en la orilla del potrero, estaban, ellos estaban resguardados en una actitud más bien sospechosa... estaban portando una carabina que llevaba uno de ellos y el otro llevaba una escopeta y uno de ellos, llevaba un cinturón con proyectiles y parecía que llevaba allí un revólver, pero como siempre estabamos un poquito distantes no pude darme cuenta de qué clase de revólver sería...".

Juan Angel Cortés (fl. 38 cuad. 2o.). Se encontró con los Bernales "por allí a una cuadra de distancia de donde se sucedieron más tarde los antecedentes que fueron muy lamentables", el mismo día en que los hechos se cumplieron -26 de junio de 1.959- y en las horas de la tarde.

Finalmente, **Humberto Castaño** (fl. 35 cuad. 2o.), estaba en el corral de su casa "encerrando unos terneros, cuando pasaron por el camino Alberto y Enrique Bernal, portando las siguientes armas: Alberto portaba una carabina, un revólver en la cintura y una cartuchera y un cinturon con bastante parque, Enrique llevaba una escopeta y me di cuenta que llevaba también una pertrechera al cinto, pasaron por la casa y se dirigieron hacia el lugar donde hacía días se estaban internando varias veces", que era el lugar en donde se encontraron los cadáveres de Tascón y Chica.

Son estas las declaraciones que el recurrente juzga "no aptas para demostrar racionalmente cualquier elemento".

En concepto de la Corte, los declarantes citados merecen credibilidad. Sus testimonios son espontáneos, claros y, aunque no concuerdan con exactitud matemática en sus detalles -como que aquellos no tenían un especial interès en los hechos narrados- sí concurren a demostrar la verdad de sus dichos. Todos ellos, colocados en diversos sitios, observaron desde ángulos distintos, la presencia de los hermanos Luis Alberto y Luis Enrique Bernal López, por los alrededores del sitio en donde fueron muertos Tascón y Chica. Todos observaron, a excepción de Cortès, que los sindicados portaban armas, y llegan a señalar de qué clase -carabina, revólver, escopeta. Todos se dieron cuenta de que, al menos uno de ellos, llevaba un cinturón con cartuchera.

Desde luego, las expresiones no son las mismas, ni las explicaciones se corresponden exactamente, pues los declarantes no habían sido ensayados previamente. Eran hombres que observaban naturalmente los hechos y los apreciaban sin mostrar interés en conservar éste o aquél detalle. Tal circunstancia -disimilitud- es lo que los hace más aceptables.

Se sacan estas conclusiones: los testigos vieron a los hermanos Bernal López, en el sitio del crimen; se dieron cuenta de que estaban armados y que andaban en actitud que no se explicaban satisfactoriamente.

Y dos declarantes anotan, además, que estos sujetos iban a "un lugar donde hacía días se estaban internando", a donde venían a ocultarse "y hasta por cierto ya tenían un rancho de hojas de yarumo en donde se escondían". Un árbol de yarumo se describió en la diligencia de levantamiento de los cadáveres.

En cuanto a la hora en que los Bernal fueron vistos en aquellos parajes, es claro que situados los declarantes en diversos sitios, tenían que observarlos en instantes distintos.

En los anteriores términos, la Corte acepta que el hecho indicador de la presencia de Luis Alberto Bernal López y de su hermano, en el lugar en donde se consumó el delito, está demostrado en los autos, como puede darse por probado la posesión por parte del sindicado de armas en todo semejantes a las que se emplearon para dar muerte a Tascòn y Chica.

b). Efectivamante, al practicar la diligencia de necropsia en los cadáveres de de los occisos, se encontrò en el de Tascón "orificio de entrada de proyectil de arma de fuego", y en el de Chica, ocho orificios de entrada de proyectiles. La muerte de los dos sujetos se produjo "por anemia aguda", (fls. 3 y 4).

Ya antes, en la diligencia del levantamiento de los cadáveres (fl. 1), se había anotado que el cuerpo de Tascón presentaba "orificio de entrada, localizado sobre

el tórax costado derecho, sin salida", correspondiente a un proyectil de "arma de fuego (carabina 22)". Y en el cadáver de Chica, se observaron varios orificios hechos con arma de fuego (carabina 22 y revólver). En ese acto, se recogieron dos vainillas y un proyectil de carabina de parque No. 22 "U".

Los declarantes atrás citados hablan exactamente de revólver, carabina y escopeta. Esto es, la muerte de Tascón y Chica se produjo con armas de la misma naturaleza de las vistas en poder de Bernal López.

Pero, se pregunta: tenía o podía tener Bernal López alguna arma de las que aquí se señalan como empleadas en la comisión del delito?. Sí.

Hernando Giraldo (fl. 17 cuad. 2o.), fue trabajador de la finca de Tulia López, madre de los hermanos Luis Alberto y Luis Enrique Bernal López. Y éste, para citar un ejemplo, sabía que Luis Alberto "andaba con un cinturón lleno de tiros, un revólver y una carabina, y que había veces amanecía ahí y luego esparecía...". Otras personas, como Erasmo de J. Pabón Loaiza (fl. 43), José Vicente García P. (f. 46), Libardo Garzón (fl. 49), conocieron en poder de Luis Alberto Bernal un revólver que generalmente llevaba al cinto.

Fuera de que los declarantes, cuyo dicho se examinó antes, hablan de haber visto en poder de Luis Alberto Bernal, un revólver y una carabina, es bueno recordar que este sujeto manejó por algún tiempo una finca de su tío Félix Antonio López Delgado. En esta existió una carabina 22 de la "U". Cuando Bernal entregó la finca a Erasmo Pabón, dió cuenta de las diversas armas que allí había, menos de la carabina (fls. 43 y 47). Y después de la comisión del crimen, en la misma finca de Félix A. López, se encontró la carabina, pero en sitio escondido sin que se sepa quién la llevó allí (fl. 49).

Estas pruebas demuestran, pues, el segundo hecho indiciario tenido en cuenta por el Tribunal Superior de Buga y por el Juez Segundo Superior de la misma ciudad, en las sentencias condenatorias.

c). El indicio llamado de "capacidad delictiva" tiene también respaldo procesal. Son numerosas las personas que hablan de la mala conducta de Luis Alberto Bernal López. De él se dijo que era "supremamente malo", que "ha tenido muy mala reputación", que "son muy ladrones y muy asesinos", que "son de pésimos procederes", que "son tipos antisociales que desde hace algunos tiempos están sembrando el terror en esas regiones", que "no son buenas personas", que la conducta de los Bernales "es muy mala", y que "se mantenía derrotado de Anserma y Argelia, porque la policía lo perseguía mucho", etc. etc.

d). Hay un indicio que surge de la posesión por parte de Luis Alberto Bernal de un revólver que perteneció a Chica, uno de los muertos. Fue Antonio José Chica, hermano dél occiso, quien dijo sobre el particular: que a los hermanos Bernal los habían capturado, sindicado de otro delito y que les habían decomisado un revólver marca "Smith & Wesson", calibre 38 largo, No. 323844, revólver que fué robado a su pariente muerto (fl. 5 vto.).

Evidentemente, el revólver que perteneció a Luis Angel Chica fue encontrado en poder de la señora madre de Luis Alberto y Luis Enrique Bernal López.

Al preguntársele a Bernal, en indagatoria (fl. 18), si la policía le decomisó alguna arma de fuego, contestó: "El día de mi captura la policía me decomisó un

revólver, el que no portaba en el momento, el que lo tenía guardado mi mamá", y agrega: "El revòlver lo comprè en Cartago a un sujeto forastero a quien no le sé el nombre", en septiembre pasado, en $650.oo.

Es, por lo menos, curioso que, en poder de Luis Alberto Bernal se encuentre el revólver que perteneció al occiso Chica, y que aquél acuda a decir simplemente que lo compró a un forastero, cuyo nombre desconoce. Disculpa muy socorrida por sujetos de la categoría del condenado.

De otra parte, algunas personas, cuyos dichos están en el expediente, conocieron en poder de Chica el revólver mencionado. Juan C. Upegui (fl. 27) reconoce dicha arma, porque fue suya y sabe que pertenecía a Luis Angel Chica. Francisco Martínez Sánchez conoció también el revòlver de Chica, pues acostumbraba guardárselo en su casa, cuando este viajaba. (fl. 28 cuad. 2o.). Ambos declarantes identifican perfectamente el revólver decomisado a Bernal con el que perteneció al occiso Chica (fl. 4 vto.). Este revólver no fue, posiblemente, el empleado por el homicida, como parece creerlo el demandante. Nadie ha hecho tal afirmación. Basta leer la sentencia del Tribunal, para apreciarlo así. Fue reconocido y aún establecido su número, por testigos, que lo tuvieron a la vista.

El segundo cargo presentado contra la sentencia por el demandante consiste en no haber tenido en cuenta el Tribunal algunos testimonios idóneos, "y consiguientemente haber desestimado un hecho realmente probado".

El defensor de Luis Alberto Bernal López dirigió todos sus esfuerzos, en el término probatorio de la segunda instancia, a demostrar la coartada: No pudo el sindicado -se dice- ser el autor o uno de los autores de la muerte de Tascón y de Chica, pues no se encontraba en el lugar del delito, en la fecha en que él se cometió y sí, en cambio, en la ciudad de Pereira, bien distante de aquel.

Para demostrarlo, se trajeron las declaraciones de Gonzalo Toro Valencia (fl. 162 cuad. 1o.), Rafael Antonio Toro (fl. 163), Miguel Angel Madrigal (fl. 164), Rafael Ospina (fl. 166) y Martín E. Velásquez (fl. 167).

Los declarantes son imprecisos. No afirman si el día 26 de junio de 1.959, Luis Alberto Bernal López estuvo en Pereira, ni pueden decir en qué sitio exacto. Así, Gonzalo Toro V. dice que la presencia de Bernal L. "debió ocurrir o ocurrió del 20 de junio a los primeros días de julio de 1.959, pues èl le enseñaba sastrería en una casa de habitación". Rafael A. Toro V. dice que desde el 20 de junio a los primeros días de julio, estuvo Bernal L. en Pereira, "pues en mi casa durmió en muchas ocasiones". Miguel A. Madrigal lo estuvo viendo "desde el mes de junio" de 1.959 "hasta los últimos días del mismo mes". Rafael Ospina vió a Bernal desde principios de junio hasta principios de julio, pues "estuvo durmiendo en mi casa de habitación". Este declarante afirma que Bernal estuvo en Pereira el 26 de junio de 1.959. Y Martín E. Velásquez sostiene que Bernal se presentó a su gabinete el 25 de junio de 1.959 a que le hiciera unos "puentes" y "lo estuve atendiendo ... hasta el 1o. de julio".

Estos testimonios no producen el convencimiento necesario para que puedan ser aceptados in integrum. Si ellos tienden a demostrar una coartada, que desemboca en la prueba de la total inculpabilidad del acusado, deben ser absolutamente claros, precisos, incontrovertibles, en forma tal que destruyan la prue-

ba de cargos. Ninguno de los testigos, con excepción de Ospina, se atreve a señalar una fecha concreta a la permanencia de Bernal en la ciudad de Pereira. Todos son imprecisos: más o menos de tal fecha a tal otra. Y es curioso que dos declarantes digan que Bernal durmió en su casa de habitación.

"La coartada -dijo el Tribunal de Buga- es algo que, estando encaminado a evidenciar la inocencia del acusado, debe ser completo, perfecto, no solo desde su planteamiento en sí, sino en su desarrollo probatorio".

Por ello la prueba de la coartada debe ser firme y definitiva. Y si se basa en declaraciones, éstas deben ser claras, expresas y concordantes entre sí. Claras y expresas para que no dejen la menor duda en el ánimo del fallador. Y concordantes entre sí, para que no se destruyan las unas a las otras. De esta suerte se tendría un concepto sobre el problema debatido, capaz de dejar sin base la prueba incriminatoria. La sentencia, en ese caso, como resultante de premisas probadas, vendría a modificar el criterio errado que se había formado el fallador de instancia.

En los anteriores términos quedan estudiadas las pruebas que demuestran la verdad de los hechos indiciarios analizados por el Tribunal Superior de Buga, en el fallo recurrido ante la Corte. Si se toma uno solo de ellos, con independencia de los demás, como lo hace el recurrente, en su demanda, es claro que ese solo hecho no es suficiente a demostrar la responsabilidad de Bernal López. Pero si se toman en conjunto, y se analizan, con recto y honrado criterio, como se ha hecho hasta aquí, se podrá afirmar que de ellos surge nítida la responsabilidad del acusado. Los indicios son -en sentir de algún autor- los eslabones de una cadena: sólo unidos forman el todo. Separados a nada conducen. En su conjunto, crean una especie de muralla en torno al delincuente, de la cual es difícil a éste escapar

El criterio del fallador, en casos como el presente, se informa en la pluralidad de los indicios y en la concatenación que entre ellos exista. Es decir, el indicio se valora con el concepto de relación que tiene el uno con respecto al otro, en forma tal que de la suma de ellos pueda inferirse o deducirse la existencia o realización de un hecho determinado.

La Corte, en sentencia de 6 de mayo de 1.957, ha expuesto su criterio sobre la interpretación del indicio. Dice así:

"La existencia de la prueba indiciaria por consecuencia lógica lleva a determinar la responsabilidad del procesado. Los indicios se hallan plenamente comprobados y se relacionan directamente con el hecho que se pretende acreditar, coparticipación principal y responsabilidad de su autor. Los hechos indiciarios son diferentes e independientes los unos de los otros, pero convergentes hacia una misma conclusión; la fuerza de causalidad existente en ellos, trámite lógico del raciocinio que da como resultante el valor probatorio de los hechos indiciarios para afirmar la responsabilidad.

"Todo este conjunto de hechos circunstanciales entre los cuales existe un perfecto acuerdo, sirven de base a inferencias indiciarias y convergentes para deducir la responsabilidad del autor, conclusión a la cual no hubiera podido llegarse sin el conocimiento previo de los hechos indiciarios debidamente comprobados. Por esto es por lo que la prueba de indicios es la resultante de varios hechos que demuestran la existencia de un tercero, que sumados y valorados en

conjunto -sobre el principio de razón- desplaza toda duda o sospecha acerca de su mérito intrínseco como medio de prueba.

"El análisis independiente de los indicios, desnaturaliza la lógica del raciocinio, el principio de causalidad y la relación que ellos guardan entre sí. El examen separado de la prueba indiciaria destruye el valor potencial de acriminación, pero estudiados en conjunto -sistema lógico, jurídico y legal- la fuerza probatoria de ellos difícilmente puede demeritarse porque una vez valorados y precisados -dentro del proceso- cada uno ocupa lugar preferente en órden a demostrar el hecho que se trata de probar.

"'Esta síntesis de los hechos indicadores -dice Dellepiane- constituye una nueva piedra de toque para aquilatar la exactitud y el valor de los hechos indiciarios, así como también para excluír la posibilidad de la intervención del azar o de la falsificación de la prueba'".

Reiteradamente, la Corte ha expuesto su pensamiento sobre la interpretación que deba darse al numeral 2o. del artículo 567 del C. de P. P., al decir que para que el recurso de casación prospere, es necesario que el Tribunal que haya dictado la sentencia, cuya casación se solicita, haya incurrido en error evidente, de gran claridad, en forma tal que, al interpretar la prueba, se aparte de a lógica más elemental para aceptar contenidos que, en realidad, no tiene.

"Errar en la interpretación de los hechos -dijo la Corte en casación de 25 de noviembre de 1.955-, atribuírles un valor probatorio que no tienen o negarles el que sí tienen, son en general, los motivos de la causal segunda. Y como estos errores afectarían el juzgamiento, que es la labor de los jueces, para cumplir la cual tuvieron que apreciar los diversos elementos de juicio que obran en el proceso es indispensable demostrar con mejores razones que la conclusión judicial es equivocada, bien porque son falsos los presupuestos que le sirvieron de base, o bien porque se les dió un entendimiento que en realidad no tenían. Y en casos de estimación de la prueba ha dicho la Corte refiriéndose a esta causal, su función se limita a aquellos 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. Porque de otro modo, se repite, y si se tratara tan solo de oponer a un criterio otro distinto, y además interesado, el juez estaría siempre expuesto a ser corregido, si se atiende a que no todos razonan con la misma brillantez con palabras de mucha sonoridad, expresando ideas con la misma elegancia gramatical o con igual claridad, ni pueden explicar su tesis o los motivos de su convicción de igual manera. Y si el convencimiento debe ser razonado, ello no quiere decir que haya obligación de indicar de qué naturaleza deben ser las razones creadoras de esa certidumbre. Lo que interesa es que no se contraríen los principios filosóficos que presiden el discernimiento y que las consecuencias que se deduzcan de un determinado hecho o de un supuesto no rompan el sentido común o la lógica".

Debe decirse, finalmente, que el recurso de casación no prospera por este aspecto, ya que la interpretación que el Tribunal Superior de Buga dió a las pruebas aportadas al debate, es correcta y se acomoda a su sentido natural y obvio. Es así como se desecha la causal segunda de casación.

Causal Primera. El demandante invoca este motivo de casación, "como consecuencia de los errores de derecho que se cometieron por el Tribunal en la apreciación de las probanzas tenidas como fundamentos de la condena de Luis Alberto Bernal López, el fallo es violatorio de la ley penal por indebida aplicación de la misma".

No habiéndose aceptado la causal segunda, por las razones atrás expuestas, ésta pierde su valor, ya que se hace depender de aquella. Se dijo, en efecto, que la interpretación de las pruebas que hizo el Tribunal Superior de Buga fue correcta y ajustada a su sentido natural. Por consiguiente, la Corte desecha también esta causal.

CONCLUSION:

El recurrente no logró demostrar las causales por él invocadas para casar la sentencia. El recurso extraordinario no prosperará, y así será declarado en este fallo, obrando en un completo acuerdo con el señor Agente del Ministerio Público.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO SE CASA la sentencia de que se ha hecho mérito y que fue materia de este estudio, en la parte sometida al recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la "Gaceta Judicial".

Julio Roncallo Acosta. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Humberto Barrera Domínguez. - Simón Montero Torres. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario

HOMICIDIO AGRAVADO. NULIDAD SUPRALEGAL POR HABERSE VIOLADO EN EL PROCESO LAS GARANTIAS CONSAGRADAS EN EL ART. 26 DE LA CARTA.

Reiteradamente ha establecido esta Sala que al aplicarse el procedimiento excepcional y restrictivo del Decreto legislativo 0012 de 1.959 (junio 4), a procesos originados en hechos consumados con anterioridad a la vigencia de este Decreto, se quebranta la garantía constitucional establecida en el art. 26 de la ley fundamental, por cuanto el procedimiento consagrado en dicho Decreto es notoriamente más desfavorable en relación con la defensa del acusado y con respecto al procedimiento vigente cuando se consumó el hecho, por cuanto aquél restringió y limitó notablemente los medios y recursos de la defensa. Es principio consagrado expresamente en la última parte del art. 26 de la Constitución y reiterado en el Código Penal, art. 3o., así como en el C. de P. P. (art. 5o.) que en materia criminal prefiere, en todo caso, la ley permisiva o favorable al reo, bien sea de carácter sustantivo o procesal, puesto que ni la Constitución ni la ley hacen distingos al respecto. De ésto, lógica y forzosamente se deduce, que en materia criminal, en ningún caso podrá dársele efecto retroactivo a la ley restrictiva o desfavorable al acusado, no solamente por lo que atañe a la incriminación o sanción del hecho, sino también en cuanto limite procesalmente los medios ordinarios de defensa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, febrero cuatro de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en sentencia del dos de mayo de mil novecientos sesenta, confirmó la de primer grado proferida por el Juzgado Primero Superior de dicha ciudad, que condenó a ALFONSO GONZALES CORREA a la pena principal de veintiún años y cuatro meses de presidio por el delito de homicidio agravado, consumado en Sigifredo Salazar Ortiz, en la población de Caicedonia, el día cuatro de febrero de 1.958.

Contra la sentencia de segunda instancia proferida por dicho Tribunal, el reo González Correa y su defensor oportunamente interpusieron el recurso extraordinario de casación, el que procede a decidirlo la Sala por haberse agotado la tramitación propia de este recurso.

ANTECEDENTES.

Para los fines de la causal única invocada en la demanda y de la petición en ella contenida, es suficiente tener en cuenta que el delito por el cual se

juzgó en este proceso a Alfonso González Correa, en el que se dió aplicación al procedimiento excepcional establecido por el Decreto 0012 de 4 de junio de 1.959, fue cometido con anterioridad a la vigencia de este Decreto, o sea en la expresada fecha del 4 de febrero de 1.958.

DEMANDA DE CASACION.

El doctor Carlos Arturo Gil, apoderado del sindicado González Correa, en demanda que se ajusta a la técnica procesal, sustenta el recurso de casación invocando para ello como única causal la establecida en el ordinal cuarto del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, alegando que la sentencia recurrida es violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un proceso afectado de una nulidad supralegal, por cuanto se le dió aplicación con efecto retroactivo al trámite, excepcional y restrictivo del derecho de defensa, establecido por el expresado Decreto 0012 de 1.959, con lo cual se violaron la garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

El señor apoderado fundamenta la causal invocada con el siguiente razonamiento:

"Cuando entró en vigencia el Decreto 0012 de 4 de junio de 1.959, se venía aplicando el procedimiento penal ordinario, puesto que el hecho delictuoso había ocurrido el 4 de febrero de 1.958.

"Al disponerse por el juez del conocimiento, que se prosiguiera el procedimiento por lo dispuesto por el Decreto 0012, se violó el artículo 43 de la ley 153 de 1.887, por no habérsele dado aplicación debida. Con efecto, si la ley preexistente al hecho ilícito, el C. de P. Penal, no continuó aplicándose, se desconoció el hecho de esa preexistencia, sobre todo si se considera que era el procedimiento más favorable a los intereses de la defensa del procesado.

"También se violaron por no haberse aplicado debidamente, todas las disposiciones de procedimiento penal, relacionadas con el auto de proceder y el juzgamiento con la intervención del Jurado.

"Y por aplicación indebida se violaron todas las disposiciones del Decreto 0012, a partir del auto que acogió este procedimiento y dispuso poner el proceso a disposición de las partes para alegar por el término de tres días, como consta del folio 68 del Cuaderno principal, y las disposiciones siguientes aplicadas al caso.

"En virtud de las violaciones enunciadas, también se infringió el artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuyo mandato a nadie se puede condenar, sino mediante la observación de las formas propias del juicio penal. Esta nulidad es la denominada constitucional por la doctrina.

"Todo el procedimiento, desde el auto que obra a folio 68, como ya se dijo, hasta la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, está afectado de nulidad, por la violación del procedimiento, que es en lo que constituye la causal invocada.

"Varios fallos de esa Honorable Sala Penal, han desatado favorablemente demandas de casación que fundaron la causal 4a. en los motivos o cargos expuestos.

"Fueron disposiciones del C. de P. Penal, no aplicadas debidamente las siguientes: art. 421 en adelante; 429 y ss., 480 y ss., 538 y ss".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en un breve concepto, en el que olvida o pretende desconocer los numerosos fallos dictados por esta Sala en casos similares y a que hace referencia el actor en su demanda, y en desacuerdo con lo que la misma Procuraduría y aun dicho funcionario ha sostenido con respecto a la cuestión aquí planteada, en distintos conceptos por él emitidos en algunos negocios, estima que en este caso el recurso de casación no puede prosperar, y que debe, por lo tanto desecharse.

Para poner de presente el cambio de criterio del señor colaborador Fiscal con respecto al motivo de casación ahora invocado, basta con reproducir lo que esta Sala expresó en el fallo del 28 de agosto del año antepasado, en el proceso seguido contra Emeterio Jiménez Olaya, y en relación con el concepto entonces rendido por este funcionario:

"El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita se case el fallo recurrido, por estimar que la causal cuarta invocada ha sido demostrada debidamente por los motivos expuestos en su vista, en especial en lo que respecta al cargo que se formula en: "que al caso **sub-judice** se le dió aplicación a las normas del Decreto 0012 de 1.959 no obstante que ellas son posteriores a la ley preexistente al momento de cometerse el hecho criminoso de que da cuenta este proceso y siendo que, además, tales preceptos son notoriamente más restrictivos que los consagrados en el C. de P. P.", agregando, "que todo ello induce a la violación del artículo 26 de la Carta".

"Para respaldar su argumentación el señor colaborador Fiscal transcribe algunos conceptos rendidos por él anteriormente, e invoca las sentencias dictadas por esta Corporación en casos similares, a partir de las del 14 y 15 de marzo del corriente año".

Ninguna razón pertinente ni de peso expone el señor Procurador Segundo Delegado que explique razonablemente su cambio de criterio en este caso, pues al respecto solamente se limita a afirmar:

"1o.). Que al procesado Alfonso González se le juzgó y condenó "mediante la observancia de las formas propias del juicio penal", que no eran otras que las formalidades previstas y vigentes del Decreto 0012 de 1.959 en la época del juicio; y

"2o.). Que el fallo de la H. Corte con respecto del Decreto 0012 no puede incidir en un juicio legalmente celebrado y concluído en sus instancias de acuerdo con leyes preexistentes y conforme con las ritualidades del juicio. Pensar de otra manera sería tanto como aceptar que en el procesamiento de Alfonso González Correa no hubo válidas normas de procedimiento para aplicar y que el juzgamiento se hizo en forma caprichosa y arbitraria, cosa que, está más que probado, no es cierta".

En la última parte transcrita el señor Procurador Delegado en lo Penal hace referencia al fallo del 24 de julio de 1.961, de la Sala Plena de la Corte Suprema sobre la demanda de inexequibilidad del Decreto 0012 de 4 de junio de 1.959, y en el que se declaró la inconstitucionalidad parcial de algunos artículos de dicho Decreto, entre otros los incisos b) y c), como también el d) **en cuanto se trate de procesos originados en hechos cometidos con anterioridad a su vigencia**".

La cuestiòn de la incidencia en este proceso del fallo de inexequibilidad que la Sala Plena de la Corte profirió con respecto a algunas disposiciones del Decreto 0012 de 1.959, está fuera de lugar, puesto que el actor no ha invocado ni mencionado dicho fallo para fundamentar su recurso de casación, sino los varios que la Sala Penal ha proferido en casos similares, a partir del de fecha 14 de marzo de 1.961, en adelante; fallos dictados por esta Sala Penal, no en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 214 de la Carta a la Corte Suprema (Sala Plena), sino en virtud de lo dispuesto en el artículo 215 de la ley de leyes.

Algunos de los fallos invocados por el demandante, fueron proferidos por la Sala Penal de la Corte con anterioridad al fallo sobre inexequibilidad dictado por la Sala Plena, a que se ha hecho referencia. Pero este fallo vino a darle mayor fuerza y autoridad a la tesis sostenida en anteriores fallos dictados por la Sala Penal, ya que él declaró que el Decreto 0012 era inexequible en cuanto autorizaba su aplicación a "procesos originados en hechos cometidos con anterioridad a su vigencia". Esta misma conclusión es la que ya había sostenido y ha seguido sosteniendo la Sala Penal de la Corte en los numerosos fallos que ha proferido, cuando se ha invocado la causal cuarta de casación con fundamento en que se incurre en una nulidad de orden constitucional cuando se ha aplicado el procedimiento excepcional y restrictivo de los medios de defensa, establecido por el expresado Decreto a "procesos originados en hechos cometidos con anterioridad a su vigencia".

Por lo tanto, el argumento que en este proceso ha aducido el señor Agente del Ministerio Público, con invocación del fallo de inexequibilidad proferido por la Sala Plena de la Corte el 24 de julio de 1.959, antes que desvirtuar las razones o tesis reiteradamente sostenidas por la Sala Penal en los numerosos fallos a que se refiere el recurrente, viene a reforzarlas, aparte de que el aspecto de la incidencia que dicha sentencia de inexequibilidad pudiera tener en este proceso, es cuestión que no ha sido planteada por el actor en el caso su-judice, y que resulta, por lo tanto, innecesario entrar a estudiar en esta providencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Está plenamente establecido en autos, y es una cuestión que está fuera de toda duda o discusión, que el homicidio agravado por el cual se juzgó y condenò al reo y recurrente Alfonso González Correa, se consumó, como expresamente lo reconocen los fallos de instancia, el día cuatro de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho, más o menos a las ocho de la mañana, en una calle central de la población de Caicedonia, de la comprensión territorial del Departamento del Valle, es decir, que el ilícito se ejecutó con anterioridad a la vigencia del Decreto 0012 de 1.959. También aparece que una vez perfeccionada y cerrada la investigación, y aún rendido el concepto del señor Fiscal del Juzgado Primero Superior de Buga, en el que dicho funcionario solicitó sobreseimiento temporal a favor del sindicado González Correa, el Juez del conocimiento dispuso tramitar el presente negocio conforme a lo dispuesto en el Decreto 0012 de 4 de junio de 1.959, por medio del auto de 21 de septiembre del mismo año (fl. 68). De allí en adelante se aplicó el procedimiento establecido en el mencionado Decreto y por lo tanto, el sindicado fue juzgado y condenado mediante la aplicación de los trámites sumarios que dicha norma consagra, sin intervención del jurado y sin que previamente se le hubiera calificado su situación y se le hubieran formulado los cargos en el auto de proceder.

Estos hechos y comprobaciones procesales, son suficientes para concluir que la causal cuarta de casación, invocada en la demanda, con fundamento en una nulidad supralegal, por haberse violado en el proceso las garantías constitucionales consagradas en el artículo 26 de la Carta, debe prosperar, por las razones ampliamente expuestas por esta Sala en sus fallos de casación del 14 y del 15 de marzo de 1.961, reiteradas en posteriores y numerosos fallos, en los cuales se dejó establecido, que al aplicarse el procedimiento excepcional y restrictivo establecido por el Decreto Legislativo 0012 de 4 de junio de 1.959, a procesos originados en hechos consumados con anterioridad a la vigencia de este Decreto, se quebranta la garantía constitucional establecida en el artículo 26 de la ley Fundamental, por cuanto el procedimiento consagrado en dicho Decreto es notoriamente más desfavorable en relación con la defensa del acusado y con respecto al procedimiento vigente cuando se consumó el hecho, por cuanto aquél restringió y limitó notablemente los medios y recursos de la defensa. Es principio consagrado expresamente en la última parte del artículo 26 de la Constitución, y reiterado en el Código Penal, artículo 3o., así como en el C. de P. P. (art. 5o.), que en materia criminal prefiere, en todo caso, la ley permisiva o favorable al reo, bien sea de carácter sustantivo o procesal, puesto que ni la Constitución ni la ley hacen distingos al respecto. De esto, lógica y forzosamente se deduce, que en materia criminal, en ningún caso podrá dársele efecto retroactivo a la ley restrictiva o desfavorable al acusado, no solamente por lo que atañe a la incriminación o sanción del hecho, sino también en cuanto limite procesalmente los medios ordinarios de defensa.

De lo dicho se sigue que no podrá acogerse en este caso la solicitud del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, y en cambio, habrá de invalidarse el fallo acusado, dando cumplimiento a lo previsto en el ordinal b) del artículo 570 del C. de P. P., reenviando el proceso a quien corresponda, o sea al Juez Primero Superior de Buga, por conducto del Tribunal de origen, para que se reponga el procedimiento en la parte que se invalida y se aplique al proceso las normas propias del juicio, vigentes cuando se consumó el delito de homicidio por el cual se juzgó al reo Alfonso González Correa.

No sobra advertir que la decisión que en este fallo habrá de adoptarse, no tiene el alcance de invalidar el auto de detención preventiva dictado en el sumario, en providencia del 24 de octubre de 1.958, por el Alcalde de Caicedonia, pues la actuación que habrá de reponerse es posterior a esta medida precautelativa.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y en desacuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, INVALIDA el fallo recurrido, a que se ha hecho mérito, proferido por el Tribunal Superior de Buga, y ORDENA devolver el proceso al Juez Primero Superior de dicha ciudad, por conducto del expresado Tribunal, para que se reponga el procedimiento a partir del auto del diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho, en que se declaró cerrada la investigación.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos R. - Simón Montero Torres. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

RECURSO DE REVISION. CAUSALES 3a. y 5a. DEL ARTICULO 571 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. PROCESO POR CONTRABANDO.

El recurso de revisión no es una tercera instancia que permita a la Corte realizar el examen de cada una de las pruebas del juicio. En sentencia de 16 de mayo de 1.945, dice esta Sala que "por la simple lectura de la causal tercera se ve claro que la ley no autoriza a la Corte para que examine en general motivos o circunstancias que hayan podido determinar el fallo o sentencia, sino que circunscribe la contemplación de esa propiedad determinado a la que puedan haber tenido pruebas del proceso de cuya revisión se trata y que luego resulten ser falsas". (G. J., T. LIX, pág. 192).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, febrero cinco de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de revisión propuesto por el doctor Marino López Lucas, a nombre de la señora CECILIA LIZCANO DE LA HOZ, relacionado con el proceso que le fue adelantado a ésta por el delito de contrabando, en el Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla.

En ese negocio, el a quo resuelve lo siguiente:

"1o. Decrétase de contrabando la totalidad de la mercancía retenida en este proceso, y ordénase su remate, cuyo producto ingresará una vez deducida la porción correspondiente a denunciante y aprehensores al Tesoro Nacional.

"2o. Declárase responsable del delito de contrabando o fraude a la renta nacional de aduanas a la señora doña Cecilia Lizcano de la Hoz, mujer casada, mayor de edad, de 43 años de edad, natural de Valverde de Jugar (España) y vecina de la ciudad de Bogotá, con residencia en la carrera 10a. No. 22-80, de profesión hogar, y se le condena a sufrir la pena de prisión por el término de dos (2) años, la cual sufrirá en la Cárcel de Mujeres de este Circuito.

"Este Juzgado, en uso de la atribución que le confiere el artículo 80 del Código Penal, decreta la suspensión de la pena corporal de que se trata y, en consecuencia, quedará la procesada gozando de su libertad".

El Tribunal Superior de Aduanas, al revisar la sentencia de primera instancia, dispuso, mediante fallo de 14 de junio de 1.961:

"1o. Modifícase la declaración primera de la parte resolutiva de la sentencia apelada, de fecha 26 de enero de 1.960, en el sentido de que del producto bruto de la subasta, tan sólo se deducirá la porción correspondiente al 25% para los aprehensores.

"2o. Modifícase la declaración segunda de la sentencia, en su parte resolutiva, en el sentido de determinar en tres (3) años, la prisón decretada para la sindicada, pena que purgará en el establecimiento que determine el Gobierno Nacional. Revócase la suspensión de la pena corporal, ordenada en la sentencia apelada".

HECHOS.

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Aduanas hace la siguiente síntesis de lo ocurrido: (f.166 y sigs., Cdno. 1o.).

"La señora Cecilia Lizcano de la Hoz llegò a Bogotá, procedente de España, por vía aérea, el 26 de mayo de 1.959, con pasaporte número 5687, y con visa de cortesia; en su condición de Secretaria Auxiliar de la Embajada de España en Colombia. En España dejò su equipaje para que le fuera remitido por barco. El vapor 'Renata Schroeder', de bandera alemana, trajo el 18 de julio de 1.959 el equipaje para la mencionada señora, consistente en siete cajas y dos baúles, con destino a Cartagena, pero fueron desembarcados en Barranquilla, habiendo llegado rotas y con huellas de saqueo cuatro cajas, (v. f. 7).

"Al recibir doña Cecilia L. de la Hoz informaciones directas de España del despacho de su equipaje con destino a Cartagena, se trasladó a esta ciudad, en donde se enteró que su equipaje había sido desembarcado en Barranquilla.

"El 22 de julio la señora de la Hoz solicitó a la Administración de la Aduana la entrega de su equipaje, 'consistente en nueve (9) piezas', según se lee textualmente en su memorial que obra al f. 2.

"Como resultado de esta gestión, la señora recibió un paquete con 22 kilos, cuyo contenido era ropa usada, y los otros le fueron retenidos por haberse encontrado que contenían artículos extranjeros nuevos, sin huella de uso, de prohibida importación en Colombia. Esta retención se decretó por el señor Administrador de la Aduana de Barranquilla, por medio de la resolución No. 00762, de fecha 27 de julio de 1.959, (fls. 9 a 12).

"La señora Cecilia Lizcano de la Hoz, en su declaración injurada (f. 24 y ss.), dice que se vino en avión a Colombia y dejó encargados a unos familiares para que le remesaran el equipaje, consistente en una consola, menajes de cocina, ropa usada, libros y algunas ropas de sus chicos y que cuando fue informada que había llegado su equipaje a Barranquilla, se trasladó a dicha ciudad a reclamar su entrega. Afirma que recibió comunicación de sus familiares en que le avisaban que le habían mandado la alfombra de sala y comedor, la lámpara de la sala y comedor, la consola del salón, los libros que había dejado, una vajilla a la cual faltaban algunas piezas, dos cuadros pintados por su suegro, la ropa suya y la de sus chicos y algunas otras cosas de la casa, por conducto de un agente de Aduanas de Barcelona.

"El señor Joaquín Lizcano, uno de los encargados de enviarle a la sindicada el equipaje, depuso ante el señor Cónsul de Colombia en Valencia, (España)

-f. 92- y manifestó que su señora recibó órdenes de su cuñada doña Cecilia Lizcano de la Hoz, 'para que le enviara por vía marítima, puesto que élla marchaba en aviòn, todo su equipaje, compuesto de 8 o 9 maletas o bultos, a Cartagena de Indias, (Colombia)'. Agrega el declarante que 'la señora Lizcano metió en las valijas de su hermana política doña Cecilia Lizcano de la Hoz, que estaban abiertas, muchos libros, dos cuadros pintados al óleo de un metro o poco más de tamaño y muchas prendas más de ropa usada y de la casa'. Más adelante, el declarante dice textualmente: 'Doña Cecilia Lizcano de la Hoz entregó a su hermana política las valijas abiertas, diciéndole lo que habìa que meter en ellas'.

"La señora Francisca Eceiza Barbará, Agente de Aduanas de Barcelona, quien recibió el equipaje para remitirlo a Colombia, dice que fue ella quien consignó el equipaje con destino a la señora Cecilia Lizcano de la Hoz, al puerto Colombiano de Cartagena, según consta en el conocimiento de embarque que le envió a dicha señora; que el expresado equipaje no le fue entregado por doña Cecilia, sino por otra persona cuyo nombre ignora; que el equipaje no fue revisado antes de consignarlo a la empresa de navegación, y que los datos para declarar en el conocimiento de embarque los suministró la misma señora doña Cecilia Lizcano de la Hoz, cuando estuvo en España, en los mismos días de su regreso a Colombia, (f. 109 a 110).

"Al efectuar el reconocimiento de las cajas y baúles se pudo comprobar que su contenido consistía en mercancías, en cantidad considerable y comercial, cuya cuantía se estimó en la suma de treinta y seis mil treinta y nueve pesos, (f.161), siendo, por tanto, conforme a derecho la resolución No. 00762, de fecha 27 de julio de 1.959, dictada por el Administrador de la Aduana de Barranquilla (f. 9 a 12).

"En el manifiesto (f. 8) consta que los nueve bultos venían con destino a la señora Cecilia Lizcano de la Hoz, poseedora del pasaporte No. 5687, con visa de cortesía número 168/59".

DEMANDA DE REVISION

Con invocación de las causales tercera v quinta del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, el señor apoderado de la procesada, señora Cecilia Lizcano de la Hoz, solicita la revisión del negocio, pues existen hechos nuevos no conocidos al tiempo de los debates, de los cuales se desprende la inocencia de su mandante.

Dice, al respecto, lo que pasa a transcribirse:

a). Que "las siete cajas y dos baúles que llegaron a Bogotá, como equipaje de la señora Cecilia de la Hoz, no corresponden al equipaje que élla ordenó se le enviase, y, en consecuencia, élla no quiso recibir tal equipaje como está probado en el expediente".

b). Que "el equipaje que se dice era de la señora Cecilia Lizcano de la Hoz, no era de élla, pues las siete cajas y los dos baúles venían marcados con las letras 'E. de la H', y por tanto está evidenciado que por el equipaje que se le ha condenado no es el de mi representanda".

c). Que "el equipaje vino de Barcelona diligenciado por terceras personas y es necesario traer la prueba de la oficina o agencia de Aduanas de Bar-

celona, en la cual se verá que la remisión de elementos no corresponde al equipaje de la señora condenada", y,

d). Que "las nueve piezas llegaron equivocadamente a la Aduana de Barranquilla".

En el término de prueba fueron allegados los testimonios de Marcelina Lizcano Lacasa, Joaquín Lizcano de Lacasa y Eloísa González de Lizcano, parientes de la señora Cecilia Lizcano de la Hoz, así como la declaración de ésta, rendidos ante el cónsul de Colombia en Valencia (España), todos los cuales están acordes en aseverar que en el equipaje enviado a Colombia no había mercancías de tipo comercial, sino enseres de uso personal de la última de las nombradas.

La sindicada Lizcano de la Hoz agrega lo siguiente, en su declaración:

"Recibí una carta de la Agencia de Aduanas de Barcelona 'Francisca Eceiza Barbará', diciéndome que en el barco 'Renata Schoeder', o un nombre parecido, pues no lo recuerdo exactamente, iba mi equipaje, enviado por mis familiares después de mi regreso a Colombia por vía aérea. Pregunté en una casa de Bogotá de Agentes Marítimos la fecha de llegada a puerto colombiano del mencionado barco y me enteré de que había dejado ya carga en Barranquilla. Esto ocurría, me parece, el día 18 de julio de 1.959. Dos o tres días más tarde fui a Barranquilla, a objeto de hacerme cargo del equipaje para trasladarlo a Bogotá. En las bodegas de la Aduana los funcionarios buscaron y no encontraron nada que fuese consignado a mi nombre. Entonces, por los documentos de embarque dedujeron que mi equipaje debía ser el contenido en unas cajas que había descargado el citado barco, a pesar de que no iban dirigidas a mi nombre. Procedieron a abrir estos bultos, que no habían sido reclamados aún por persona alguna. Una vez abiertos, ví que no se trataba de mi equipaje. Los funcionarios de la Aduana me indicaron que eso era mercancía de prohibida importación y que podría retirar, si así lo deseaba, una caja o baúl de ropa, cosa que no acepté puesto que no era mía. Dejé, pues, así las cosas y regresé a Bogotá con el convencimiento de que había habido un error por parte de la Agencia de Barcelona o por parte del mismo barco que lo transportó, ya que estaba claro no se trataba de mi equipaje puesto que mi familia me lo embaló con baúles y maletas y lo había dirigido a mi nombre y éste venía embalado en cajas y no aparecía mi nombre en parte alguna. Efectivamente, el error existió, aunque ahora nadie quiera responsabilizarse del mismo, ni el dueño haya reclamado esa mercancía al haber sido declarada de prohibida importación y, por lo tanto, contrabando".

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA.

La revisión solicitada por el señor apoderado de la señora Cecilia Lizcano de la Hoz debe ser denegada, pues ninguna de las causales aducidas en la demanda aparece demostrada, como anota el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal, al ocuparse de este asunto.

Se tiene, en efecto:

a). **Causal tercera:** "Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo".

A este particular, observa el Ministerio Público que "la señora Lizcano de la Hoz, si bien condenada por la justicia aduanera colombiana, no se halla 'cumpliendo condena', pues actualmente se encuentra en su país nativo, como se demuestra al folio 50 del cuaderno de la H. Corte. Por lo demás, leído atentamente el escrito de demanda, no aparece en parte alguna señalado o identificado el testimonio, el peritazgo, el documento o la prueba que se califique como falso. Igual cosa sucede con respecto a la documentación agregada al expediente durante el período de prueba a que dió lugar la concesión del recurso, como que allí no se señala o hace referencia a falsedad alguna. Resulta de lo anterior que la causal tercera de revisión debe ser desechada, así sea que posteriormente se pretenda, al alegar de conclusión el señor abogado demandante, enmendar la referida falla de la demanda, porque tal enmienda vendría a ser extemporánea".

Ciertamente, no se acreditó ninguna de las circunstancias que dan lugar a la revisión demandada, conforme a lo que señala el ordinal 3o. del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. Las pruebas traídas dentro de este recurso apenas abren un debate sobre los elementos de juicio que en las instancias se consideraron como suficiente para condenar a la señora Lizcano de la Hoz por el delito de contrabando, pero no demuestran la falsedad de ninguno de los medios de convicción señalados en las sentencias de primero y segundo grado.

El recurso de revisión no es una tercera instancia que permite a la Corte realizar el examen de cada una de las pruebas del juicio. En sentencia de 16 de mayo de 1.945, dice esta Sala que "por la simple lectura de la causal 3a. se ve claro que la ley no autoriza a la Corte para que examine en general motivos o circunstancias que hayan podido determinar el fallo o sentencia, sino que circunscribe la contemplación de esa propiedad determinado a la que puedan haber tenido pruebas del proceso de cuya revisión se trata y que luego resulten ser falsas", (G.J. t. LIX, p.192).

El Tribunal Superior de Aduanas, en este asunto, afirma que "halla cierta la responsabilidad de la sindicada, en razón de los siguientes indicios probatorios:

"a). Demanda precisa y determinada de las nueve piezas, que doña Cecilia hizo al Administrador de la Aduana de Barranquilla;

"b). Ninguna diligencia o reclamo de tercera persona, menos de la agencia de aduana que despachó el equipaje, acreditando que la remisión se operó por error, y en consecuencia solicitando el reenvío de los elementos llegados a Colombia y rotulados para doña Cecilia, a efecto de entregarlos a su verdadero dueño;

"c). Ser la mercancía de procedencia española, y estar dirigida a la sindicada, de nacionalidad española y quien acababa de regresar de España;

"d). Haber ordenado la sindicada a sus parientes llevar el equipaje a la agencia de aduanas de Francisca Eceiza Barbará; haberlo, aquellos, llevado; y ser esta agencia la que diligenció el envío de las nueve piezas que se recibieron en la Aduana de Barranquilla;

"e). No mediar, antes del 2 de septiembre, fecha en que declaró el pariente de la sindicada ante el Cónsul de Valencia (f. 92) ninguna manifestación del señor Lizcano a su hermana política o a las autoridades, en relación con número de piezas y clase de elementos en ellas contenidos;

"f). La ninguna prueba sumaria para respaldar el dicho de la defensa, en cuanto a que 'los recomendados de mi mandante retiraron con posterioridad dicho equipaje en Barcelona', (f. 126), prueba que bien hubiera podido provenir de los parientes de doña Cecilia o de los empleados de la Agencia de Barcelona, procurando tal prueba en la oportunidad, medios y forma debidos, para incitar la convicción del juzgador;

"g). La contradicción en las pretensiones de la defensa cuando pretende por la prueba extemporánea que solicita (f. 181), el demostrar que 'las nueve piezas que llegaron a Barranquilla pertenecen a alguien' distinto de doña Cecilia, al paso que se encuentra demostrado que de las que llegaron, ella retiró una (el bulto No. 2), según consta al f.3 vuelto, y,

"h). La negligencia en que incurrió la sindicada, alta empleada de la Embajada, y por consiguiente sabedora de las reglamentaciones internacionales al respecto, al no satisfacer los reglamentos en relación con las formalidades en relación con despachos de equipajes no acompañados".

Pues bien: Ninguna demostración se ha hecho en estas diligencias para que se concluya que alguno de los hechos indicadores relacionados por el juzgadór de segunda instancia es falso. De consiguiente, la causal tercera de revisión alegada no tiene comprobación alguna dentro de este recurso.

b). **Causal quinta:** "Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Las nuevas pruebas se refieren a los siguientes hechos, ya debatidos en este proceso cuya revisión se solicita, a saber:

1o. Que "las siete cajas y dos baúles que llegaron a Bogotá (sic) como equipaje de la señora Cecilia de la Hoz, no corresponden al equipaje que ella ordenó se le enviase y en consecuencia élla no quiso recibir tal equipaje como está probado en el expediente".

A lo anterior, replica el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal lo que pasa a transcribirse:

"Lo que está probado en el expediente es que la señora Lizcano de la Hoz, a pesar de que al suscribir la petición que obra a f. 2 del proceso, insinúa un pretendido fuero diplomático (del cual carecía), no le fue 'entregado un paquete con 22 kilos: contenido, ropa usada', el cual aceptó haber recibido (f. mencionado) el día 22 de julio de 1.959.

"Es cierto, de otra parte, que el 23 de los mismos mes y año se dispuso que se le hiciera 'la entrega de los efectos usados contenidos en el bulto número 2 a que se refiere el informe de inventario', cosa esta 'que no tuvo ocurrencia', por no haberse presentado la interesada', (f. 3 id), y cosa que confirma la misma señora al ser indagada, cuando expresa: 'En un baúl, en el que yo reconocí venían cosas mías', (fls. 26 y 27 id)".

A lo observado por el señor Agente del Ministerio Público con este particular, agrega la Sala que, si bien los declarantes ya mencionados, parientes de la procesada, aseguran que no enviaron a ésta mercancía alguna de prohibida importación en Colombia, sino enseres personales de doña Cecilia, resulta, en cam-

bio, que tal clase de mercancía si fue hallada en varios de los bultos marcados "E. de la H", marca ésta que también traía la caja contentiva de ropa usada perteneciente a la señora Lizcano de la Hoz.

Los testimonios aludidos no tienen, por tanto, esa fuerza de convicción como para dar por demostrado que los bultos que contenían mercancía de prohibida importanción en Colombia no hacían parte del equipaje remitido desde España a la señora Cecilia Lizcano de la Hoz.

2o. Que "el equipaje que se dice era de la señora Cecilia no era el de élla, pues las siete cajas y los dos baúles venían marcados con las letras 'E. de H.', y por tanto está evidenciado que por el equipaje que se le ha condenado no es el de mi representada".

A este respecto, la Sala comparte y acoge las siguientes consideraciones del señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal:

"A esto último se responde anotando que el señor demandante se vale de un pequeño error cometido en el encabezamiento del fallo de primera instancia (f.129 id), error ya indicado por la Procuraduría al comienzo de esta vista y consistente en haberse señalado como marca distintiva de las cajas y baúles referidos, este rótulo: 'E. de de H.', Sin embargo, tal error aparece corregido al mismo folio citado, líneas más adelante, como que se indica como marca la expresión 'E. de la H.', marca que es la misma a que alude el escrito del f. 7, el cual se funda en las constancias de sobordo y del libretín de descargue. Además, esta misma marca es a la que alude el abogado de la señora acusada cuando manifiesta al f. 123 del mismo cuaderno 'que la agencia aduanera que sirvió de intermediaria rotuló con el nombre de mi defendida un equipaje cuyas mercancías eran totalmente ajenas'".

3o. Que "el equipaje vino de Barcelona diligenciado por terceras personas y es necesario traer la prueba de la oficina o agencia de aduanas de Barcelona, en la cual se verá que la remisión de elementos no corresponde al equipaje de la señora demandana".

A esto, responde, así, el señor Agente del Ministerio Público:

"No tiene inconveniente la Procuraduría en aceptar la primera parte del anterior postulado, porque admite en toda la línea el conocimiento de embarque ya citado, de fecha 20 de junio de 1.959, refrendado en esa misma fecha por el Consulado General de Colombia en Barcelona, y porque la señora Lizcano de la Hoz, en su último viaje o entrada a Colombia, lo hizo el día 26 mayo anterior; (f. 26 id).

"En cuanto al resto del punto.....los testimonios de los hermanos de la señora acusada, Joaquín y Marcelina, y de la cuñada Eloísa, aparte de no agregar nada sustancial a lo testificado por el primero (f.92 del expediente), son todos indignos de crédito, no tanto por la circunstancia de que quienes lo rinden, lo hacen encontrándose en un país extranjero, donde están a salvo de cualquier cargo por falso testimonio, que pudiera hacérseles, sino porque en su condición de hermanos de la incriminada, natural es y no censurable que hayan puesto de su parte todo lo que esté a su alcance para salvar a su parienta, sin comprometerse ellos, pero si tratando de comprometer por lo ocurrido a una empresa transportadora, en forma de endilgarle a ésta un error o equivocación, no solo poco presumible por la versación, especialización y práctica de la misma empresa, sino también nada creible, ya que a tal clase de 'error', 'equivocación', o 'confusión' se acude generalmente co-

mo disculpa en todos los casos parecidos al presente, a fin de demostrar una pretendida buena fé en el destinatario, que haga imposible la acción de la justicia".

Evidentemente, como se indica en otra parte, los testimonios de los parientes de la procesada no ofrecen esa credibilidad necesaria para fundar en su dicho la demostración de inocencia de ésta. Los lazos de la familia hacen sospechoso lo que refiere un declarante en favor de su pariente, sindicado de un delito. Y tanto más en este caso, porque la aseveración que aquéllos hacen de no haber remitido a la señora Lizcano de la Hoz mercancía alguna de prohibida importación en Colombia resulta inaceptable, si se tiene en cuenta:

1o. Que, según el documento de embarque del equipaje de la señora Cecilia (f. 8), los nueve bultos que fueron remitidos a la procesada estaban marcados con las iniciales "E. de la H", inclusive el que contenía ropa usada perteneciente a ésta. Resulta, entonces, inexplicable que quienes pusieron a dichos bultos esa marca sufrieran el error de estamparla bien en uno de ellos y mal en los otros, cuando es de suponer que tal operación la llevaron a cabo en un mismo momento, esto es, cuando en la agencia transportadora fueron recibidos para su envío a Colombia.

2o. No aparece en el proceso informe alguno sobre la natural reclamación que correspondía hacer contra la agencia transportadora, de parte de la señora Lizcano de la Hoz, por los bultos de su equipaje que no le fueron entregados. La ausencia de tal reclamo indica que el supuesto error atribuido a los agentes aduaneros no existió y que las cajas y baúles marcados "E. de la H" fueron los que entregaron los parientes de la procesada para su transporte a Colombia, por orden de ésta.

No se ha traído, pues, ningún hecho nuevo que deje sin respaldo la autoridad de la cosa juzgada en este negocio y, por consiguiente, corresponde negar la revisión que se demanda.

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 que no hay lugar a la revisión impetrada.

Dése cumplimiento a lo dispuesto en el tercer inciso del Art. 574 del C. de P. P.

Cópiese y notifíquese. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Simón Montero Torres. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO

Causal 2a. de casación. Sentencia y Demanda. Causal 1a. Características del asesinato.

1. Habiendo sido alegada, como motivo de casación, la causal segunda del art. 567 del C. de P. P., el demandante estaba obligado a "analizar todo el caudal probatorio de que se sirvió el juzgador de segundo grado para adoptar una determinada conclusión, ya sobre el cuerpo del delito, o la responsabilidad, o las circunstancias modificadoras del ilícito y de la pena. Ello, porque la verdad de los hechos y las consiguientes deducciones jurídicas las saca el juez de la masa de pruebas que le suministra el proceso, y no de una mera fracción de ellas. El conocimiento y la convicción a que llega el sentenciador es, pues, el resultado de un análisis del conjunto probatorio, y por eso el estudio de la mencionada causal es arduo para el demandante, como lo fue también para el encargado de administrar justicia". (G. J. No. 2149, tomo LXXIX, pág. 346. Cas. de 7 de diciembre de 1.954).

2. Si la sentencia -como se ha explicado por la Corte- es una resultante consecuencia de premisas fundadas en los hechos y de las consiguientes apreciaciones jurídicas, síguese de allí que la demanda contra ella debe examinar exactamente los elementos probatorios que aceptó y apreció el fallador. Solo así se tendrá la visión de conjunto que tuvo éste para sustentar el fallo.

3. Esta Sala tiene dicho que "siempre se ha considerado asesinato el homicidio perpetrado con altos caracteres de gravedad por la cobardía, la perversidad, el poco riesgo que corre el delincuente a causa de inferioridad o indefensión en que se encuentra la víctima. Lo esencial en todos estos casos es qne se sorprenda indefensa a la víctima, y que el agresor se aproveche de esa indefensión, con cobardía o deslealtad de su parte y una notable inferioridad en el sujeto pasivo del delito". (Sent. 9 de febrero de 1.943, LV, 90).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, febrero seis de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Manizales, en sentencia de 1o. de septiembre de 1.961, revocó el sobreseimiento temporal proferido por el Juez Segundo Superior de la misma ciudad en favor de Luis Felipe Giraldo Acevedo, y en cambio, condenó a éste a quince (15) años de presidio y a las penas accesorias del ca-

so, "como responsable del delito 'Del Homicidio', en circunstancias de asesinato, consumado en la persona de Ernesto Yepez Murillo", el 28 de febrero de 1.960, en el municipio de Risaralda. En la misma providencia, se confirmó la sentencia de primer grado, "en cuanto por ella se absuelve al señor Luis Angel Giraldo Cardona, en razón de los cargos por los que fue indagatoriado".

Luis Felipe Giraldo Acevedo interpuso casación contra el mencionado fallo del Tribunal Superior de Manizales. El recurso ha sido rituado en legal forma, y es el momento de decidir.

ANTECEDENTES:

Así relata la sentencia recurrida los hechos de que da cuenta este expediente:

"El domingo 28 de febrero de 1.960, el campesino Luis Ernesto Yepes Murillo, en compañía de su hijo de once años Silvio de Jesús, salió de su casa de habitación, situada en la vereda de "Alto Mira" en jurisdicción de San José, Municipio de Risaralda, con dirección al poblado vecino. Tranquilamente venía haciendo el recorrido cuando a eso de las siete y media de la mañana, y de una manera sorpresiva, se le hizo un disparo desde un rastrojo a la vera del camino. Mortalmente herido intentó volver a su casa, pero a pocos metros cayó para expirar en cosa de segundos. Una hora más o menos después, las autoridades de San José acudieron al lugar del suceso y practicaron el levantamiento del cadáver del infortunado ciudadano".

Sobre estos hechos, se adelantó la investigación. En ella se demostró, en primer término, la objetividad de la infracción (fls. 1 vto., 30 y 76), y en segundo lugar, se reunieron algunos indicios señaladores de la responsabilidad penal de Luis Felipe Giraldo Acevedo, los que aparecen analizados, con todo detalle, en la sentencia del Tribunal Superior de Manizales.

Terminado el proceso investigativo, el Juzgado Segundo Superior de Manizales, siguiendo las normas del Decreto 0012 de 1.959, cerró la investigación y dispuso que los autos pasaran a las partes para que presentaran sus alegatos. El señor Agente del Ministerio Público requirió un sobreseimiento temporal en favor de Giraldo Acevedo, y el sindicado reclamó su absolución.

El 12 de junio de 1.961, el Juez Segundo Superior dictó sentencia de primer grado, en la cual sobreseyó temporalmente en favor de Luis Felipe Giraldo Acevedo y absolvió a Luis Angel Giraldo Cardona, a quien se había recibido indagatoria.

La sentencia fue consultada con el Tribunal Superior de Manizales. Allí, el Agente del Ministerio Público solicitó confirmación del fallo de primera instancia. No obstante, aquella Corporación juzgó que existía prueba suficiente para condenar a Luis Felipe Giraldo Acevedo, como autor de la muerte de Luis Ernesto Yepes Murillo, y dictó la sentencia contra la cual se ha interpuesto recurso de casación.

LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS:

El Dr. Carlos E. Camacho E., apoderado de Luis Felipe Giraldo Acevedo, presentó demanda de casación, el 22 de febrero de 1.962,

Consta ella de una introducción y cuatro capítulos.

En el primer capítulo, se relatan los hechos con verdad.

En el segundo, se habla del "Diligenciamiento Procesal", y en el se indican los trámites a que estuvo sometido el proceso durante la investigación, y luego, en el Juzgado Segundo Superior de Manizales y el Tribunal Superior de la misma ciudad. Se hace hincapié, naturalmente, en los conceptos del señor Agente del Ministerio Público y en el fallo de primera instancia.

En el tercero, se presenta una de las causales alegadas para obtener la casación de la sentencia del Tribunal, así:

"Primera causal que se invoca: La 2a. señalada en el artículo 567 del C. de P. P.

"La sentencia que condenò al señor Luis Felipe Giraldo Acevedo a la pena de 15 años de presidio e incorporales de rigor -dice el demandante- es violatoria de la ley procedimental por desconocimiento de los presupuestos procesales prescritos para el caso. Señalo como disposiciones violadas por el H. Tribunal Superior los artículos 203 y 204 del C. de P. P.".

Para demostrar el anterior aserto, dijo el Dr. Camacho E. que aquel Tribunal, en la sentencia acusada, "dió un valor probatorio que no tienen a los siguientes hechos":

1o. A un informe del Comandante de la Patrulla del Ejército Nacional visible a fl. 5, en donde se habla "de muestras del fogonazo en el monte en una mata de piñuela al pie del camino que conduce de San José de Altamira a unos 20 metros del cadáver" de Yepes, de unas huellas de "zapato liso No. 38", huellas que se alejan de aquel sitio y van a perderse en la carretera" y finalmente, de hallazgo en "una casa vacía y cerrada" de una escopeta de fisto.

2o. A la declaración del menor Arcángel de Jesús Giraldo Acevedo, hermano del sindicado, (fls. 10 y vto.) en la que éste afirma que Luis Felipe durmió en su casa, en la noche del sábado, se levantó el domingo "por hay a las seis u ocho, mejor dicho no sè a que horas se levantaria", salió y a los pocos instantes "fue el tiro, yo lo oí, yo estaba en la casa, por hay a los cinco minutos de haber salido se oyó el tiro". Al salir de la casa, Luis Felipe llevaba "una escopeta chiquita, de cargar con unos tiros o balas que son blancas, y calzaba unos zapatos cafecitos".

3o. La diligencia del levantamiento del cadáver de Ernesto Yepes M. (fl. 1 vto.), en la cual se dice que presenta "un impacto de arma de fuego, al parecer de revòlver, en el hombro izquierdo sin orifio de salida. Otro impacto, al parecer de la misma arma, en la punta del miembro, sin orificio de salida".

4o. La diligencia de autopsia (fl. 30), en donde se describen las heridas reconocidas en el cadáver de Yepes M. y se anota que la existente en el hemitórax izquierdo es hecha "con arma de fuego, proyectil blindado, al parecer de escuadra o pistola, por las características de la herida...".

5o. El informe del Comandante de la Patrulla del Ejército Nacional de fl. 14, en donde se habla de una requisa en casa de Luis Felipe Giraldo, que dió como resultado el decomiso de una "escopeta de cápsula" con dos cartuchos para la misma.

6o. La falta de una diligencia de inspección ocular o de reconstrucción de los hechos, para "clarificar hasta donde fuera posible", la afirmación de Arcángel de J. Giraldo, sobre las actividades de su hermano Luis Felipe, a la hora en que fue muerto Yepes Murillo.

7o. Las declaraciones de los familiares del ofendido (fls. 4, 6, 7, 8 y 13) "y de los mismos familiares del procesado" sobre una enemistad entre occiso y procesado.

Señalados los hechos probatorios a los cuales -según el demandante- se dió un valor que no tienen, entra éste a analizar algunos de los indicios, examinados por el Tribunal Superior de Manizales.

En relación "con el indicio deducido de las huellas de los zapatos número 38 que fueron encontradas... en el lugar del crimen", dice el demandante que se podría tomar como prueba de imputabilidad, si "estuviera plenamente demostrado que el procesado fue el verdadero autor del delito, que sí estuvo en el lugar del crimen y que en toda la región solamente existe un pie de las dimenciones del pie del procesado". En apoyo de esta tesis, trae una cita de Framarino.

Sobre la declaración de Arcángel de J. Giraldo, el demandante afirma que a ella no se puede dar el valor que el Tribunal le diò. "Por la edad del declarante, que apenas tiene once años de edad, el parentesco con el procesado, debemos acogerlo con la necesaria reserva con el fin de no incurrir por razón de de un ligero análisis en un error judicial". Y se agrega que el niño declaró contra expresos mandamientos de la Constitución Nacional y sin el lleno de las formalidades indispensables en casos semejantes.

Y continúa: como el muchacho declaró que su hermano llevaba una escopeta "chiquita" y en el proceso opera una escopeta de "fisto" y las heridas causadas a Yepes M. lo fueron, segùn la diligencia de necropsia, con arma de fuego, de proyectil blindado, al parecer de escuadra o pistola, síguese que "ninguna relación de causalidad existe entre el hecho afirmado por el menor Arcángel Giraldo y los actos concomitantes ejecutados por el presunto asesino". Se traen citas de Uribe Cualla y de Framarino en apoyo de estos conceptos.

Al hecho "tercero" el demandante afirma que hay discrepancia entre lo indicado por el menor Arcángel Giraldo, sobre el arma que llevaba su hermano, al salir de la casa, y lo dicho por el concepto médico-legal. Aquél habla de una "escopeta chiquita" que se carga con unas balas blancas y en éste se advierte que Yepes M. fue herido con arma de fuego, al parecer "escuadra o pistola", ya que el proyectil extraído era "blindado". Y como no se determinaron las huellas dejadas por el proyectil, "surge la duda sobre la verdadera calidad del arma empleada en la eliminación del señor Ernesto Yepes Murillo".

En el punto "cuarto", el demandante se remite a las argumentaciones anteriores.

En el punto "quinto" se indica cómo no se trajo a los autos la escopeta decomisada en casa de Luis Felipe Giraldo Acevedo.

Al estudiar el numeral "sexto", dice el Dr. Camacho E. que, en verdad, hizo falta una diligencia de inspección ocular para saber si el menor Arcángel de J. Giraldo pudo observar a su hermano al momento de salir de su casa y regresar a ella.

En el hecho "séptimo" se refiere la demanda a la enemistad existente entre Yepes y Giraldo "por el asunto de unos cerdos que hacian daño en la sementera de propiedad de los Giraldo" y "en razón del fallido matrimonio de Luis Felipe Giraldo con la señorita Otilia Yepes Valencia".

"Ninguno de estos dos puntos -son palabras del demandante- se pueden catalogar como indicios necesarios de culpabilidad del procesado por cuanto la enemistad surgida por estos hechos, ninguna relación de causalidad tienen con el hecho que se pretende probar".

Se hace luego, sobre la base de algunas citas de jurisprudencias de la Corte, un estudio sobre los elementos que son necesarios para proferir una sentencia condenatoria, de acuerdo con el art. 203 del C. de P. P., para concluir que tales presupuestos no existen en este caso, por lo cual debe invalidarse la sentencia acusada, para reemplazarla de acuerdo con lo dispuesto en el ordinal "a" del artículo 570 del C. de P. P.

En el capítulo cuarto, se trae "la segunda causal que se invoca: la 1ª. señalada en el artículo 567 del C. de P. P." y se presentan los fundamentos de ella.

Tal causal opera "en forma subsidiaria" de la segunda de casación y "consiste dicha impugnación en que el H. Tribunal Superior quebrantó la ley sustantiva en el ordinal 5o. del art. 567 del C. Penal (sic)".

Como fundamento de este cargo que dice que no se ha demostrado en este proceso "la responsabilidad penal de Luis Felipe Giraldo Acevedo en la comisión del hecho delictuoso que generó la muerte de Ernesto Yepes Murillo, es decir, que estuviera plenamente demostrado el propósito de matar que expresamente exige el artículo 362 del C. Penal y también el concurso de la fuerza física y el concurso de la fuerza psíquica, o sea la traducción al mundo exterior de la voluntad criminal de Giraldo Acevedo". Y no estando demostrada la responsabilidad plena del sindicado, "tampoco se le pueden imputar circunstancias de agravación para elevar la pena".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su concepto de fls. 33 a 47, da respuesta en forma global, a los cargos que se hacen a la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales y en la cual se condena a Luis Felipe Giraldo Acevedo a quince (15) años de presidio y accesorias de rigor.

Examina los indicios que sirvieron a aquella Corporación como base para afirmar la responsabilidad penal del procesado y presenta su criterio jurídico sobre las alegaciones hechas para destruirlos. Termina con estas frases, después de un análisis de la causal segunda de casación, expuesta como primera por el demandante:

"Sobre toda esa cadena de indicios trabajó la Corporación ad - quem, para determinar, como lo hizo, la responsabilidad de Cardona (sic). Y para apreciar sobre de la libertad y amplitud de exégesis que tiene el juzgador la manera como cada uno se eslabonaba con el siguiente, se correspondía, y se llegaba a la inferencia lógica de la existencia del delito.

"El hecho indiciario se halla plenamente probado en autos, y no se trata de que los indicios referenciados sean, ciertamente numerosos, pero no constituyen en el fondo más que un solo indicio. La Corporación en nada quebrantó los preceptos directrices implantados por el C. de P. P. en sus artículos 222 y 223. Menos podría decirse y afirmarse que violentó el art. 203 del C. Penal por cuanto la sentencia que emitiera se estructuró obrando en el proceso legalmente producidas, la plena prueba o completa de la infracción y la de que el procesado es responsable de la misma.

"No es, pues, el caso de dar aplicación al art. 204 del estatuto penal. Para este Ministerio Público no se plantean dudas en cuanto a la responsabilidad penal de Cardona (sic), por consiguiente, -por sustracción de materia- ellas no tenían por que ser resueltas en su favor. El principio universal de la duda a favor del reo, no tiene cabida ni operancia alguna dentro del caso de autos".

Al estudiar la causal primera, presentada como subsidiaria por el demandante, dice:

"Es claro, que, el impugnador parte de la base de que la responsabilidad penal de Luis Felipe Giraldo Acevedo no ha sido debidamente demostrada dentro del proceso que es materia del recurso, -y que por ende, la muerte de Ernesto Yepes Murillo-, que se dice habida por acción delictuosa del procesado no tiene la demostración que exige el artículo 362 del C. P., como tampoco se ha traslucido en autos el propósito de la voluntad criminal de Giraldo Acevedo. En síntesis, el dolo específico que a éste se le imputa no emerge del expediente, siendo, por tanto, indebidamente aplicada la norma penal.

"Todo el argumento del acusador se halla encerrado dentro de estos lineamientos. Como secuencia de lo dicho afirma que no se ha demostrado, tampoco, la presencia de Giraldo Acevedo en el lugar del crimen, y que, si todo ello es así, mal obró el Tribunal al imputarle circunstancias de agravación que incidieron en el alza de la sanción imponible".

"....Las condiciones de indefensión e inferioridad de la víctima -dice finalmente, el señor Procurador- son tan eminentemente visibles que una simple ojeada al expediente las demuestra: en la mañana de los sucesos, desprevenido y tranquilo, inerme, -tal como pudo demostrarlo la diligencia del levantamiento del cadáver-, sin compañía alguna que le pudiera proporcionar seguridad -ya que viajaba hacia el poblado en unión de su hijo menor-, Yepes ofrecía el más seguro éxito para los planes de Giraldo Acevedo. El sitio desde el cual se apostara para descerrajarle el disparo mortal su victimario presenta todas las características de una emboscada; ello, se puede colegir del informe que rindiera la patrulla al investigador de la época".

CONCEPTO DE LA CORTE:

Causal segunda. Haber dado a los hechos un valor probatorio que no tienen.

Habiendo sido alegada, como motivo de casación, la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P., el demandante estaba obligado a "analizar todo el caudal probatorio de que se sirvió el juzgador de segundo grado para adoptar una determinada conclusión, ya sobre el cuerpo del delito, o la responsabilidad, o las circunstancias modificadoras del ilícito y de la pena. Ello, porque la verdad de los

hechos y las consiguientes deducciones jurídicas las saca el juez de la masa de pruebas que le suministra el proceso, y no de una mera fracción de ellas. El conocimiento y la convicción a que llega el sentenciador es, pues, el resultado de un análisis del conjunto probatorio, y por eso el estudio de la mencionada causal es arduo para el demandante, como lo fue también para el encargado de administrar justicia". (G. J. No. 2149, Tomo LXXIX, pág. 346. Cas. de 7 de diciembre de 1.954).

Pues bien. Paro deducir responsabilidad contra Luis Felipe Giraldo Acevedo, como autor de la muerte de Ernesto Yepes Murillo, el Trinunal Superior de Manizales tuvo en cuenta, no solo las pruebas que fueron atacadas por el demandante, sino otras de singular importancia en el caso a estudio. Ellas son: a). La declaración de Mariela Giraldo Acevedo, hermana del sindicado, que confirma, en parte importante, el dicho de Arcángel de Jesùs Giraldo (f. 16); b). La indagatoria del procesado (fl. 11), en donde èste acusa una serie de contradicciones sobre el sitio en donde se encontraba a la hora del crimen y sobre las actividades que desarrollaba. En esa misma diligencia, se insinúa una especie de coartada, a la cual ni siquiera se refiriò el demandante, coartada que, a la postre, resultò absolutamente inoperante, a pesar de las múltiples declaraciones allegadas al expediente, y que también hechó de menos el demandante.

Es decir, si la sentencia -como se ha explicado por la Corte- es una resultante o consecuencia de premisas fundadas en los hechos y de las consiguientes apreciaciones jurídicas, síguese de allí que la demanda contra ella debe examinar exactamente los elementos probatorios que aceptò y apreció el fallador. Sólo así se tendrá la visión de conjunto que tuvo éste para sustentar el fallo.

Ello fue lo que faltó al distinguido apòderado del recurrente. Tomó algunas pruebas y sobre el análisis de ellas fundó su demanda, desestimando otras que fueron consideradas por el Tribunal.

Habiendo omitido el demandante "la réplica de todos los elementos de convicción que utilizó el Tribunal para sustentar la condena" de Giraldo Acevedo, síguese de ello que la causal segunda, en este preciso caso, no puede prosperar.

Segunda causal alegada: la causal 1a. del artículo 567 del C. de P. P.

El demandante ha presentado como segunda causal de casación de la sentencia estudiada, la 1a. del artículo 567 del C. de P. P., o sea "que el H. Tribunal Superior quebrantó la ley sustantiva en el ordinal 5o. del artículo 567 del C. Penal (sic)".

Fundamenta, en los siguientes tèrminos, la mentada causal: "Para que pueda afirmarse que la ley sustantiva fue debidamente aplicada en el caso de autos, habria sido necesario que se hubiera demostrado plenamente la responsabilidad penal de Luis Felipe Giraldo Acevedo en la comisión del hecho delictuoso que generó la muerte de Ernesto Yepes Murillo, es decir, que estuviera plenamente demostrado el propósito de matar que expresamente exige el art. 362 del C. P. y también el concurso de la fuerza física y el concurso de la fuerza psìquica, o sea la traducción al mundo exterior de la voluntad criminal de Giraldo Acevedo. El dolo específico que se le imputa, no ha tenido completa demostración dentro del expediente, siendo improcedente sostener que por este aspecto la ley penal está debidamente aplicada ya que el delito que se le imputa no tuvo plena demostración en el caso de autos, en todos sus elementos constitutivos".

Y agrega luego: "No estando demostrada con plena prueba su responsabilidad en la muerte del señor Ernesto Yepes Murillo, tampoco se le pueden imputar circunstancias de agravación para elevar la pena. No está demostrado que Giraldo Acevedo haya sorprendido a la víctima en las condiciones de indefensión, inferioridad, o que haya empleado en la ejecución del hecho, medios insidiosos o de acechanza, resulta por lo menos improcedente el aumento de la sanción con base en el numeral 5o. del art. 563 del Código Penal. Por tal motivo, el H. Tribunal aplicó indebidamente el art. 362 en armonía con el ordinal ya citado, del artículo 563 del C. P.". (sic).

Se rechaza, pues, en primer lugar, la existencia de la prueba de la responsabilidad penal de Luis Felipe Giraldo Acevedo, como autor de la muerte de Ernesto Yepes Murillo, en las circunstancias de tiempo y lugar que rezan los autos, y en segundo caso, las circunstancias que se tuvieron en cuenta para agravar la pena que se impuso al condenado.

Sobre el primer punto debe decirse que ya, en apartes anteriores, se desestimó la causal segunda de casación, con lo cual se admitió que el acervo probatorio analizado por el Tribunal Superior de Manizales era suficiente a demostrar la responsabilidad penal del sindicado. En cuanto a lo segundo, la Corte estima, en armonía con la sentencia acusada, que Giraldo Acevedo, al dar muerte a Yepes Murillo, obró, aprovechando las circunstancias de indefensión e inferioridad de la víctima, la que marchaba desprevenida, ignorante del ataque que se lanzaba contra ella.

Esta Sala tiene dicho que "siempre se ha considerado asesinato el homicidio perpetrado con altos caractéres de gravedad por la cobardía, la perversidad, el poco riesgo que corre el delincuente a causa de inferioridad o indefensión en que se encuentra la víctima. 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 o deslealtad de su parte y una notable inferioridad en el sujeto pasivo del delito". (Sent. 9 febrero 1.943, LV, 90).

La diligencia del levantamiento del cadáver de Yepes Murillo (fl. 1) habla de "una curva enrastrojada que fue donde se encontraban los autores", y en el informe del Comandante de la Patrulla del Ejército Nacional se da a entender claramente que el autor del delito disparó desde un monte, en donde existía una mata de piñuela, cuyas hojas estaban ahumadas.

Hubo, por tanto, circunstancias que pusieron a la víctima en especiales condiciones de indefensión frente al victimario, que se resguardaba para su mayor seguridad.

Aceptada, en consecuencia, la responsabilidad penal de Giraldo Acevedo, es el caso de considerar que el homicidio por él cometido es de especial gravedad. No estuvo desacertado el Tribunal de instancia al fijar la pena que, de acuerdo con el art. 363, numeral 5o. del C. P. le correspondía al procesado. Es correcta la interpretación que se dió por el fallador a la ley penal sustantiva.

No es admisible la causal 1a. de casación alegada, ya que la sentencia no es "violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de

acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, NO INVALIDA LA SENTENCIA del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, a que se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la "Gaceta Judicial".

Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Rertrepo. Simón Montero Torres. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario

RECURSO DE HECHO CONTRA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ADUANAS

Requisitos indispensables para la admisibilidad de este recurso. Disposiciones pertinentes que rigen la interposición del recurso de casación. La función de la Corte se reduce a examinar el recurso de hecho interpuesto, para saber si la casación intentada fue correctamente negada.

1. Hay lugar a recurrir de hecho ante la Corte, cuando el Tribunal de instancia negare la concesión del recurso de casación (art. 562 del C. de P. P.). Aquel recurso debe interponerse, desde luego, en tiempo oportuno, de acuerdo con las normas consignadas en los arts. 193 del C. de P. P., 513 a 516 del C. de P. Civil y en el caso de autos, arts. 17 y 19 del Decreto 188 de 1.958.

2. Concretamente, el art. 517 del C. de P. Civil determina los requisitos indispensables para que el recurso de hecho sea admisible:

a). Procedencia de la apelación. En este caso, que contra la providencia respectiva pueda interponerse el recurso de casación de acuerdo con las normas legales pertinentes; que el recurso se hubiera interpuesto en tiempo, esto es, en el plazo que señalan las leyes para hacerlo; que se hayan cumplido las prescripciones o formalidades indicadas; y que la petición sobre admisión del recurso se haya hecho dentro de los precisos términos que señala el art. 514 del C. J.

b). El recurso de casación -arts. 556, 557 y 559 del C. de P. P.- se podrá interponer contra las sentencias allí señaladas y en las condiciones que los mismos mandatos expresan, en los procesos penales, que pudieran decirse ordinarios. En el caso de fraude a la Renta Nacional de Aduanas, debe tenerse en cuenta, además, el art. 19 del Decreto 188 de 1.958, de acuerdo con el cual hay lugar a interponer el recurso de casación contra los fallos del Tribunal Superior de Aduanas "cuando el valor de las mercancías es por lo menos de cien mil pesos ($100.000.oo)".

El art. 17 del Decreto 188 de 1.958 dispone que, a los juicios penales aduaneros se apliquen "las normas establecidas en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, siempre que no fueren incompatibles con el procedimiento establecido en el Decreto 700 de 1.954 y en éste".

El art. 19 del mismo Decreto exige, al fijar los presupuestos necesarios para que el recurso de casación proceda, que la cuantía del delito no sea inferior a cien mil pesos ($100.000.oo).

Esta última disposición es especial y, por tanto, de aplicación preferente. En esta forma, se debe estar, no al mandato contenido en el C. de P.

P., sobre la materia, sino a lo que de manera específica se ha dispuesto para proteger una renta especial del Estado.

Hay incompatibilidad, por este aspecto, entre lo ordenado en el art. 556 del C. de P. P. y lo dicho en el art. 19 del Decreto 188 de 1.958. De donde se desprende que este último mandato debe cumplirse, cuando se trate de conceder un recurso extraordinario de casación contra sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Aduanas, y por disposición del art. 5o., regla 1a. de la Ley 57 de 1.887.

Así lo dijo la Corte, en sentencia de 20 de agosto de 1.962 y lo ha repetido en diversas oportunidades.

3. La función de la Corte se reduce a examinar el recurso de hecho interpuesto, para saber si la casación intentada fue correctamente negada. Nada más. Cualquier irregularidad que se haya cometido en el proceso, debe ser ventilada ante el funcionario de instancia, y no en esta Corporación, cuyas atribuciones están claramente enmarcadas por la ley.

Al resolver sobre un recurso de hecho, no puede la Corte constituirse en Tribunal de instancia para entrar a estudiar la forma de rituación de los procesos ante los funcionarios inferiores. Y en este preciso caso, la Corte debe atenerse a las copias presentadas a la Secretaría, oportunamente, pues ellas dan campo a la decisión tomada.

Si el procedimieto a seguir ante el Juez de Aduanas fue equivocado, por éste o aquel motivo, ello fue cuestión que debió debatirse, bien ante dicho funcionario, o en la segunda instancia, y dentro de los términos que la ley concede para tales alegaciones.

Pero no es este el momento, ni es la Corte el funcionario que deba decidir sobre tales irregularidades o informalidades de procedimiento.

De la misma suerte si el proceso se adelantó de acuerdo con normas inexistentes por haber sido declaradas inexequibles, es asunto que debió ventilarse ante el Juez de la primera o de la segunda instancia, pero no en la Corte, cuyas funciones han sido expresamente determinadas en la ley. Sacar, por este aspecto, de su función a esta Corporación, sería llevarla a invadir campos que no son los suyos, con mengua de sus verdaderas funciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, febrero siete de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Aduanas, en sentencia de 1o. de agosto de 1.962, condenó al señor Alfonso Rodríguez Jiménez, "como responsable del delito de contrabando o fraude a la Renta Nacional de Aduanas de que tratan el artículo 10 del Decreto 3134 de 1.952, numeral 17 del artículo 374 del Código de Aduanas y el artículo 3o. de la Ley 1a. de 1.959, en armonía con lo dispuesto en la letra c) del artículo 18 del Decreto 0188 de 1.958", a la pena de tres (3) años de prisión y algunas sanciones de carácter accesorio.

Esta sentencia revoca los numerales 1o., 2o. y 4o. de la proferida por el señor Juez Segundo Superior de Aduanas de Bogotá, el 5 de junio de 1.961.

Dentro del término legal, el Dr. Manuel González Robayo, apoderado de Rodríguez Jiménez, interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, y por memorial de 13 de agosto de 1.962.

Posteriormente, en escrito de 30 de agosto, el mismo Dr. González Robayo solicitó del Tribunal que declarara nula la actuación cumplida "dentro del juicio que por el delito de contrabando a la Renta Nacional de Aduanas se sigue contra el señor Alfonso Rodríguez Jiménez, nulidad que debe decretarse a partir del auto fechado el día 20 de septiembre de 1.960 por el cual el Juzgado Superior de Aduanas de Bogotá señaló fecha para la celebración de la audiencia pública, y en consecuencia, se disponga reponer la actuación con sujeción al procedimiento establecido por el Decreto 3134 de 1.952".

El Tribunal, en auto de 4 de septiembre de 1.962, negó el recurso de casación y dijo, además, que no había lugar a decretar la nulidad "solicitada extemporáneamente sobre el proceso fallado en forma definitiva".

El apoderado del procesado, en memorial de 10 de septiembre de 1.962, pidió reposición de este auto, y en subsidio, y para recurrir de hecho, reclamó la expedición de algunas copias.

Y el Tribunal, por auto de 9 de octubre del año pasado, negó la reposición solicitada, y dispuso que se expidieran las copias pertinentes.

Fue así como llegaron a la Corte, para estudiar la procedencia del recurso de casación, estas copias: del fallo de segunda instancia, "con sus constancias de notificación y ejecutoria"; del dictámen pericial practicado en el proceso respectivo; de los memoriales del Dr. González Robayo y de algunos conceptos de los doctores Bernardo Gaitán Mahecha y Luis Carlos Pérez; y de los autos que se han mencionado atrás.

Alfonso Rodríguez Jiménez dió poder al Dr. Luis Carlos Pérez para que lo representara en la Corte, y sustentara el recurso de hecho interpuesto. Y el apoderado, a su vez, ha presentado ante esta Corporación, el memorial de fls. 32 a 65 en el cual expone las razones en que se funda para solicitar que se "declare que es nulo, de nulidad inconstitucional, todo el proceso seguido contra don Alfonso Rodriguez Jiménez, en la jurisdicción aduanera, proceso que terminó aparentemente con la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Aduanas el dia primero de agosto de 1.962. Y siendo nulo dicho proceso no hay base para reconocer si la Corte puede autorizar o no el recurso de casación negado por la autoridad de segunda instancia".

RAZONES EXPUESTAS POR EL APODERADO DE RODRIGUEZ JIMENEZ:

En el memorial a que se hizo referencia en el aparte anterior, el Dr. Luis Carlos Pérez, apoderado de Rodríguez Jiménez, da las razones que lo asisten para sustentar, de una parte, el recurso de hecho, y de la otra, para reclamar que se declare aquí una nulidad sustancial.

El escrito está dividido en siete apartes o capítulos, así;

I. Se presentan aquí los hechos que han dado lugar al recurso de hecho de que se trata, en la siguiente forma:

a). La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de septiembre de 1.958, declaró inexequibles por inconstitucionalidad todos los artículos del Decreto Extraordinario 700 de 1.954, con excepción de aquellos respecto de los cuales había sustracción de materia por haber sido sustituídos o derogados por los decretos extraordinarios 73 y 188 de 1.958.

b). Declarada aquella inexequibilidad, revivieron las disposiciones del Decreto 3134 de 1.952, en donde se determina el procedimiento a seguir en los juicios por fraude a la renta nacional de aduanas.

c). Con posterioridad a la sentencia de inexequibilidad, el Juez Superior de Aduanas de Bogotá inició un proceso contra Alfonso Rodríguez, por un presunto fraude aduanero, consistente en mantener en un establecimiento comercial de esta ciudad (8) estufas de gas procedentes de Estados Unidos y traídas irregularmente a Colombia.

d). El proceso se adelantó siguiendo las normas del Decreto 700 de 1.954, en lugar de las contenidas en el 3134 de 1.952.

e). El Juzgado Superior dictó sentencia en este proceso, el 5 de junio de 1.961. El procesado fue absuelto.

f). El Tribunal Superior de Aduanas revocó la absolución y condenó a Rodríguez Jiménez, a tres años de prisión y otras penas accesorias, el 1o. de agosto de 1.962. Al dictar la sentencia, advirtió que no había "causal de nulidad que invalide lo actuado".

g). En siguientes numerales, se trae un recuento de la actuación procesal, a partir de la sentencia de segundo grado.

Se exponen algunos de los argumentos aducidos por el apoderado de Rodríguez Jiménez, ante el Tribunal, y de las razones que tuvo esa Corporación para no otorgar el recurso de casación impetrado y para no invalidar la actuación, por motivos de la nulidad alegada.

II. Se indica aquí, en los numerales 1o. a 5o., lo siguiente:

a). Que el recurso de casación procede contra las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Aduanas, siempre que concurran los requisitos legales para otorgarlo.

b). Que es oportuno interponer el recurso dentro del término señalado en el artículo 19 del Decreto 188 de 1.958.

c). Que, negado el recurso extraordinario de casación, puede reclamarse contra el auto que contenga la negativa, dentro de los términos legales (artículos 185 del C. de P. P., 487, 488 y 489 del C. J. y 17 de Decreto 188 de 1.958). Finalmente, el recurso de hecho se interpondrá y ventilará de acuerdo con el capítulo V del Título XIV del C. J. y teniendo en cuenta los arts. 193, 562 del C. de P. P. y 17 y 19 del Decreto 188 de 1.958.

d). El recurso de hecho interpuesto se ha rituado legalmente.

e). En los procesos por fraude a la Renta nacional de aduanas, puede interponerse el recurso de casación, "cuando el valor de las mercancías es por lo menos de cien mil pesos ($100.000.oo), según el artículo 19 del Decreto 188 de 1.958".

Anota, en seguída, el apoderado que, en el caso a estudio, se reunen los requisitos indispensables para que se estudie el recurso de hecho interpuesto. Y que, en cuanto a las condiciones exigidas para conceder el de casación, todos existen, "excepto el de la cuantia". "En varias providencias -anota- la Corte ha dispuesto que debe examinarse la cuantía antes de resolver sobre cualesquiera otros requisitos, y no intento ahora apartarme de estas conclusiones, por lo mismo que han estabilizado ya el criterio de nuestro máximo Tribunal. Y no lo intento porque ello es innecesario para los fines que debe conquistar la justicia en este momento especial".

I I I. Se examina lo que el señor apoderado llama "El problema de la cuantia".

En el proceso seguido a Rodríguez Jiménez, ante el Juzgado Superior de Aduanas, se practicó una diligencia pericial, en la cual se avaluaron en $40.000.oo las estufas decomisadas a aquél. Se identificaron los dichos muebles como de procedencia extanjera y de prohibida importación.

Pues bien. Dice el apoderado que "la Corte está imposibilitada para decidir si la cuantía es inferior o superior a cien mil pesos ($100.000.oo), pues es absolutamente inexistente la estimación hecha por los peritos y acogida en el fallo condenatorio; y es inexistente porque el proceso mismo carece de legitimidad. Mejor dicho porque no hay proceso.

IV. "De cómo el proceso es inexistente". El memorialista afirma la inexistencia del proceso adelantado contra Alfonso Rodríguez Jiménez, por cuanto en él no se siguieron las formas propias del juicio. Y no se siguieron, porque se dió aplicación al Decreto 700 de 1.954, declarado inexequible antes de iniciarse aquél, en lugar de adelantarlo de acuerdo con las normas contenidas en los Decretos 3134 de 1.952 y 2425 de 1.953.

En esta parte, hay amplio y erudito estudio sobre lo que debe entenderse por nulidad y por inexistencia, así como sobre las consecuencias que se desprenden de ésta o de aquella situación. No se hace un extracto de esta doctrina, por considerar que ello no es necesario para los fines que pretende esta providencia.

V. "La inexistencia sigue aunque no haya sido declarada", titula este aparte el Dr. Pérez.

Aquí se lee esto:

"Si la nulidad significa que el acto procesal se ha cumplido viciosamente, la inexistencia significa que no se ha realizado. Si la nulidad obliga a corregir defectos en la forma como se ha manejado la relación entre el Estado y el infractor, la inexistencia del procedimiento niega toda relación de orden punitivo. Si la primera indica que las pretensiones fueron inadecuadas, la segunda muestra que no hubo pretensiones. Si la primera se equipara a la imperfección, la segunda es igual a una no gestación. Aquella se reconoce en el texto legal. Esta se encuentra latente asistiendo a la totalidad de las intervenciones, pues se reconoce en la norma constitucional. La primera, si es relativa, está sujeta a circunstancias de modo y tiempo. La segunda es intemporal y no tiene limitaciones circunstanciales.

"Esto en cuanto a la esencia de las dos cuestiones, porque en lo que concierne a los resultados, el reconocimiento de una u otra llegan a unificarse".

Hace un ataque a fondo contra el auto del Tribunal, en el que se rechazó definitivamente el recurso de casación y se negó la nulidad de lo actuado.

En síntesis, su razonamiento es este: Conocida por el Tribunal la nulidad o inexistencia del proceso, debió declararla, pues de lo contrario, se infería agravio al procesado. Sin que valiera alegar que el fallo de segunda instancia estaba ya ejecutoriado, pues para "deshacer una aberración como esta, no hay términos, ni ejecutorias oponibles, o excepcionables. Lo que carece de existencia no está protegido por la excepción de extemporaneidad o caducidad. No precluye lo que primero no tuvo vida. Bien parece la defensa de la ley cuando se ha aplicado la ley. Más, cuando se ha procedido contra la norma suprema y expresamente se reclama contra el abuso, ningún funcionario puede ampararse en el formalismo para dejar pasar un ataque frontal a las instituciones que regulan el juicio".

Agrega luego que el Tribunal no podía hablar de extemporaneidad, porque "si todavía hay derechos por definir, como quiera que se admite el recurso de hecho, no hay ejecutoria del fallo. El Tribunal, sin embargo, la afirma, creando el extremo de cosa juzgada, esa suprema preclusión de que habla Chiovenda (Princ. de derecho procesal civil, trad. esp., Madrid, 1.940, Tomo II, página 360).

Por último, el apoderado de Rodríguez Jiménez resume sus tesis en esta forma:

"Recapitulando: el Tribunal se funda para las negativas en que la nulidad se alegó extemporàneamente. No tiene otra base. Aceptó implícitamente que el 'proceso' se tramitó conforme a las determinaciones del Decreto 700 de 1.954. No dice que la nulidad no se presentó. Simplemente se niega a reconocerla porque el reclamo se hizo más allá del término de ejecutoria del fallo. Pero hemos visto que éste no se encontraba, como no se encuentra todavía, ejecutoriado. Y hemos visto, principalmente, que no podía evadirse la obligación de declarar nulo el proceso, y lo que no existe tampoco es impugnable.

"Los autos en que el Tribunal niega la nulidad, asienten en que verdaderamente hay nulidad. Y asienten en que el proceso cursó contra las formas que le eran propias. Pero, sin salir al àmbito constitucional, que es el que primero debe respirar el juzgador, se enquista en el criterio de extemporaneidad. Extemporaneidad para una cosa que no tiene tiempo".

VI. Este aparte o capítulo del muy interesante alegato del Dr. Luis Carlos Pérez, lleva el título de "Solución constitucional para el problema planteado".

En él se sugieren las soluciones que podrían darse en el caso que se estudia, así:

"Primero. Que la Corte se inhiba de conocer del recurso de hecho por cuanto no existe cuantía, pero haciendo la declaración de por qué no se sabe el valor del asunto, esto es, porque el proceso no existe. Esta declaración conlleva la orden de devolver las diligencias al Tribunal Superior de Aduanas para lo de su cargo;

"Segundo. Advertir al Tribunal Superior de Aduanas la irregularidad consumada y devolver las piezas con la advertencia de que haga la declaratoria de nulidad, pues el fallo no está ejecutoriado.

"De las dos, la primera responde mejor a la misión de la Corte, ya que ésta también se encuentra en presencia del artículo 200 del C. de P. P., que dispone reconocer las nulidades sustanciales allí donde se adviertan, sin esperar más actuaciones...".

VII. Destina el Dr. Luis Carlos Pérez este último capítulo de su memorial a formular a la Corte la petición atrás mencionada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

El recurso de hecho intentado contra el auto de 4 de septiembre de 1.962 del Tribunal Superior de Aduanas, por el cual se negó el de casación interpuesto por el apoderado de Alfonso Rodríguez Jiménez, se sustanció en debida forma, ya que para otorgarlo se cumplieron las prescripciones pertinentes del C. de P. P., del C. de P. Civil y del Decreto 188 de 1.958.

En la Corte ha sido sustentado en la forma expresada antes, al hacer un extracto del amplio y bien elaborado memorial del Dr. Luis Carlos Pérez.

Es el caso de decidir.

Hay lugar a recurrir de hecho ante la Corte, cuando el Tribunal de instancia negare la concesión del recurso de casación (art. 562 del C. de P. P.). Aquel recurso debe interponerse, desde luego, en tiempo oportuno, de acuerdo con las normas consignadas en los artículos 193 del C. de P. P., 513 a 516 del C. de P. Civil, y en el caso de autos, artículos 17 y 19 del Decreto 188 de 1.958.

Concretamente, el art. 516 del C. de P. Civil determina los requisitos indispensables para que el recurso de hecho sea admisible:

a). Procedencia de la apelación. En este caso, que contra la providencia respectiva pueda intentarse el recurso de casación de acuerdo con las normas legales pertinentes; que el recurso se hubiera interpuesto en tiempo, esto es, en el plazo que señalan las leyes para hacerlo; que se hayan cumplido las prescripciones o formalidades indicadas; y que la petición sobre admisión del recurso se haya hecho dentro de los precisos términos que señala el artículo 514 del C. J.

Todos los anteriores requisitos se han cumplido en el caso que se estudia.

b). El recurso de casación -arts. 556, 557 y 559 del C. de P. P.- se podrá interponer contra las sentencias allí señaladas y en las condiciones que los mismos mandatos expresan, en los procesos penales, que pudieran decirse ordinarios. En el caso de fraude a la renta nacional de aduanas, debe tenerse en cuenta, además, el art. 19 del Decreto 188 de 1.958, de acuerdo con el cual hay lugar a interponer el recurso de casación contra los fallos del Tribunal Superior de Aduanas, "cuando el valor de las mercancías es por lo menos de cien mil pesos ($100.000.oo)".

El art. 17 del Decreto 188 de 1.958 dispone que, a los juicios penales aduaneros se apliquen "las normas establecidas en los Códigos penal y de procedimiento penal, siempre que no fueren incompatibles con el procedimiento establecido en el Decreto 700 de 1.954 y en éste".

El art. 19 del mismo Decreto exige al fijar los presupuestos necesarios para que el recurso de casación proceda, que la cuantía del delito no sea inferior a cien mil pesos ($ 100.000.oo).

Esta última disposición es especial y, por tanto, de aplicación preferente. En esta forma, se debe estar, no al mandato contenido en el C. de P. P., sobre la materia, sino a lo que de manera específica se ha dispuesto para proteger una renta especial del Estado.

Hay incompatibilidad, por este aspecto, entre lo ordenado en el art. 556 del C. de P. P. y lo dicho en el art. 19 del Decreto 188 de 1.958. De donde se desprende que este último mandato debe cumplirse, cuando se trate de conceder un recurso extraordinario de casación contra sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Aduanas, y por disposición del art. 5o., regla 1a., de la Ley 57 de 1.887.

Así lo dijo la Corte, en sentencia de 20 de agosto de 1.962 y lo ha repetido en diversas oportunidades.

c). En el proceso adelantado en el Juzgado Superior de Aduanas de Bogotá contra Alfonso Rodríguez Jiménez, se hizo un avalúo de los objetos decomisados y que han figurado en este expediente. Se trata de ocho (8) estufas de gas, procedentes de los Estados Unidos e introducidas en forma irregular al país, ya que eran consideradas como mercancías de prohibida importación. Esas estufas fueron avaluadas en cuarenta mil pesos ($40.000.oo), según dictámen visible al folio 12 de las copias traídas a la Corte.

d). Si de acuerdo con lo expresado, en el caso que se estudia, falta uno de los presupuestos necesarios para el otorgamiento del recurso de casación contra la sentencia de 1o. de agosto de 1.962 del Tribunal Superior de Aduanas, y en el proceso contra Alfonso Rodríguez Jiménez, es claro que aquel recurso no podía otorgarse.

Si la cuantía del delito investigado alcanzaba apenas a cuarenta mil pesos ($ 40.000.oo), y en armonía con el artículo 19 del Decreto 188 de 1.958, no procede el recurso de casación sino en procesos cuya cuantía sea o exceda de cien mil pesos ($100.000.oo), síguese de allí que en este juicio aquél no podía concederse válidamente.

Por lo cual se concluye que el recurso de casación interpuesto por el Dr. González Robayo contra el fallo de que se trata, fue correctamente negado.

Y en estos términos, el recurso de hecho interpuesto contra el auto que tal dispuso -4 de septiembre de 1962- no prospera.

A lo anterior y sólo a ello se reduce la labor de la Corte, en este proceso, de acuerdo con el inciso 2o. del artículo 514 del C. de P. Civil.

Así lo estima, de otra parte, el apoderado de Rodríguez Jiménez, al decir en su memorial sustentatorio:

"El recurso de hecho no impugna el fondo de la apelación o de la casación, sino la negativa a concederlas. Tratándose de la sentencia, el reclamo que envuelve va dirigido contra el acto que impide el acceso al superior. Y tratándose

de lograr el recurso de casación, el de hecho impugna el auto que impide la intervención de la Corte. A ésta corresponde decidir si en realidad el fallo debe ventilarse en casación o no".

No deja de reconocer la Corte que es admirable, desde todo punto de vista, el esfuerzo cumplido por el apoderado de Rodríguez Jiménez, tendiente a obtener que esta Corporación se aparte de su función precisa, en este caso, y entre a estudiar las diversas cuestiones propuestas en el memorial sustentatorio del recurso.

Concretamente, como se vió al analizar aquel escrito, el Dr. Luis Carlos Pérez quiere "que la Corte se inhiba de conocer del recurso por cuanto no existe cuantía", o bien que señale "al Tribunal Superior de Aduanas la irregularidad consumada" y devuelva "las piezas con la advertencia de que se haga la declaratoria de nulidad, pues el fallo no está ejecutoriado".

La función de la Corte se reduce a examinar el recurso de hecho interpuesto, para saber si la casación intentada fue correctamente negada. Nada más. Cualquier irregularidad que se haya cometido en el proceso, debe ser ventilada ante el funcionario de instancia, y no en esta Corporación, cuyas atribuciones están claramente enmarcadas por la ley.

Al resolver sobre un recurso de hecho, no puede la Corte constituirse en Tribunal de instancia para entrar a estudiar la forma de rituación de los procesos ante los funcionarios inferiores. Y en este preciso caso, la Corte debe atenerse a las copias presentadas a la Secretaría, oportunamente, pues ellas dan campo a la decisión tomada.

Si el procedimiento a seguir ante el Juez de Aduanas fue equivocado, por este o aquel motivo, ello fue cuestión que debió debatirse, bien ante dicho funcionario, o en la segunda instancia, y dentro de los términos que la ley concede para tales alegaciones.

Pero no es este el momento, ni es la Corte el funcionario que deba decidir sobre tales irregularidades o informalidades de procedimiento.

Que el avalúo del folio 12 no existe -dice el procurador de Rodríguez Jiménez- por cuanto no se cumplió de acuerdo con los dictados del decreto 2425 de 1.953, es cuestión que no se entra a examinar aquí, pues con ello la Corte se saldría de los cauces que la ley le señala, incurriendo así en violación de normas. Tal cuestión debió ser propuesta, al enterarse el procesado o su apoderado de la situación creada.

De la misma suerte si el proceso se adelantó de acuerdo con normas inexistentes, por haber sido declaradas inexequibles, es asunto que debió ventilarse ante el Juez de la primera o de la segunda instancia, pero no en la Corte, cuyas funciones han sido expresamente determinadas en la ley. Sacar, por este aspecto, de su función a esta Corporación, sería llevarla a invadir campos que no son los suyos, con mengua de sus verdaderas funciones.

La Corte se abstiene de decidir sobre las múltiples cuestiones planteadas por el Dr. Luis Carlos Pérez, en su extraordinaria pieza jurídica, primero porque ello no está dentro de su especifica función, y luego, porque al resolver un recurso de hecho, no cabe dar órdenes a los funcionarios inferiores distintas de las señaladas en el inciso 2o. del artículo 514 del C. de P. Civil.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Fué bien denegado el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal superior de Aduanas, en el proceso contra Alfonso Rodríguez Jiménez, a que se hizo referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la "Gaceta Judicial".

Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. Simón Montero Torres. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

LEY PERMISIVA O FAVORABLE. APLICACION DEL ART. 45 DE LA LEY 153 DE 1.887 A PROCESOS POR "POSESION ILEGITIMA DE ARMAS DE FUEGO Y MUNICIONES"

El inciso 2o. del art. 26 de la Constitución Nacional dice que "en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". Y el 45 de la ley 153 de 1.887 señala que "si la nueva ley le quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto o rehabilitación".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, ocho de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Para resolver con respecto al recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal 1o. del Tribunal Superior Militar contra la sentencia de esa Corporación, fechada el 30 de marzo de 1.962, la Sala toma en CONSIDERACION lo siguiente:

1o. El Consejo de Guerra Verbal que juzgó al señor PEDRO EMILIO PRADA OCHOA impuso a éste la pena principal de cinco años y un mes de presidio, como responsable "del delito denominado 'posesión ilegítima de armas de fuego y municiones', de que trata el Decreto Legislativo No. 0284 de 1.958.

2o. Dicho fallo fué revocado por el Tribunal Superior Militar mediante la sentencia ya citada, para absolver, en cambio, al procesado.

3o. La demanda de casación fuè presentada el 1o. de septiembre de 1.962, la cual amplió el señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y de la Policía en escrito fechado el 20 de octubre del mismo año.

4o. Los hechos por los cuales fué juzgado PRADA OCHOA corresponden a lo que define como delito el artículo 1o. del Decreto Legislativo No. 0284 de 1.958 (portar o mantener en su poder armas de fuego o municiones para las mismas), estatuto èste y sus concordantes que fueron derogados por el artículo 14 de la ley 56, de 7 de noviembre de 1.962, la cual aparece publicada en el número 30950 del "Diario Oficial" de fecha 14 de noviembre último.

Tales hechos, pues, dejaron de constituir infracción penal.

5o. El inciso segundo del artículo 26 de la Constitución Nacional dice que "en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se

aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Y el 45 de la ley 153 de 1.887 señala que "si la nueva ley le quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto o rehabilitación".

De lo anterior se desprende que la Corte no puede ocuparse del examen de los cargos hechos, dentro de este recurso de casación, a la sentencia del Tribunal Superior Militar, por la cual fué absuelto el procesado PEDRO EMILIO PRADA OCHOA, respecto del delito de "posesión ilegítima de armas de fuego y municiones".

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de conocer del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de 30 de marzo de 1.962, de la cual se ha hecho mérito.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese y Notifíquese. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. Simón Montero Torres. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto Léon L., Secretario.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL HONOR SEXUALES

Corrupción de menores. Alcance de la ley penal colombiana en la tutela del honor sexual. En la mujer la moral sexual se confunde con la castidad. Conceptos sobre la castidad. Grados de pureza que la ley colombiana toma en cuenta para incriminar el acceso carnal con mujer menor de dieciséis años y mayor de catorce. Cuando las relaciones sexuales, moralmente ilícitas y lesivas de la castidad de la mujer, ya habían sido cumplidas en ella con su consentimiento, un nuevo ayuntamiento sexual, realizado en las mismas circunstancias, no puede ofender un interés, el honor sexual, que ya no existe. Error en la interpretación del Art. 326 del C. P.

1. De acuerdo con la legislación penal colombiana (Título XII de su Libro 2o. "Delitos contra la libertad y el honor sexuales"), no puede haber delito contra el patrimonio sexual de las personas sino cuando el agente cumple en el sujeto pasivo, o a éste le hace realizar, un acto erótico capaz de ofender la libertad o el honor sexuales, u otro interés específicamente resguardado en alguna de las disposiciones del citado Título.

Cabe, entonces, preguntar: ¿Cuál es el bien tutelado en el art. 326 del Código Penal? Para responder, debe tomarse en consideración primeramente que el legislador colombiano de 1.936 no se propuso, con esa norma, seguir el criterio señalado en el Código Penal de Méjico, de crear una especie de estupro por engaño presunto, a fin de resguardar la libertad sexual de las mujeres menores de dieciséis años y mayores de catorce, aún respecto del acceso carnal por ellas consentido, pues si tal hubiera sido su pensamiento, el citado art. 326 habría hecho parte del Capítulo II del Título XII, el cual se ocupa del estupro, y no, como aparece, del Capítulo V, que trata de la corrupción de menores.

Y como la corrupción, en su alcance sexual, puede ser psico-fisiológica (en los impúberes) y moral (en los púberes), es evidente que el art. 326, por referirse a las mujeres mayores de catorce años (estimadas púberes en el alcance de la ley penal colombiana y también en el Código Civil, que autoriza el matrimonio de las mujeres mayores de doce años), consagra una tutela del honor sexual, esto es, reprime los actos eróticos del agente, especificamente el acceso carnal, cuando tienen la capacidad de corromper moralmente a la víctima, es decir, de lesionar su honestidad sexual.

2. Es incuestionable que una mujer que ha faltado a la castidad no es sexualmente honesta.

Dice el Diccionario de la Real Academia que el honor "es una cualidad moral que nos lleva al más severo cnmplimiento de nuestros deberes repecto del prójimo y de nósotros mismos. Consiste, también, en la honestidad y recato en las mujeres, y buena reputación que se granjean con esas virtudes".

El honor sexual requiere, para ser conservado, la abstención de los placeres libidinosos calificados de ilícitos por la moral media de un pueblo dado; y exige, igualmente, una correcta actitud respecto del pudor público y privado.

En lo que respecta a la mujer, la moral sexual se confunde con la castidad, entendida ésta como el sometimiento a las normas que gobiernan el uso de los placeres eróticos, o, como señalan los moralistas, "virtud por la cual reprimimos la concupiscencia de la carne por el gobierno de la razón".

3. Si una mujer se ha entregado voluntariamente, permitiendo que un varón realice con ella el acceso carnal y ese trato erótico resulta moralmente ilícito por constituir una falta contra la castidad, es obvio que deja de ser sexualmente honesta, si a ello fue determinada únicamente por satisfacer su apetencia genésica.

Esa persona ya no es, por tanto, sujeto pasivo moralmente corruptible mediante una posterior entrega sexual a otro hombre, si éste nada nuevo y lesivo de la honestidad sexual ha realizado en ella. Vale decir, si la actividad erótica cumplida por el agente no es de primera enseñanza, así resulte también moralmente ilícita como la anterior. La repetición de igual acto libidinoso, en las mismas condiciones de ilicitud moral (falta de castidad de la menor púber) no tiene idoneidad para ofender una honestidad sexual que otro ya lesionó en el mismo grado.

En este caso, que es lo que se examina con respecto a las relaciones sexuales habidas entre el procesado y la menor, no puede darse el delito previsto en el art. 326 del Código Penal, porque no existe en el sujeto pasivo honestidad sexual que pueda ser ofendida, interés éste que ampara dicho precepto.

Anota LUIS CARLOS PEREZ, conforme a cita que hace el demandante, que "no es justo responsabilizar como corruptor al que tuvo acceso carnal con mujer que ha perdido su honra... Declarar lo contrario equivaldría a adjudicar a uno solo la corrupción que otros procuraron antes", ("*Derecho Penal Colombiano*", Edit., Temis, T. II, pág. 366).

4. Esta Sala, en providencia de 2 de junio de 1.954 (G. J. T. LXXVII No. 2142), que cita el *ad-quem* en el fallo recurrido dice lo siguiente: "No son dos sino tres los grados de pureza que la ley colombiana toma en cuenta para determinar el grado de responsabilidad que incumbe a quien tiene relaciones carnales, fuera del matrimonio, con una mujer menor de dieciséis años y mayor de catorce. Grados que corresponden a la pureza diáfana, a la corrupción incipiente apenas o aún susceptible de gravedad, o a la ya decantada y reconocida corrupción moral del sujeto pasivo de la infracción. En el primer caso, el Código Penal condena a los culpables a la mayor pena que contempla el art. 326 de su texto, puesto en relación con el 317 ibídem. En el segundo caso, el aumento de pena que esta última disposición señala no es procedente. En el último caso, en fin, pero solo en él, bien puede sostenerse la tesis de la inculpabilidad de los acusados de un delito imposible".

La afirmación contenida en la parte transcrita de dicha sentencia, conforme a la cual solo en "la ya decantada y reconocida corrupción moral del sujeto pasivo de la infracción..." es cuando "puede sostenerse la tesis de la inculpabilidad de los acusados de un delito imposible", es equivocada, pues dentro de una corrupción incipiente (primer acceso carnal ilegítimo, esto es, contrario a la castidad, de una mujer menor de dieciséis años y mayor de catorce) cabe, así mismo,

afirmar la inexistencia del delito previsto en el art. 326 del Código Penal, en cuanto a la repetición del ayuntamiento sexual que esa misma mujer cumpla con otro hombre, de manera igualmente ilegítima (contrario a la castidad), pues el nuevo acto libidinoso no puede ofender una honestidad sexual que, en el mismo grado, ya antes había sido lesionada.

Claro está que puede existir una corrupción incipiente que no excluye el delito, si el posterior acto erótico es de primera enseñanza y capaz, por tanto, de agravar la corrupción moral del sujeto pasivo, esto es, de ofender más intensamente su honestidad sexual. Por caso, cuando la mujer menor de dieciséis años y mayor de catorce ha sido objeto, con su consentimiento, pero de manera éticamente ilícita (contra la castidad), de actos erótico-sexuales diversos de acceso carnal (corrupción de menores en el caso del primer inciso del art. 325 del C. P.), y posteriormente cumple otro en ella el ayuntamiento sexual, pues resulta evidente que aquella corrupción moral incipiente resulta agravada, por el mayor significado erótico que el acceso carnal implica con respecto a los actos libidinosos sin intromisión viril, como, por ejemplo, la simple palpación de las partes pudendas de la víctima.

Cuando el acceso carnal, moralmente ilícito y lesivo, por tanto, de la castidad de la mujer, ya había sido cumplido en ella, con su consentimiento, el posterior ayuntamiento sexual, realizado en las mismas circunstancias de ilegitimidad ética, no puede ofender un interés, el honor sexual, que ya no existe. Es aquí, entonces, donde resulta incuestionable la afirmación de que no puede corromperse lo que ya está corrompido.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, trece de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, fechada el 18 de julio de 1.962, por la cual le fué impuesta al procesado GREGORIO MONTAÑA la pena principal de un año de prisión, como responsable del delito de corrupción de menores cometido en la persona de María Matilde Téllez.

HECHOS:

Según se desprende de la copia del acta de bautismo de María Matilde Téllez, el 16 de agosto de 1.960 cumplió quince años de edad, (f. 14 del primer Cdn.).

Refiere la nombrada que en ese año de 1.960, sin precisar en qué mes, con su consentimiento tuvo relaciones sexuales con GREGORIO MONTAÑA, habiendo acudido para ello al hotel "Gloria", de la ciudad de Ibagué. Afirma que MONTAÑA la desfloró, pues antes no había tenido trato carnal con persona alguna. Sin embargo, de esto último se retracta en escrito presentado por ella misma (fls. 62 y v), en el cual se lee lo siguiente:

"Aunque yo tuve acceso carnal con. . ." Gregorio Montaña. . . . , "fue un acto ejecutado con pleno consentimiento mío, con la advertencia que él no me

perjudicó, porque yo había ejecutado ese mismo acto con otros hombres. Si en mi anterior declaración le hice ese cargo, ello obedeció porque estaba atemorizada por mis padres y ellos me obligaron a qué tenía que acusarlo en mi declaración, sin comprender hasta ese momento la gravedad del asunto. . . . .".

Acepta el procesado Gregorio Montaña haber cumplido con la menor María Matilde Téllez el ayuntamiento carnal, por varias veces, tanto en el año de 1.960 como en de 1.961 (el proceso fue iniciado, por denuncia de la madre de María Matilde, el 27 de marzo de este último año). Sin embargo no menciona la fecha en la que esas relaciones sexuales tuvieron comienzo, ni le fué ésto preguntado por el instructor a pesar de su fundamental importancia, pues otras personas admiten haber realizado el acceso carnal con la citada menor por lo menos desde el mes de abril de 1.960.

Ahora bien:

El Juzgado 1o. Penal del Circuito de Ibagué, mediante providencia de 25 de septiembre de 1.961, sobreseyó definitivamente en favor del procesado, resolución que fue revocada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, fechada el 6 de diciembre del mismo año, en la cual dispuso llamarlo a juicio por el delito de Corrupción de Menores, de que trata el Capítulo V del Título XII (Libro 2o.) del Código Penal.

Posteriormente, el **a quo** dictó sentencia absolutoria con fecha 29 de marzo de 1.962, proveído del cual cabe transcribir lo siguiente:

"Es de notar, además, que no estando desvirtuada la confesión del procesado y antes por el contrario reforzada por múltiples testigos, ha de tenerse como confesión indivisible sobre los hechos por él confesados. Dentro de este orden de ideas tenemos que, antes de conocer a María Matilde, ésta había tenido relaciones sexuales con el deponente Hernando Cañizález y que a tal relación carnal se prestó voluntariamente y con la facilidad de las mujeres dedicadas a la explotación del sexo. Es así como Cañizález, el mismo día que la conoce, le propone trato carnal, el cual es aceptado inmediatamente por María Matilde, sin existir entre estos amantes ocasionales el menor conocimiento entre sí, como ya se dejó anotado, y que tal propuesta se hizo por Cañizález, por estar convencido éste de que la menor María Matilde era una 'nocherita' a quien había visto trabajando en un bar denominado 'La Caucana', ubicado en un sitio de 'mala muerte', como dijo el testigo, y que, además, la había visto en altas horas de la noche con diferentes hombres. De manera que María Matilde, antes de entregarse a Gregorio Montaña, era una persona que gozaba de su sexo sin mayores miramientos, solo en consideración al placer que prodiga la carne.

"Otros testigos habían visto a la menor, también, en altas horas de la noche, con otros hombres, trabajando en un bar diferente al ya citado, y en cierta oportunidad llegar a su casa de habitación completamente embriagada. En resumen, antes de tener trato carnal con Gregorio Montaña, María Matilde Téllez había tenido trato carnal no solamente con Cañizález, quien no la encontró virgen, sino con otros hombres, y su vida era la de una mujer licenciosa, entendida esta palabra . . . . . como 'dado a las pasiones o a los vicios. . . .'. Y esa manera de ser de María Matilde concuerda con la forma como se le entregó a Montaña, concurriendo a los hoteles de la ciudad, sin freno alguno, sin sujeción a sus padres, aún permitiendo la entrada a la mísera habitación que para cohabitar le tenía el procesado a un extraño, tal como lo relata este encausado".

Más adelante se dice lo que pasa a transcribirse:

"Con el debido respeto que nos merece la decisión adoptada por el Honorable Tribunal Superior de este Distrito, así como las argumentaciones en èl incluídas, el juzgado del conocimiento se permite disentir de ellas en razón....." de que... "si el fin buscado por la norma prevista en el artículo 326 de la obra citada es la libertad (sic) y el honor sexuales, en íntima conjunción (sic), es requisito indispensable para la tipificación del hecho delictuoso que el sujeto pasivo de la infracción sea sujeto corruptible, ya que si no lo es, la ley no puede proteger a quien no es titular de ese derecho por haberlo perdido y continuar haciendo una vida contrária al bien tutelado....", como cabe decir de María Matilde Tellez.

"No siendo sujeto corruptible..." la antes nombrada ..... "mal podia corromper Gregorio Montaña lo que ya estaba corrompido y, por lo tanto, sus actos son inocentes y en consecuencia debe ser absuelto, en concordancia con la tesis de la defensa".

El **ad quem**, en la sentencia recurrida, revoca el fallo de primera instancia y condena, en cambio, a Gregorio Montaña a la pena principal de un año de prisión, como responsable del delito de corrupción de menores.

En este proveído se hacen las siguientes consideraciones:

"Nada màs claro que el artículo 326 en su contenido y en su redacción. La figura allí comtemplada parte de dos presupuestos que constituyen los elementos esenciales: acceso carnal con mujer mayor de 14 años y menor de 16, y consentimiento o nó de la mujer. El numeral segundo de ese artículo aumenta la pena cuando se trata de una mujer virgen o de irreprochable honestidad.

"Cuando el sentido de la ley es claro, a él debe atenerse el juzgador sin tratar de cosultar su espíritu ni interpretar sus cláusulas.

"Si una menor de dieciséis años y mayor de catorce ha tenido acceso carnal con un hombre, la ley sanciona este acto teniendo en cuenta únicamente la edad de la ofendida y la protección especial que por razón de esa edad merece aquèlla. En estos delitos sexuales se parte, como lo dicen los expositores, de la debilidad mental de la mujer y su escasa experiencia. La edad hace suponer también cierta honestidad.

"Por interpretación benigna dice el Tribunal, podría sostenerse en principio que una mujer pública o meretriz no es susceptible del delito de corrupción, pues no se puede corromper lo que ya lo està.

"Por eso la misma Corte distingue tres etapas en los grados de pureza de la mujer para que pueda ser agente (sic) pasivo del delito de corrupción: pureza diáfana y virginidad irreprochable; corrupción incipiente, o prostitución, que presupone reconocida corrupción moral.

"De las pruebas presentadas pudiera aceptarse una corrupción incipiente por sus relaciones carnales con Cañizález, si se acepta la declaración de éste como prueba completa, ya que és el único que afirma el hecho. Y esa declaración es un tanto sospechosa.

"No hay base para sostener que se trate de una mujer corrompida o meretriz, sino a lo sumo de una corrupción incipiente.

"La disposición violada en el presente caso es la señalada en el numeral (sic) primero del art. 326 del Código Penal".

DEMANDA DE CASACION.

En su condición de apoderado de Gregorio Montaña, el doctor Agustín Gómez Prada acusa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho referencia, con invocación de las causales primera y segunda de casación, así:

a). "Causal primera. El Tribunal violó la ley penal, por errónea interpretación y por indebida aplicación de la misma. El Tribunal interpretó erradamente el artículo 326 del Código penal y lo aplicó al caso del proceso, en vez de absolver al acusado, según el artículo 203 del código de procedimiento penal, por no estar probado ni el cuerpo del delito, ni la responsabilidad".

b). "Causal segunda: En la sentencia recurrida, y, por errada interpretación de los hechos, se les dió un valor que no tienen, se desconoció el valor de otros y los que sirvieron para condenar fueron para el Tribunal -erradamente- elementos constitutivos del delito y determinantes de la sanción".

Dentro de la causal segunda, expresa el demandante que "en subsidio, invoco el error esencial de hecho no proveniente de negligencia, que ha hecho al acusado proceder con plena buena fe (art. 23, ord. 2o del C. P.)".

A las consideraciones del impugnante habrá de referirse la Sala más adelante.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Dice el señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal que "no obstante que la técnica enseña que, en caso de invocación de las dos causalas planteadas, debe tenerse la 2a. como principal y la 1ª. como subsidiaria, este Despacho acepta la inversión que se ha hecho al proponerlas, toda vez que el problema debatido lo permite y, con ese orden, se facilita el análisis del planteamiento. Así, pues, esta Procuraduría entra a responder los cargos en el orden indicado".

Pasa luego a ocuparse de los cargos hechos por el doctor Gómez Prada, con invocación de la causal prevista en el ordinal 1o. del art. 567 del C. de P. P., los cuales considera el Ministerio Público probados. Asimismo, considera el señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal demostrada la causal segunda de casación, pues, anota, "la omisión que se hizo por parte del Tribunal de las declaraciones mencionadas...." (de Hernando Cañizález, Floresmiro Meneses, Eduardo Galindo, Crisanto Torres, Dionisio Aragón, Luis Alberto Quintana y Luis Alberto Castro)... "al valorar el acervo probatorio, así como la errada interpretación o apreciación de los hechos expuestos por el procesado y por María Matilde Téllez Garibello en concordancia con el dicho de casi todos los deponentes; el haberle negado su verdadero valor a los testimonios de Floresmiro Meneses y Hernando Cañizález, condujo necesariamente a la errada interpretación e indebida aplicación del artículo 326 del Código Penal, como se pudo verificar al estudiar la causal primera".

Concluye expresando que "con la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, se han violado los

artículos 224 y 203 del C. de P.P. y el 326 del C.P., incurriendo, por ello, en las causales la. y 2a. del artículo 567 del Código de Procedimiento".

LA SALA CONSIDERA.

El Tribunal Superior de Ibagué no acepta concretamente que la menor María Matilde Téllez hubiera realizado el acceso carnal con persona alguna, distinta del procesado Gregorio Montaña. En efecto, como se dejó transcrito, anota que "de las pruebas presentadas pudiera aceptarse una corrupción incipiente por sus relaciones carnales con Cañizález, si se acepta la declaración de éste como prueba completa, ya que es el único que afirma el hecho. Y esa declaración es un tanto sospechosa".

De consiguiente, no solo por acomodarse mejor a la técnica del recurso de casación, sino porque la errónea interpretación y la indebida aplicación del Art. 326 del Código Penal, alegadas por el impugnante, así lo aconsejan, (como que ellas se apoyan en la corrupción anterior de la supuesta ofendida, causada por sus relaciones sexuales con otras personas) corresponde examinar primeramente los cargos formulados bajo la causal prevista en el ordinal 2o. del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

A. - CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.

Como se dejó antes observado, por una deficiencia del instructor no se averiguó al procesado ni a la supuesta ofendida por la fecha en la que los dos cumplieron por primera vez el acceso carnal. Lo único que se conoce al respecto es que ello ocurrió en el año de 1.960, como refiere Gregorio Montaña. Esa información era de tanta importancia, como que el testigo Hernando Cañizález admite que en el año citado, posiblemente en el mes de abril, tuvo relaciones sexuales con María Matilde Téllez, de quien se dio cuenta que ya estaba desflorada. No se determinó, pues, cuál de los dos, Montaña o Cañizález, poseyó carnalmente primero a la menor Téllez Garibello.

Claro está que María Matilde, en el escrito de que se hizo ya referencia, dice que Gregorio no la "perjudicó, porque ya yo había ejecutado ese mismo acto con otros hombres". Pero, aún restándole credibilidad a esta retractación de su primer testimonio, en el cual declara que "cuando yo me salí con Gregorio ya no estaba señorita, porque él mismo me había perjudicado desde cuando estaba en mi casa", es evidente que el **ad quem**, en la sentencia impugnada, incurrió en un manifiesto error en la apreciación de las pruebas, pues de su examen se desprende que la supuesta ofendida, para la época en que con el procesado inició el trato carnal, ya había tenido relaciones sexuales con otras personas, no siendo del caso concluir, como lo hace el Tribunal Superior de Ibagué, que la declaración de Hernando Cañizález, en cuanto acepta haber cumplido el acceso carnal con la Téllez Garibello, "es un tanto sospechosa" pues los siguientes elementos de juicio le dan plena credibilidad:

a). El proceso se inició el día 28 de marzo de 1.961, en virtud de denuncia formulada por la madre de María Matilde, señora Ruperta Garibello de Téllez. El día 3 de abril del mismo año rindió declaración la supuesta ofendida y el día siguiente fue indagatoriado Gregorio Montaña, diligencia en la cual refiere que Hernando Cañizáles había poseído carnalmente a la Téllez Garibello antes que él,

según le había contado al mismo Cañizález. El seis de abril rindió declaración este último y en ella manifiesta que "hace más o menos un año, por esta época, tuve un encuentro con María Matilde Téllez, a quien conocía de vista cuando iba a llevar alimentaciones al Penal. Eso fué en la Plaza de Bolívar y la invité a una tienda a que nos tomáramos algo. Fuimos y ella se tomó una gaseosa y yo una costeñita. Estando allí le propuse que fueramos a un hotel y ella me aceptó y cogimos entonces un carro y nos fuimos para el hotel 'Topacio'; allí llegamos y le dije al que atendía allí que me alquilara una pieza y tuve contacto sexual con María Matilde". Agrega, por razón de una pregunta del instructor, que "claro que yo sabía que estaba acostumbrada, porque yo la había visto con varios hombres a todas horas de la noche, inclusive estuvo trabajando en una cantina de mala muerte, en la calle 14, que se llama 'La Caucana'; yo estaba seguro de que era una nocherita, y por eso le hice la propuesta...". No cabe, entonces, suponer entendimiento alguno entre el procesado y el testigo Cañizález con respecto a las relaciones sexuales de éste con María Matilde, pues sus declaraciones fueron recibidas solo con un día de diferencia, coincidiendo Hernando en el relato hecho por Gregorio en cuanto a ese particular.

b). El señor Floresmiro Meneses, guardián de la Penitenciaría de Ibagué (como también lo eran el procesado y el padre de la supuesta ofendida) declara, el seis de abril de 1.961, lo siguiente:

"Yo hace como un año que conocía a María Matilde Téllez, cuando iba al penal a llevarle de comer al papá, que era también guardián. En una ocasión me la encontré frente a la puerta de entrada del penal y me propuso que la fuera a acompañar hasta la casa, porque eran ya como las siete de la noche. Yo no quería ir, pero al fin me fuí con ella hasta la plazuela de 'Belén', subimos por la carrera 7a. y al llegar allí le propuse que fuéramos por ahí a una manga y me contestó que sí, pero que esa noche no, porque con ella iba un pelado que le llevaba comida a otro guardián. Yo me volví y me entré al penal.....".

De lo antes referido, no cabe duda alguna de que María Matilde, para el mes de abril de 1.960, ya había tenido relaciones sexuales con diferentes personas, pues de otra manera no puede admitirse que aceptara, de inmediato, la propuesta que le hizo este testigo Meneses de ir a cohabitar con él, en un potrero.

No resulta, por tanto, increíble la afirmación de Hernando Cañizález, según la cual, para esa misma época, tuvo acceso carnal con María Matilde, no habiéndola encontrado virgen.

c). El Señor Luis Alberto Quintana Espinosa, agricultor de profesión, dice el 12 de julio de 1.961 que a "Matilde Téllez hace que la conozco por ahí unos tres años y por tal conocimiento me consta que dicha muchacha sale sola, es decir, sin ningún familiar; la he visto andando en compañía del Sargento Núñez, de la Brigada; yo también he salido con ella; la he visto por las noches y en el mes de febrero o marzo, no recuerdo bien, llegó borrachita a la casa donde vivían primero. No me consta haberla visto en los buses. La ví dos veces por los lados de la Penitenciaría, pero esperando al Sargento Núñez".

A una pregunta del funcionario de instrucción, dice que "respecto a la conducta de dicha muchacha Matilde Téllez, puedo afirmar que es una mujer de la calle y le para 'bolas' a quien le salga; para mi concepto, es mala su coducta".

d). El guardián de la Penitenciaría de Ibagué, señor Eduardo Galindo Palma, afirma que ha "visto a María Matilde Téllez con varios hombres, a altas horas de la noche". Agrega que "la conocí trabajando en el Bar 'Kolkana', en la calle 14 entre carreras 2a. y 1a., de esta ciudad y se ve que es muchacha 'fregada', es decir, no es de buena conducta".

e). En igual sentido rinden testimonio los señores Luis Alberto Castro, ordenanza de la Penitenciaría Central de Ibagué, y Crisanto Torres, maestro instructor del mismo establecimiento.

f). El declarante Dionisio Aragón manifiesta que Hernando Cañizález le contó que había encontrado a María Matilde Téllez, "la había invitado a tomar cerveza y según me dió a entender, había tenido contacto sexual con ella".

Tiene, pues, razón el demandante cuando afirma que "la presunta víctima no era mujer honesta, no recibió enseñanza sexual prematura del acusado, no pudo ser corrompida por él y, por consiguiene....." incurrió el **ad quem** en manifiesto error en la apreciación de las pruebas, al no considerar como suficientemente creíble la declaración de Hernando Cañizález (de la cual se dice en el fallo impugnado que es sospechosa) respecto del trato carnal que dice cumplió con la Téllez Garibello. Este hecho, entimándolo como ocurrido antes de iniciar Gregorio Montaña sus relaciones sexuales con la supuesta ofendida, ha debido constituír un presupuesto de la sentencia, con apoyo, al menos, en lo que dispone el artículo 204 del C. de P. P., según el cual "toda duda debe resolverse a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla".

Al menos, se dice, porque bien puede considerarse que en este caso, de acuerdo con las pruebas antes relacionadas, resulta evidenciado que María Matilde había cumplido ya el acceso carnal con otros cuando el procesado lo realizó con ella por primera vez, en el año de 1.960.

La Sala acoge, por tanto, la aseveración del demandante, de que "la presunta víctima no era mujer honesta; no recibió enseñanza sexual prematura del acusado; no pudo ser corrompida por él y, por consiguiente,... " el Tribunal Superior de Ibagué hizo una estimación equivocada de las pruebas, sobre este particular.

Los cargos hechos al fallo recurrido, con invocación de la causal segunda de casación, resultan demostrados. Mas como en la sentencia se considera que una "corrupción incipiente", como la que "podría" predicarse de la Téllez Garibello, no excluye el delito que define el artículo 326 del Código Penal, corresponde deducir la conclusión a que llega la Sala en el examen de la causal segunda estudiada a través del examen de los cargos que también hace el demandante, con invocación de la norma contenida en el ordinal 1o. del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

B. - CAUSAL PRIMERA DE CASACION

Dice el demandante que el Tribunal Superior de Ibagué, en el fallo recurrido, incurrió en error en la interpretación del artículo 326, pues al hacerla, "omite en forma absurda una noción cardinal y esencial: la que el género del delito es la 'corrupción de menores', que encabeza....." el art. 325... "diciendo 'el que corrompa a un menor'. De manera que si no se 'corrompe a un menor', no se pue-

de hablar de delito. Por eso la jurisprudencia y la doctrina han admitido el principio de que no se puede corromper lo que ya está corrompido".

Y luego de relacionar la jurisprudencia de la Corte sobre este particular y de transcribir las opiniones de algunos tratadistas nacionales y extranjeros, los cuales se ocupan de este mismo tema, expresa que "el delito no se configura con solo la edad de la mujer (entre 14 y 16 años) y el acceso carnal. Falta un elemento más, el bién jurídico tutelado, el de la honestidad de la mujer, implícito en todo el contenido del título respectivo".

Pues bien:

El Código Penal mejicano de 1.929, derogado por el de 1.931, al ocuparse del delito de estupro decía en el art. 857 que "por el solo hecho de no pasar de dieciseis años la estuprada, se presumirá que el estuprador empleó la seducción o el engaño".

Probablemente en este precepto y no en el artículo 326 del Código Penal Colombiano se apoyó el Tribunal Superior de Ibagué para decir que "si una mujer menor de diez y seis años y mayor de catorce ha tenido acceso carnal con un hombre, la ley sanciona este acto teniendo en cuenta únicamente la edad de la ofendida y la protección especial que por razón de esa edad merece aquella. En estos delitos sexuales se parte, como dicen los expositores, de la debilidad mental de la mujer y su escasa experiencia. La edad hace suponer también cierta honestidad".

En efecto, parece que el juzgador de segunda instancia estima que en el delito previsto en el citado artículo 326 del Código Penal se establece, antes que una tutela del honor sexual, un amparo de la libertad sexual, aún con respecto del acceso carnal consentido por la mujer menor de dieciséis años, pero mayor de catorce, fundada tal opinión en un supuesto vicio del consentimiento debido a la escasa experiencia de la ofendida y a lo que el ad quem denomina "debilidad mental" de la menor.

Pero este criterio, valedero para el juzgador mejicano cuando estuvo vigente el precepto contenido en el artículo 857 del Código Penal de dicha nación, antes transcrito, el cual creaba claramente una especie de estupro por engaño presunto, con base en la corta edad de la ofendida, no puede ser tenido en cuenta para señalar el alcance de la norma contenida en el artículo 326 del Código Penal de Colombia, por las siguientes consideraciones:

1a. De acuerdo con la legislación penal colombiana (Título XII de su Libro 2o., "Delitos contra la libertad y el honor sexuales"), no puede haber delito contra el patrimonio sexual de las personas sino cuando el agente cumple en el sujeto pasivo, o a éste le hace realizar, un acto erótico capaz de ofender la libertad o el honor sexuales, u otro interés específicamente resguardado en alguna de las disposiciones del citado Título.

Cabe, entonces, preguntar: ¿Cuál es el bien tutelado en el precepto contenido en el artículo 326 del Código Penal?.

Para responder, debe tomarse en consideración primeramente que el legislador colombiano de 1.936 no se propuso, con esa norma, seguir el criterio señalado en el Código Penal de Méjico, de crear una especie de estupro por engaño presunto, a fin de resguardar la libertad sexual de las mujeres menores de dieciséis años y mayores de catorce, aún respecto del acceso carnal por ellas consen-

tido, pues si tal hubiera sido su pensamiento, el citado artículo 326 había hecho parte del Capítulo I I del Título XII, el cual se ocupa del estupro, y no, como aparece, del Capítulo V, que trata de la corrupción de menores.

Y como la corrupción, en su alcance sexual, puede ser psico-fisiológica (en los impúberes) y moral (en los púberes), es evidente que el artículo 326, por referirse a las mujeres mayores de catorce años (estimadas púberes en el alcance de la ley penal colombiana y también en el Código Civil, que autoriza el matrimonio de las mujeres mayores de doce años) consagra una tutela del honor sexual, esto es, que reprime los actos eróticos del agente (específicamente el acceso carnal) cuando tienen la capacidad de corromper moralmente a la víctima, es decir, de lesionar su honestidad sexual.

2a. Es incuestionable que una mujer que ha faltado a la castidad no es sexualmente honesta.

Dice el Diccionario de la Real Academia que el honor "es una cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos. Consiste, también, en la honestidad y recato en las mujeres, y buena reputación que se granjean con esas virtudes".

El honor sexual requiere, para ser conservado, la abstención de los placeres libidinosos calificados de ilícitos por la moral media de un pueblo dado; y exige, igualmente, una correcta actitud respecto del pudor público y privado.

En lo que respecta a la mujer, la moral sexual se confunde con la castidad, entendida ésta como el sometimiento a las normas que gobiernan al uso de los placeres eróticos, o, como señalan los moralistas, "virtud por la cual reprimimos la concupiscencia de la carne por el gobierno de la razón".

El tratadista mejicano FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA distingue la castidad de la mujer, así:

"a). Aun cuando la castidad de las solteras generalmente es de orden virginal y, en este caso, supone la pureza de todo contacto carnal, dentro de esta categoría deben incluirse no solo a las mujeres que habiendo tenido un desliz sexual pasan el resto de su vida castamente..., sino, con mayor razón, a las que han resentido contra su voluntad un acto sexual violento....", o abusivo.

"b). Al igual que las solteras, la castidad de las viudas, divorciadas y la de aquellas cuyo matrimonio haya sido anulado, consiste en la privación de las relaciones sexuales", y

"c). En las casadas consiste en la abstención de todo placer sexual fuera del matrimonio.....".

Agrega este autor que "no obstante la abstinencia de acciones físicas de lubricidad, la mujer no es honesta si revela en su conducta un estado de corrupción moral o psíquica, como cuando se dedica a lucrar con el lenocinio, o cuando ingresa voluntariamente al prostíbulo en espera de postor para su virginidad, o cuando se presta a exhibiciones impúdicas, etc.", ("Derecho penal mejicano", Edit. "Porrua", Méjico, 1.945, t. III, p. 128 a 132).

Así, pues, si una mujer se ha entregado voluntariamente, permitiendo que un varón realice con élla el acceso carnal y ese trato erótico resulta moral-

mente ilícito por constituir una falta contra la castidad, es obvio que deja de ser sexualmente honesta, si a èllo fue determinada únicamente por satisfacer su apetencia genésica.

Esa persona ya no es, por tanto, sujeto pasivo moralmente corruptible mediante una posterior entrega sexual a otro hombre, si este nada nuevo y lesivo de la honestidad sexual ha realizado en ella. Vale decir, si la actividad erótica cumplida por el agente no es de primera enseñanza, así resulte también moralmente ilícita como la anterior. La repetición de igual acto libidinoso, en las mismas condiciones de ilicitud moral (de falta de castidad de la menor púber) no tiene idoneidad para ofender una honestidad sexual que otro ya lesionó en el mismo grado.

En este caso, que es el que se examina con respecto a las relaciones sexuales habidas entre Gregorio Montaña y María Matilde Téllez, no puede darse el delito previsto en el art. 326 del Código Penal, porque no existe en el sujeto pasivo honestidad sexual que pueda ser ofendida, interès éste que ampara dicho precepto.

Anota LUIS CARLOS PEREZ, conforme a cita que hace el demandante, que "no es justo responsabilizar como corruptor al que tuvo acceso carnal con mujer que ha perdido su honra.....Declarar lo contrario, equivaldría a adjudicar a uno solo la corrupción que otros procuraron antes", ("Derecho Penal Colombiano", Edit, Temis", t. I I, p. 366).

Esta Sala, en providencia de 2 de junio de 1.954 (G.J. t. LXXVII, No. 2142), que cita el ad quem en el fallo recurrido, dice lo siguiente:

"No son dos sino tres los grados de pureza que la ley colombiana toma en cuenta para determinar el grado de responsabilidad que incumbe a quien tiene relaciones carnales, fuera del matrimonio, con una mujer menor de diez y seis años y mayor de catorce. Grados que corresponden a la pureza diáfana, a la corrupción incipiente apenas o aún susceptible de gravedad, o a la ya decantada y reconocida corrupción moral del sujeto pasivo de la infracción. En el primer caso, el código penal condena a los culpables a la mayor pena que contempla el artículo 326 de su texto, puesto en relación con el 317 ibidem. En el segundo caso, el aumento de pena que esta última disposición señala no es procedente. En el último caso, en fin, pero solo en él, bien puede sostenerse la tesis de la inculpabilidad de los acusados de un delito imposible".

La afirmación contenida en la parte transcrita de dicha sentencia, conforme a la cual solo en "la ya decantada y reconocida corrupción moral del sujeto pasivo de la infracción..." es cuando "puede sostenerse la tesis de la inculpabilidad de los acusados de un delito imposible", es equivocada, pues dentro de una corrupción incipiente (primer acceso carnal ilegítimo, esto es, contrario a la castidad, de una mujer menor de dieciséis años y mayor de catorce) cabe, asimismo, afirmar la inexistencia del delito previsto en el artículo 326 del Código Penal, en cuanto a la repetición del ayuntamiento sexual que esa misma mujer cumpla con otro hombre, de manera igualmente ilegítima (contrario a la castidad), pues el nuevo acto libidinoso no puede ofender una honestidad sexual que, en el mismo grado, ya antes había sido lesionada.

Claro está que puede existir una corrupción incipiente que no excluye el delito, si el posterior acto erótico es de primera enseñanza y capaz, por tanto, de agravar la corrupción moral del sujeto pasivo, esto es, de ofender más intensa-

mente su honestidad sexual. Por caso, cuando la mujer menor de diez y seis años y mayor de catorce ha sido objeto, con su consentimiento, pero de manera éticamente ilícita (contra la castidad), de actos erótico-sexuales diversos del acceso carnal (corrupción de menores en el caso del primer inciso del Art. 325 del C. P.), y posteriormente cumple otro en ella el ayuntamiento sexual, pues resulta evidente que aquella corrupción moral incipiente resulta agravada, por el mayor significado erótico que el acceso carnal implica con respecto a los actos libidinosos sin intromisión viril, como, por ejemplo, la simple palpación de las partes pudendas de la víctima.

Cuando el acceso carnal, moralmente ilícito y lesivo, por tanto, de la castidad de la mujer, ya había sido cumplido en ella, con su consentimiento, el posterior ayuntamiento sexual, realizado en las mismas circunstancias de ilegitimidad ética, no puede ofender un interès, el honor sexual, que ya no existe. Es aquí, entonces, donde resulta incuestionable la afirmación de que no puede corromperse lo que ya está corrompido.

Incurriò, por tanto, el Tribunal Superior de Ibagué en error en la interpretación del artículo 326 del Código Penal, tomado en cuenta para condenar a Gregorio Montaña, al afirmar que "si una mujer menor de diez y seis años y mayor de catorce ha tenido acceso carnal con un hombre, la ley sanciona este acto teniendo en cuenta únicamente la edad de la ofendida y la protección especial que por razón de esa edad merece aquella. En estos delitos sexuales se parte, como dicen los expositores, de la debilidad mental de la mujer y su escasa experiencia. La edad hace suponer también cierta honestidad".

Tiene, pues, razón el demandante cuando expresa que "basta la lectura de las afirmaciones del Tribunal, para llegar a la conclusión de que el delito no se configura con solo la edad de la mujer (14 y 16 años) y el acceso carnal. Falta un elemento más, el del bien jurídico tutelado, el de la honestidad de la mujer, implícito en todo el contenido del título respectivo".

Los cargos resultan demostrados.

CONCLUSION:

De acuerdo con el ordinal a) del artículo 570 del C. de P. P., corresponde invalidar el fallo recurrido y proferir el que deba reemplazarlo.

Como las relaciones sexuales cumplidas por el procesado con la presunta ofendida no constituyen infracción penal alguna, es del caso absolver a Gregorio Montaña y disponer que se cancele la fianza mediante la cual se le concedió el beneficio de libertad.

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 Ibagué, de que se ha hecho referencia y en su lugar ABSUELVE a Gregorio Montaña con respecto al delito de Corrupción de Menores, por el cual le había sido impuesta la pena principal de un año de prisión.

Cancélese la fianza mediante la cual le fué concedido al procesado el beneficio de libertad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. Simón Montero Torres. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.



HOMICIDIO INTENCIONAL

Causales 1a., 2a., 3a. y 4a. de Casación. Examen de los cargos. Proceso adelantado conforme a las normas del Decreto 0012 de 1.959. Las nulidades sustanciales y el derecho de defensa. Prueba testimonial. Hechos indiciarios. Disparidad de criterios y contradicciones entre el fallador y el demandante en la apreciación de los hechos. Plena prueba de la objetividad o materialidad del delito de homicidio. Responsabilidad penal del acusado.

1. Al terminar la vigencia del Decreto 0012 de 1.959, no perdieron su fuerza los procedimientos adelantados de acuerdo con el mismo y durante aquélla. Si fuera de otra suerte, se crearía una situación de caos y de inseguridad jurídica, ya que revivirían procesos terminados.

La misma inexequibilidad de un Decreto no produce semejante resultado, "porque ella -dice la Corte- se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado; en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta, sino los de una derogatoria de la norma acusada. Por tanto, las consecuencias del fallo de que se trata no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él ni borran en lo pasado los efectos que la ley declarada inexequible ha producido regularmente mientras estuvo en vigor". (G. J., LXXX, pág. 276).

No era, pues, indicado anular el procedimiento para someterlo a las fórmulas del C. de P. P., pues que él se adelantó siguiendo los mandatos de la ley vigente en el momento de la consumación del delito.

2. Las nulidades sustanciales, llamadas también constitucionales, o supralegales, se fundan en el derecho que tiene el reo de ser oído, para su defensa, y a no ser condenado sino con el lleno de las fórmulas propias del juicio. Es decir, tienden ellas a garantizar al reo la facultad de defensa.

Si, en forma alguna, se quebranta, o se perjudica, o se dificulta, o se quita el derecho de defensa a un reo, se estará incurriendo en una nulidad de carácter sustancial o supralegal, con base en el art. 26 de la Carta. Y aunque ésta no se encuentre catalogada en el Código Procesal, ella debe ser declarada, para que el ciudadano no quede destituído de la garantía que le otorga la Constitución para atender a la defensa de su libertad.

".....Este derecho de defensa -dijo la Corte en pasada ocasión- se concreta en las diferentes facultades que la ley de procedimiento le confiere al procesado para ejercitarla. Consiste, como anota VICENZO MANZINI, en 'una actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los in-

tereses jurídicos del imputado'. Es el derecho de probar y de alegar la inocencia por cualquier circunstancia que modifique el grado de responsabilidad. (Cas. de septiembre 20 de 1.962).

El hecho señalado como motivo de nulidad -falta de notificación al agente del Ministerio Público- no pasa de ser una informalidad, sin trascendencia dentro del proceso. Tales situaciones no dan origen a la nulidad, sino cuando ellas vienen en mengua del derecho o facultad que se da al ciudadano para probar su inocencia o para demostrar la existencia de motivos que disminuyan o modifiquen el grado de responsabilidad.

3. La simple disparidad de criterios, y aún la contradicción entre éstos, -el del fallador y el del demandante- no dan base seria para afirmar que el del primero sea falso o que en él se hubiera incurrido en "error protuberante" en la apreciación de los hechos. El error a que se refieren las normas se presenta cuando el Juez, a quien se ha reconocido siempre facultad discrecional para apreciar las pruebas, se aparta de lo que éstas indican naturalmente, en forma tal que se vaya contra la lógica más elemental.

En el caso a estudio, la apreciación del fallador de instancia no se encuentra en semejante situación, y al revés, todo hace pensar que su concepto es verdadero, en cuanto toman las pruebas en su sentido natural y obvio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, febrero catorce de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

El Juzgado Superior de Armenia (Caldas), en sentencia de 21 de febrero de 1.961, condenó a Gildardo Antonio Quintero Rincón, a ocho (8) años de presidio, por el delito de homicidio intencional en la persona de Carlos Enrique Rincón, y le impuso, además, las sanciones accesorias del caso.

Y el Tribunal Superior de Pereira, en tres de junio de 1.961, confirmó, en todas sus partes, el fallo de primer grado.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso el recurso de casación el procesado Quintero Rincón. Concedido éste, el expediente vino a la Corte, en donde ha sido debidamente rituado.

Declarado admisible, y sustentado por el apoderado del demandante, es el momento de decidir, ya que se tiene, de otra parte, el concepto del Agente del Ministerio Público.

HECHOS:

El Tribunal Superior de Pereira narra así los hechos que dieron origen a esta investigación:

"En el paraje de 'La María' de la comprensión municipal de Calarcá, y a eso de la media noche del siete de noviembre del año próximo pasado, varios vecinos del lugar que antes habían estado tomando en la tienda de ISMAEL

RUBIO, ubicada en la misma vereda, se reunieron en la casa de los esposos JOSE MORALES y MARIA NUBIA RENGIFO para continuar la farra. Los contertulios allí reunidos eran PRIMITIVA YOSSA, SAMUEL CORREA, JORGE MONTOYA, JOSE EUGENIO GAITAN (a. 'Chepe'), JOAQUIN LOPEZ, SAMUEL CORREA, RICARDO GAITAN, CARLOS ENRIQUE RINCON, GILDARDO ANTONIO QUINTERO RINCON y los esposos nombrados. Al calor del baile y de los tragos, de un momento a otro surgió una discusión de carácter político suscitada por 'Chepe' Gaitán en alta voz, que indujo al dueño de casa, José Morales, a sacarlo a los empellones a la carretera que pasa por el frente. Además salieron otras personas, entre ellas Carlos Enrique Rincón, quien a poco volvió a entrar y tomando una botella la arrojó hacia la carretera, saliendo nuevamente. En seguida hubo el comentario de que el nombrado Rincón había sido herido, pues efectivamente recibió una lesión a consecuencia de la cual falleció en brazos de su concubina Primitiva Yossa, no sin antes haber manifestado que su heridor había sido GILDARDO".

La investigación se adelantó en orden a obtener la prueba de la materialidad de la infracción y de la responsabilidad penal de la persona a quien desde el primer momento se señaló como autor del hecho delictuoso.

Fué así como con el acta de levantamiento del cadáver de Carlos Enrique Rincón (fls. 1 vto. y 2), con la partida de defunción (fl. 47), debidamente identificada (fl. 53) y con la diligencia de necropsia (fls. 30 y 31), quedó establecida la objetividad del delito de homicidio. En esta última diligencia se anota que la víctima presentaba una herida causada con arma corto-punzante, localizada en el hemitórax izquierdo a nivel del octavo espacio intercostal y otra en la base del pulmón izquierdo, que seccionaron la arteria y venas del séptimo espacio intercostal. "La muerte se debió a anemia aguda" por sección de la arteria y venas mencionadas "y sección de vasos bronquiales y parénquima pulmonar".

En cuanto a la responsabilidad penal del procesado, se arrimaron al expediente las declaraciones de testigos, que se examinarán en esta providencia, en su debida oportunidad, así como las varias indagatorias rendidas por Quintero Rincón.

LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS:

El Dr. Carlos Arturo Gil, apoderado del procesado Quintero, presentó el 24 de febrero del año pasado, la demanda de casación.

En el primer aparte, se habla de los "HECHOS DEL PROCESO". Es narración sobre el suceso de que da cuenta este cuaderno.

En el segundo aparte, "HISTORIA PROCESAL", se indican los trámites a que fue sometida la investigación y el juicio, que terminaron con la condenación de Gildardo Antonio Quintero Rincón.

Se presentan luego, en párrafos independientes las causales de casación que se invocan contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira.

Ellas son:

Primera causal: la contenida en el ordinal 4o. del artículo 567 del C. de P. P.

Segunda causal: la señalada en el ordinal 2o. de la misma disposición.

Tercera causal: la mencionada en el ordinal 1o. del mismo artículo.

En apoyo de la causal 4a. de casación, el demandante hace varios cargos:

1o. El proceso por el delito de homicidio adelantado contra Gildardo A. Quintero R., sin que se hubiese dictado auto de proceder y sin la intervención del jurado, es nulo, pues en él se ha violado el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Tal violación surge del hecho de haber desatendido las normas del C. de P. P. y haber juzgado a Quintero de acuerdo con el procedimiento del Decreto 0012 de 1.959. "Al restablecer el orden público y levantar el estado de sitio en todo el territorio nacional, quedó derogado automáticamente el Decreto 0012, y en la misma forma entró a regir nuevamente el C. de P. P. en todas las disposiciones que habían sido suspendidas por aquél".

"Dentro de este orden de ideas -continùa el demandante- el procesado debe ser juzgado mediante la plenitud de las formas propias del juicio penal, es decir, debe ser llamado a responder en juicio y a defenderse por medio de un defensor en el acto de la audiencia pública y con intervención del Jurado de Conciencia. Es como si rigiendo el C. de P. P. se le hubiera condenado por el juez superior omitiendo aquellas formas, pues la retroactividad de la ley lleva sus efectos a un tiempo determinado".

2o. Es nulo igualmente este proceso -dice el recurrente- porque aún "suponiendo que la validez jurídica de la sentencia se tuviera que ventilar a la luz del Decreto 0012, encontramos que el inciso 2o. del artículo o mejor dicho del parágrafo del artículo 19, por el hecho de prescribir la mera comunicación o aviso al fiscal, no por esto determinó la omisión de las notificaciones personales o la intervención personal del mismo en la segunda instancia. Remitido el aviso y repartido entre los fiscales, entraba en funcionamiento lo dispuesto por el C de P. Penal en cuanto a esta instancia, según lo acordado por el artículo 16 del mismo Decreto,

"No se podía, pues, suprimir el auto de traslado al fiscal y la notificación personal del mismo. Como esto se omitió, violando el artículo 172 del C. de P. P., se incurrió en una nulidad de orden constitucional".

De otra parte -indica el demandante- el auto de fl. 83 ha debido notificarse personalmente al defensor del procesado y al fiscal del Tribunal, y no se hizo así, sino por estados. Se requería la notificación en tal forma, de acuerdo con el ordinal a) del artículo 170 del C. de P. P.

Ahora bien, según el artículo 198 del C. de P. P., es causa de nulidad "no haberse notificado en debida forma el auto en que se señala término a los interesados para que manifiesten si tienen o no hecho que probar en el juicio".

La segunda causal alegada es la contenida en el ordinal 2o. del artículo 567 del C. de P. P.

Se funda en que el Tribunal Superior de Pereira, al proferir el fallo, dió una interpretación o apreciación errada de los hechos, ya que reconoció a las declaraciones aportadas al debate, "un valor probatorio que no tienen" y "a algunos de esos hechos no se les reconoció el valor probatorio que sí tienen".

Se examinan, uno a uno, los distintos indicios tenidos en cuenta por el Tribunal, para concluir que ninguno de ellos está demostrado, pues las declaraciones examinadas por aquella Corporación no dicen, ni mucho menos, lo que en la sentencia se expresó.

Después del estudio de la prueba, el demandante concluye solicitando que si se admite la responsabilidad penal de Quintero R., es justo que se acepte también que obró en las circunstancias previstas en el art. 28 del C. P., ya que esta situación es clara en el expediente.

En estos términos, el demandante quiere que se absuelva a su representado "o en subsidio se le reconozca la atenuante del artículo 28 del C. Penal, a la luz de la prueba".

La tercera causal alegada es la contenida en el numeral 1o. del artículo 567 del C. de P. P.

Se afirma que se ha violado el artículo 362 del C. Penal, porque la sentencia aceptó la existencia de la prueba plena y completa tanto del cuerpo del delito como de la responsabilidad de Quintero Rincón. Se requería demostrar, dice, "que el agente tuvo intención de causar la muerte y de que ejecutó el acto físico en que consistió la consumación del hecho punible". Y ello no se hizo.

Se hace un nuevo estudio de los indicios examinados por el Tribunal Superior de Pereira, para concluir que hubo error en la apreciación de las pruebas, como lo hubo al "no darle valor infirmatorio" a algunas de ellas.

Con lo cual se violaron disposiciones tanto del Código Sustantivo Penal (art. 362), como del C. de P. P. (arts. 203, 204 y otros).

CONCEPTO DEL PROCURADOR:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su concepto de folios 52 y siguientes del cuaderno 2o., hace un recuento de los hechos y del procedimiento seguido en la primera y segunda instancia, y luego analiza las causales de casación presentadas por el demandante.

Causal cuarta. "Sobre ella dice el impugnador que al condenarse al procesado por el delito de homicidio sin el pronunciamiento del auto de proceder y sin la intervención del jurado de conciencia 'se violan los arts. 429 y ss., 442 y ss., y 480 y ss. del C. de P. P. incúrrese en una nulidad de orden constitucional, que tiene su fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional, violando también por no aplicársele debidamente. Por consiguiente, la H. Sala Penal tiene que reconocerlo de este modo y decretar la nulidad de todo lo actuado desde el auto que declaró cerrada la investigación incluso. . . . .'.

"Esta es la petición final con que cierra lo pertinente al cargo A) que se dirige a demostrar que el juzgamiento de Gildardo Quintero, regido de acuerdo con el procedimiento previsto por el Decreto 0012 de 1.959, está viciado de nulidad la cual debe declararse por esa H. Corte por violación del art. 26 de la Carta.

"Considera innecesario el Despacho el reproducir las argumentaciones que esgrime el apoderado tendientes a demostrar que en el caso que se cuestiona

las garantías de defensa del procesado fueron gravemente menguadas por el hecho de que su negocio se tramitó atendiendo las normas del Decreto Extraordinario mencionado...".

"...Por otro aspecto, el impugnador pretende que habiéndose restablecido el orden público y levantado el estado de sitio en todo el territorio nacional el Decreto 0012 quedó automàticamente derogado y deben entrar a regir nuevamente las normas del C. de P. P. en todas las disposiciones que habían sido sustituídas por aquella. Hace algunas consideraciones sobre el particular para concluir que el procesado debe ser juzgado mediante la plenitud de las formas propias del juicio penal, es decir, debe ser llamado a responder en juicio y a defenderse por medio de un defensor en el acto de la audiencia pública y con intervención de jurado de conciencia.

"Ha dicho la Corte que: '... el fallo que declara la inexequibilidad de la ley, equivale ordinariamente a una derogación del texto declarado inconstitucional, no a la declaración de nulidad absoluta de derecho civil común, que reponga las cosas al estado anterior, porque ello produciría en concepto de la Corte una situación de inseguridad social, puesto que permitiría a las autoridades y a los particulares desconocer las leyes con el pretexto de ser inexequibles. (Sent. 1o. de agosto de 1.926, G. J. Tomo XXXIV pág. 150' ".

Sobre el cargo consistente en no haberse notificado personalmente el auto de apertura a prueba del proceso al defensor de Quintero R., lo que también constituiría nulidad, por haberse pretermitido así una de las formas propias del juicio y de acuerdo con el art. 26 de la Carta, el señor Procurador dice:

"La respuesta a este cargo se halla fácilmente haciendo una simple revisiòn del expediente a partir del auto mediante el cual el Tribunal ordenó la entrega del negocio a la partes para que éstas estuvieran en la posibilidad de pedir la apertura a pruebas. Al fl. 84 el procesado Quintero designa como apoderado al Dr. Sergio Mejía Jaramillo para la segunda instancia del juicio que contra él cursara. La Corporación ordena la aceptación del dicho profesional como defensor del procesado Quintero por auto de 19 de Marzo de 1.961, y tiene lugar la diligencia de posesión del mismo ante el Despacho del Magistrado ponente, según auto que obra al folio 85. En su condición de defensor de Quintero Rincón, el Dr. Sergio Mejía introduce alegato que obra de fls. 86 al 89, y en la parte final del mismo memorial manifiesta explícitamente al Magistrado que no tiene pruebas para pedir en la segunda instancia y que por lo tanto hace renuncia de este tèrmino. La discusión sobre el problema que plantea el impugnador se convierte en algo perfectamente obsoleto y sin piso dentro del expediente, y por ende, no es adecuado insistir sobre ella ni sobre los planteamientos que se facturan a su alrededor".

Finalmente, sobre la falta de notificación personal del auto de fl. 83 del cuad. 1o., al señor Agente del Ministerio Público, y la posible nulidad que tal hecho pudiera acarrear, dice el señor Procurador:

"En el caso de autos con oficio No. 24 se dió aviso al señor Fiscal de la llegada del negocio. El Agente del Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto dentro de él, así como también anteriormente, no hizo manifestación alguna respecto a práctica de pruebas y con la finalidad que proponía el auto al fl. 83 del Tribunal Superior. Como el art. 16 del Decreto dice que las apelaciones y consultas de las sentencias se surtirán de acuerdo a las normas del C. de P. P. era del caso dar aplicación al art. 172 del estatuto procesal penal que

obliga en forma perentoria la notificación de todo auto o sentencia personalmente al Agente del Ministerio Público. Para el caso esta notificación no se llevó a efecto y si se tiene en consideración que la vigencia del procedimiento penal ordinario dentro de las apelaciones y consultas de la sentencia que se surtieron conforme a las normas del procedimiento del Decreto 0012 debían cumplirse de acuerdo con el procedimiento ordinario se infringió además el art. 540 que dice: 'Una vez remitido el expediente por apelación o consulta... se dispondrá que se pase en traslado al Agente del Ministerio Público para que lo estudie y manifieste si tiene pruebas que solicitar'. Estas disposiciones se pretermitieron y juzga este Ministerio Público que dada la drasticidad del procedimiento del Decreto 0012, en realidad sí hubo merma ostensible de las garantías de defensa, que preconiza el art. 26 de la Carta. Este cargo lo considera esta agencia Fiscal como convenientemente demostrado".

Con base en lo anterior, pide el funcionario colaborador que se declare la nulidad solicitada y se devuelva el expediente a la oficina de origen para que se reponga el procedimiento, de acuerdo con el ordinal b) del artículo 570 del C. de P. P.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Sobre la causal cuarta: Tres motivos de nulidad ha presentado el demandante, que le sirven de base para afirmar que la sentencia acusada es violatoria de la ley procedimental.

El primero de esos motivos consiste en haberse adelantado el juicio contra Gildardo Quintero Rincón, siguiendo las normas del Decreto 0012 de 1.959, vigente a la época en que se cometió el delito y en el Departamento en donde éste se cumplió, en lugar del procedimiento ordinario del C. de P. P.

La razón estriba en esto: al levantarse el estado de sitio y restablecerse el orden público, quedó sin vigencia el Decreto 0012, y entró a regir el C. de P. Penal, en todas las disposiciones que habían sido suspendidas por aquél.

Si el procedimiento ordinario es más favorable a los intereses del reo, debe volverse atrás y seguir éste, en lugar del señalado en el Decreto 0012 de 1.959.

Este cargo fue contestado por la Corte, en otro proceso en que se alegó igualmente, en los siguientes términos:

"El grupo de disposiciones acusadas en este capítulo se refiere al procedimiento, a las facultades y derechos del procesado, en una palabra, a las formas, respecto de las cuales el art. 121 como antes se vió autoriza al Presidente de la República para suspender los preceptos legales incompatibles con la tarea restauradora de la paz, siempre que con ello no se quebrante el art. 26 de la Carta. Repite ahora la Corte lo expuesto al examinar el art. 3o. en lo atinente a la supresión del auto de proceder. No por ser restrictivas o menos favorables las disposiciones del Decreto, comparadas con las del Derecho Procesal común suspendidas en los Deptos. que aún se hallan en estado de sitio, se ha de seguir necesariamente el quebranto de la Constitución. El derecho de defensa subsiste garantizado, aunque no de modo tan amplio como en la legislación ordinaria. La Constitución lo consagra: 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas pro-

pias de cada juicio'; reconoce y consagra el derecho, pero no da la medida exacta de su ejercicio ni ha determinado las normas que componen cada uno de los juicios, motivo por el cual ello corresponde al Congreso, como antes se expuso. Y en cada caso de emergencia el Gobierno, en uso de sus facultades del art. 121, si bièn no puede suprimir el derecho, está eventualmente facultado para condicionar su ejercicio a la suprema necesidad de restablecer el orden. No podrá deducirse de los textos acusados, la cancelación de tan elemental como básica garantìa ciudadana, sino el empleo de un conjunto de medidas encaminadas a remover obstáculos que dificulten la represión de la violencia, medidas claramente adecuadas en épocas de emergencia, como la presente, cuyos rasgos caracterìsticos denotan escasa madurez política en la naciòn y en perjuicio del desarrollo armónico de su potencia cultural y económica. Una prueba palpitante de que se conserva garantizado el derecho de defensa es la que ya han sido infirmados por la Corte varios fallos proferidos por los Tribunales superiores en los procesos ventilados segùn el Decreto 0012.

"En síntesis las disposiciones del Decreto consideradas en este capítulo, proveen a la reglamentación de un juicio que consta de dos instancias, asistido el procesado por apoderado que nombra libremente; que vela en la etapa sumarial por una instrucción recta; que alega tanto en la 1a. como en la 2a. instancia; recurre de la sentencia de primer grado para ante el Tribunal Superior; solicita de èste la práctica de pruebas que juzgue necesarias a la defensa; y demanda en casación, si fuere el caso. No puede decirse en verdad, que haya sido destituido de garantía constitucional, quien puede servirse de esos medios para defender su libertad".

Sobra advertir, de otra parte, que al terminar la vigencia del Decreto 0012 de 1.959, no perdieron su fuerza los procedimientos adelantados de acuerdo con el mismo y durante aquélla. Si fuera de otra suerte, se crearía una situaciòn de caos y de inseguridad jurídica, ya que revivirían procesos terminados.

La misma inexequibilidad de un Decreto no produce semejante resultado, "porque ella -dice la Corte- se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado; en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta, sino los de una derogatoria de la norma acusada. Por tanto, las consecuencias del fallo de que se trata no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él ni borran en lo pasado los efectos que la ley declarada inexequible ha producido regularmente mientras estuvo en vigor". (G. J. LXXX, pàg. 266).

No era, pues, indicado anular el procedimiento para someterlo a las fórmulas del C. de P. P., pues que él se adelantó siguiendo los mandatos de la ley vigente en el momento de la consumaciòn del delito.

Un segundo motivo de nulidad fue alegado por el demandante: la falta de notificación personal del auto del fl. 83 del cuaderno 1o., en el cual se dispone que los autos permanezcan en la secretaría por cuatro días para que las partes digan si el negocio debe abrirse a prueba, al defensor del procesado.

De acuerdo con el artículo 198, numeral 4o., es motivo de nulidad "no haberse notificado en debida forma el auto en que se señala término a los interesados para que manifiesten si tienen o no hechos que probar en el juicio". Por mandato de artículo 171, ordinal a), tal auto debe notificarse personalmente al defensor.

No obstante lo anterior, no se acogerá este motivo de nulidad, por la sencilla razón de que el defensor de Quintero Rincón, en su alegato ante el Tribunal, se manifestó sabedor de aquel auto, al decir a fl. 89: "En este mismo memorial, le manifiesto al señor Magistrado que no tengo pruebas para pedir en la segunda instancia, y que por tanto renuncio a ese término".

La falta de notificación no quitó derecho al procesado, no dificultó su defensa, no impidió la oportuna actuación del defensor.

Por este aspecto, tampoco prospera la alegada causal cuarta.

Dice, finalmente, el demandante, en apoyo de la misma causal 4a. de casación: El art. 172 del C. de P. P. ordena que todo auto o sentencia sea notificado personalmente al Agente del Ministerio Público. No ocurrió así en el proceso adelantado contra Gildardo Antonio Quintero. Por tanto, hay en ello un motivo de nulidad que debe declararse.

Efectivamente, al Agente del Ministerio Público, en la segunda instancia, se hizo saber por medio de un oficio, que este negocio había llegado al Tribunal. (fl. 83) y de acuerdo con lo ordenado en auto de 14 de marzo de 1.961.

Pero el anterior auto no le fue notificado personalmente. Y en sentir del demandante, esta informalidad acarrea nulidad, pues se pretermitieron formas propias del juicio.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su concepto de fondo, y en párrafo copiado atrás, consideró "este cargo....." "como convenientemente demostrado", y en razón de ello, solicitó se declarara la nulidad de lo actuado y se ordenara la devolución del proceso, para que se repusiera.

La Corte, sin embargo, no está de acuerdo con su colaborador fiscal, en este punto.

Las nulidades sustanciales, llamadas también constitucionales, o supralegales, se fundan en el derecho que tiene el reo de ser oído, para su defensa, y a no ser condenado sino con el lleno de las fórmulas propias del juicio. Es decir, tienden ellas a garantizar al reo la facultad de defensa.

Si, en alguna forma, se quebranta, o se perjudica, o se dificulta, o se quita el derecho de defensa a un reo, se estará incurriendo en una nulidad de carácter sustancial o supralegal, con base en el artículo 26 de la carta. Y aunque ésta no se encuentre catalogada en el Código procesal, ella debe ser declarada, para que el ciudadano no quede destituído de la garantía que le otorga la Constitución para atender a la defensa de su libertad.

".....Este derecho de defensa -dijo la Corte en pasada ocasión- se concreta en las diferentes facultades que la ley de procedimiento le confiere al procesado para ejercitarla. Consiste, como anota VICENZO 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 probar y de alegar la inocencia por cualquier circunstancia que modifique el grado de responsabilidad. (Cas. de sep. 20 de 1.962).

Con la falta de notificación al Agente del Ministerio Público, ni se quitó, ni se limitó en ninguna forma el derecho de defensa de Gildardo A. Quintero R. Ante el Tribunal el defensor de éste tuvo amplio campo para actuar y ejerció

evidentemente su función, de la manera que juzgó él conveniente. Con lo cual se está indicando que el procesado tuvo la asistencia jurídica indicada, tuvo la facultad de probar, que no utilizó, y alegó su inocencia.

El hecho señalado como motivo de nulidad no pasa de ser una informalidad, sin trascendencia dentro del proceso. Tales situaciones no dan origen a la nulidad, sino cuando ellas vienen en mengua del derecho o facultad que se da al ciudadano para probar su inocencia o para demostrar la existencia de motivos que disminuyan o modifiquen el grado de responsabilidad.

Por este aspecto tampoco es admisible la causal alegada.

Sobre la causal segunda: haber dado a las declaraciones traídas al expediente "un valor probatorio que no tienen" y, en cambio, "a algunos de esos hechos no se les reconoció el valor probatorio que sí tienen".

La sentencia del Tribunal Superior de Pereira presenta, como prueba de la responsabilidad penal de Gildardo A. Quintero R., los siguientes hechos indiciarios:

1º. Varias personas, presentes en el lugar en donde los hechos se cumplieron, afirman haber oído de labios del occiso, y antes de morir éste, que su heridor había sido Gildardo Quintero. Otras, a su vez, escucharon la misma versión de quienes la oyeron directamente.

2º. La conducta asumida por el sindicado frente a la indagación que se le hizo en declaración sin juramento. Quintero negó su presencia en el sitio en donde fué muerto Rincón y propuso una coartada. Posteriormente, en nueva indagatoria y presentando disculpa baladí, aceptó haber estado en la parranda que terminó con la muerte de Rincón.

3o. El móvil de los hechos fue la pasión política.

4o. No es admisible que los concurrentes a la fiesta de que se habla en estos cuadernos, se hubieran concertado para perjudicar a un ciudadano determinado.

Tanto el Tribunal como el fallador de primer grado hicieron un estudio de las pruebas que acreditan los indicios anteriores, para dar por demostrada la responsabilidad penal del incriminado, en los términos que se ven a continuación.

Primer indicio: Varias personas oyeron de labios de Rincón el nombre de su heridor y otras lo escucharon de labios de quienes habían tenido un conocimiento más directo.

Primitiva Yossa (fl. 8), Joaquín López (fl. 17), Elvira Soto de López (fl. 9), José Morales (fls. 10, 11 y 12) declaran que, en la noche del 7 de noviembre de 1.960, fueron llegando a la cantina de Ismael Rubio, situada en el paraje de "La María", varias personas y se dedicaron a ingerir bebidas embriagantes. Entre los que allí había estaban José Eugenio Gaitán, Carlos Enrique Rincón y Gildardo Antonio Quintero Rincón.

Entre las 10 y las 12 de la noche, los esposos José Morales y María Nubia Rengifo invitaron a los fiesteros a continuar la farra, en su casa. Y allí fueron arrimando. Bailaron y tomaron más licor. De un momento a otro, José Eugenio Gaitán (a. Chepe) se expresó en voz alta y en términos vulgares contra personas que pertenecían a un partido político, distinto del suyo.

El dueño de la casa, José Morales, pidió respeto y arrojó de ella a Gaitàn. Detrás de éste fueron saliendo otros contertulios, hasta quedar allí únicamente los esposos Morales-Rengifo.

Mientras esto ocurría, en la carretera habia sido herido Carlos Enrique Rincón, quien vino a la casa, tomó una botella y la arrojó hacia afuera. En estos momentos, se indicó que había un herido. Primitiva Yossa recibía en sus brazos al concubinario Rincón, el que, a poco, expiraba.

Quien fue el heridor de Carlos Enrique Rincón?.

No se ha presentado ningún declarante que diga haber visto el momento en que el occiso recibía las heridas que dieron al traste con su vida. Hay, en cambio, testigos que afirman haber oído de labios de Rincón el nombre de su heridor: Gildardo Antonio Quintero R.

Primitiva Yossa (fl. 8) declara: cuando empezó la discusión política, salieron a la carretera Gaitàn, Rincón y Gildardo Quintero; detrás iba ella y otras mujeres, y "ahí mismo me di cuenta de que mi marido estaba herido, pero no se oyó alegato alguno, sino que cuando yo lo ví a él ya estaba herido. èl entrò pero entró a coger una botella para tirársela al que lo hirió a él, o sea a Gildardo, pero no se la pegó. Gildardo arrancó a correr de para abajo y el marido mío siguió caminando hacia abajo y cayó al suelo. Entonces yo me mandè a recogerlo y en esas acercó también Joaquín Elías Correa y le preguntó: 'Compadre quien lo hirió'? y mi marido le contestó que Gildardo lo había herido, y como yo me senté con èl ahí y lo tenía en mis rodillas y cuando ya estaba para morirse me dijo 'mijita Gildardo me mató', y yo me estuve como diez minutos con él hasta que murió...".

Joaquín Elías López (fl. 16), no Correa, dijo: "Cuando ya salió todo el mundo me salí yo para afuera y a tiempo de ir a salir entraba el señor Carlos Rincón para adentro otra vez, le hechó mano a una botella y salió nuevamente para afuera y alcanzó a tirar la botella pero cayó al andèn y se quebró cuando tiró la botella se me acercó a mi y me dijo 'Compadre, me hirieron'; yo le dije: 'Quién lo hirió' y me contestó: 'Gildardo..'.".

Elvira Soto de López (fl. 9), esposa del anterior, informa que cuando todos salieron se quedó ella con su esposo, pues la discusión que afuera había no era con ellos. Cuando se hablò de que había un herido, "entonces yo fui donde Primitiva porque me llamó y me dijo que había sido Carlos; entonces fué cuando Carlos el herido nos dijo que lo habían herido. Nos dijo así: 'me hirieron'. Joaquín mi esposo le preguntó a Rincón que quién lo había herido y él contestó: 'Gildardo me hirió', esto lo dijo delante de mi esposo y de mí...".

Jorge Montoya Restrepo (fl. 22), afirma: "Ahí mismo arranqué yo en dirección hacía abajo a la casa mía y había dado unos tres o cuatro pasos; cuando alcancé a oir que dijeron: 'Compadre me hirieron'; yo me devolví y alcancé a ver que el señor Gildardo Quintero iba corriendo en dirección a la tenería. El señor Joaquín López le preguntó al herido: 'Compadre, quien lo hirió', y el finado le contestó: 'Gildardo Quintero'...".

Las declaraciones anteriores demuestran un hecho: que Carlos Enrique Rincón, el occiso, poco antes de morir, señaló a la persona de su heridor. Y que éste fue Gildardo Quintero.

Es cierto, como lo advierte el demandante, que en las declaraciones señaladas hay alguna disparidad y que algunos detalles no coinciden exactamente. Debe

tenerse en cuenta que a personas que han ingerido licor y que no tenían un especial interés en conservar hasta los más cortos incidentes, no se les puede exigir precisión. Se ha dicho por los expositores de derecho probatorio que, en ocasiones, la misma disimilitud entre los dichos de los declarantes, es prueba de su veracidad. Así apreció el Juez Superior estos testimonios y así los estimó el Tribunal Superior de Pereira, en la sentencia acusada.

Otras personas se enteraron, en el momento de los hechos, de la muerte de Rincón, por obra de las heridas que le causara Quintero. En sus dichos confirman, aunque de lejos, lo expresado por la Yossa, por López, la Soto y Montoya.

Son ellas José Morales, (fls. 10 v. y 11), Samuel Correa V. (fl. 18), Adela Gaitán Cedeño (folio 25). A Morales y la Gaitán fue la misma Primitivo Yossa, quien les contó que su "marido" le había dicho que había sido herido por Gildardo. Y Correa V., que estaba muy "rascado", y "oía la comentación de que quien lo había herido había sido Gildardo Quintero".

Los argumentos que se exponen contra las declaraciones anteriores se reducen a esto: Que Joaquín López y su esposa Elvira Soto de López no pudieron oír la incriminación que hacía el herido a Gildardo Quintero, pues ellos no estaban al lado del herido, en el momento en que lo vió José Morales, y habían salido antes de su casa. Y que Montoya tampoco había estado presente en ese momento.

A López y a su esposa los señala Primitiva Yossa, a su lado, en un momento. Cuando Morales y María Nubia Rengifo salieron, ya no estaban allí, pues "nosotros nos fuimos a buscar el carro . . .". "Ella quedó allí sola con el marido", "pero el herido ya nos había dicho quién lo había herido".

Por su parte, Montoya no dice que estuviera al lado del herido. Simplemente, vió a Quintero que corría y "alcancé a oír que dijeron . . ." pues estaba a alguna distancia.

Pues bien. Cuando Primitiva quedó sola, es de creer que se le acercaron otras personas a quienes contó lo dicho por su marido; que Gildardo Quintero lo había herido.

De suerte que la apreciación hecha por el Tribunal, es acomodada a la realidad y a lógica. No podrá decirse que hubo un marcado error, un "error protuberante" en la apreciación de los hechos. En cambio, el comentario que hace el demandante, en esta parte, es artificial y demuestra solamente el concepto que le merece las declaraciones, concepto diferente al adoptado en la sentencia acusada.

Segundo indicio: La conducta del sindicado, frente a la indagación que se le hizo en declaración sin juramento. Quintero se encerró en una negativa de hechos suficientemente demostrados, presentó una coartada, para luego, en nueva indagatoria, presentar disculpas sin importancia.

A folio 5, dijo Gildardo Quintero R.: que el lunes, 7 de noviembre de 1.960, estuvo en las horas de la tarde y hasta las ocho de la noche, en Armenia, a donde había ido a depositar un dinero en caja de ahorros. Al regresar a su casa, no volvió a salir de ella. Que conoce a Carlos Rincón, de quien ha sido amigo, pero que "nunca he estado en compañía de él"; que el mismo día es-

tuvo en la fonda de Ismael Rubio, en "La María" y que compró una peinilla para el cabello allí; que no tomó trago ese día, ni en la noche; y que nada sabe sobre el responsable de la muerte de Rincón.

Qué finalidad se proponía Quintero, el negar su presencia en el sitio en donde fue muerto Rincón y en los momentos en que éste recibía las heridas que terminaron con su vida?. Y qué se propuso, al presentar la coartada?. Claro que librarse de la imputación que se le hacía. Decían que él había herido a Rincón. Este lo había señalado como homicida, poco antes de su muerte, en aquel espacio de unos diez minutos que precedieron a su deceso, y en que se encontraba amparado por su "mujer".

A reforzar la coartada, se trajeron las declaraciones de algunos parientes de Quintero. Amparo Cardona afirma que Gildardo llegó ese lunes "temprano" a su casa, en sano juicio y que no volvió a salir en la noche (fl. 14 vto.). Carlos Julio Herrera (fl. 15 vto.) dice que él se acostó a las ocho de la noche de ese lunes y para esa hora no había llegado Gildardo. Y Marina Cardona (fl. 16) se acostó también temprano y no supo a qué horas llegó Gildardo.

Meses después de ocurridos los hechos, Gildardo Quintero fue llamado a nueva indagatoria, por solicitud de su apoderado. En esta dijo: que rectifica su versión anterior en el sentido de afirmar que sí estuvo en el sitio de los hechos, en la noche del siete de noviembre de 1.960, y que tomó trago; que si negó esto, fue por temor a perder el puesto que desempeñaba en Armenia; que hubo un disgusto en la casa en donde estaba de fiesta, entre Jorge Montoya y Chepe Gaitán, porque éste quería que su hermana Dioselina fuera a su casa, y Jorge Montoya no lo deseaba así; que luego la gente salió de la casa y empezó la discusión política; que "entonces yo salí para fuera viendo que estaban como para pelear yo salí y me fuí para la casa y no me dí cuenta de más nada...".

Al hacer la crítica de esta segunda indagatoria, dice el Juzgado Superior de Armenia:

"Pero el hecho que de mayor seriedad coadyuva a señalar la responsabilidad de Quintero Rincón, lo constituye sus continuas negativas de hechos ciertos, según se lee en su primera declaración de indagatoria. Resulta comprometedor en grado máximo, el que Quintero negara haber estado en la fecha de autos, bebiendo licor, tanto en la cantina de Ismael Rubio como en la casa de José Morales, en compañía de la víctima, y más diciente todavía, el que hubiese estab'ecido una coartada falsa con el apoyo de un testimonio no menos falso, como es el de Amparo Cardona, quien sostiene que el imputado llegó 'temprano' y en sano juicio, a dormir en aquella fecha, y que no volvió a salir de casa. Si esto es mentira como se demostró plenamente, es lógico pensar en la previa preparación de este testigo. Por qué entonces, tanta prevención en el sindicado?.

"Probado resultó hasta la saciedad, todo lo contrario de lo que sostuvo el imputado; porque en efecto sí estuvo en la cantina de Ismael Rubio y sí estuvo en la casa de Morales tomando licor, etc. Y probado resultó que su llegada a la casa ocurrió en altas horas de la noche y no precisamente en sano juicio. Hé ahí otro eslabón más en la cadena de indicios graves que incriminan a Quintero.

"Y no se pretenda hacer creer con la segunda indagatoria del imputado, que aquella negativa era inocente evasiva para que las Empresas Públicas Municipales de Armenia no prescindieran de los servicios que en el matadero le prestaba el sindicado. Esta respuesta es ilógica. La retracción es inverosímil. Nótese y ello es suficiente para descartar tal justificación, que esa indagatoria fue recepcionada a petición del apoderado del sindicado, dos meses y medio después de ocurrido el ilícito, es decir, cuando hacía ya mucho tiempo que había pasado la incomunicación del indagatoriado; cuando hacía ya mucho tiempo que se había notificado el auto de detención; cuando ya se conocía cuáles hechos aparecían probados y cuál la forma más coveniente para enmendar la anterior indagatoria.

"De otra parte, la relación que se sirvió hacer el imputado Quintero en la ameritada ampliación de injurada, carece de corroboración. Nadie ha dicho en el proceso a excepción del mismo sindicado, que entre José Gaitán y Jorge Montoya se presentara una discusión por los hechos que menciona Gildardo. Esta versión está totalmente desvinculada de las demás pruebas del proceso". (Folios 75 y 76 del cuad. 1º.).

De este indicio dice la demanda: "Este solo indicio así llamado por la sentencia no puede reputarse como necesario, pues no permite la inferencia. De que haya negado su estadía en la casa de Morales, como lo hizo en su primera indagatoria, no se deduce que fue quien causó la muerte de Rincón".

Este hecho no se ha tomado solo o aislado, sino en conjunto con otros hechos indicadores, para señalar a Quintero como autor de la muerte de Rincón. Ni se ha aducido como indicio necesario, pero sí concurrente, para inferir de todo el acervo probatorio el hecho que se trataba de demostrar.

Tercer indicio: El móvil de los hechos fue la pasión política.

La fiesta, en casa de José Morales, transcurría sin incidentes dignos de mencionar. De pronto, y de manera intempestiva, Chepe Gaitán dió voces ofensivas para sus contrarios en política, y esto llevó al dueño de la casa a sacar de ella al importuno incitador. Tal circunstancia está perfectamente demostrada, a pesar de algunas disparidades entre los declarantes.

Después de las palabras groseras de Gaitán, los que asistían al jolgorio, empezaron a desfilar hacía sus casas, presumiblemente. Gaitán y Montoya, Rincón y Quintero, salieron uno en pos del otro. Había oscuridad. La discusión por cuestiones políticas, según algunos, continuó en la carretera.

A poco, resultó herido de muerte, Carlos Enrique Rincón.

Gaitán y Rincón tenían la misma filiación política. A la contraria pertenecían Quintero y Montoya.

Es de pensar, dice el demandante, que las injurias proferidas por Gaitán, crearan en el ánimo de los contrarios un estado emocional, que podría encuadrar dentro del art. 28 del C. P.

Pero debe tenerse en cuenta que la provocación, de origen político, vino de José Eugenio Gaitán (a. "Chepe"), pues nadie, absolutamente nadie llega a afirmar que Carlos Enrique Rincón hubiera tratado siquiera de ofender a los asistentes.

Por el contrario, oídas las palabras injuriosas de Gaitán, nadie se levantó a protestar. A nadie se ocurrió la reacción, pero ni siquiera verbal. Y cuando el

impertinente salió a la carretera, dicen algunos declarantes, profirió nuevamente la ofensa contra sus enemigos políticos.

Por qué, pues, tenía que pagar las ofensas Carlos Enrique Rincón, que no las había proferido?. Cuál es la razón o motivo para que el homicida, en lugar de castigar la insolencia de Gaitán, hubiera resuelto terminar con la vida de Rincón?.

Desde luego, el alcohol ingerido dió fuerzas al homicida para actuar, de una parte, y de la otra, puede pensarse que aquél fue al delito, escogiendo, como víctima, no al ofensor, sino a una persona que, simplemente, pertenecía al mismo grupo político de ese provocador.

Esa es la opinión del Juzgado de la primera instancia aceptada por el Tribunal Superior de Pereira, en la sentencia recurrida.

Ahora bien: la simple disparidad de criterios, y aún la contradicción entre éstos -el del fallador y el del demandante- no dan base seria para afirmarr que el del primero sea falso o que en èl se hubiera incurrido en "error protubeante" en la apreciación de los hechos. El error a que se refieren las normas se presenta cuando el Juez, a quien se ha reconocido siempre facultad discrecional para apreciar las pruebas, se aparta de lo que estas indican naturalmente, en forma tal que se vaya contra la lógica más elemental.

En el caso a estudio, como se ha visto, la apreciación del fallador de instancia no se encuentra en semejante situación, y al revés, todo hace pensar que su concepto es verdadero, en cuanto toma las pruebas en su sentido natural y obvio.

Cuarto indicio: No es admisible que los asistentes a la casa de José Morales, se hubieran puesto de acuerdo, en un instante dado, para incriminar a un ciudano de quien se dice que reune buenas condiciones.

"No es factible y repugna a la lógica de los procederes humanos -dice el Tribunal- que los contertulios allí presentes, en una forma relámpago, se hubieran concertado para incriminar a Giraldo Quintero, como lo sugiere su defensor en sus alegatos, pues no existía motivo político ni de otro orden para ello".

"Tampoco se puede suponer que Montoya hubiera sido el autor de la puñalada homicida, pues en ningún momento tuvo altercado con el occiso, el cual, según varios declarantes se produjo fué con Chepe Gaitán a raiz de los vivas a su partido y a sus injurias al partido contrario. Ni Gaitán pudo ser el autor, por ser de igual filiación política a la del extinto".

La manera misma en que los declarantes deponen sobre el caso a estudio está diciendo que entre ellos no se presentó el menor acuerdo para perjudicar a Giraldo Quintero. De ahí que ninguno de los testigos hable de haber visto el instante mismo en que el victimario hundía su puñal en el cuerpo de la víctima, ni trate de agravar la situación de aquél. Simplemente, con naturales divergencias, por el ángulo que cada declarante ocupaba, dijeron lo que a ellos les constaba, aquello que apreciaron dentro de su especial situación psicológica.

Si los testigos se hubieran puesto de acuerdo para señalar a Quintero, como autor de la muerte de Rincón, sus expresiones habrían sido más explícitas, más concretas, y no presentarían la disparidad que en en ellas se advierte.

Quedan, en los anteriores apartes, examinados los hechos indiciarios que tuvo en cuenta el Tribunal Superior de Pereira para señalar a Gildardo A. Quintero, como autor responsable del homicidio en la persona de Carlos Enrique Rincón.

Son hechos que, ciertamente, dejan en la mente del fallador la impresión clara de que Quintero produjo a Rincón, en circunstancias que no lo eximen de responsabilidad, ni justifican su hecho, las lesiones que, a la postre, terminaron con la vida de éste.

Con lo cual se ha dicho que la segunda causal de casación alegada por el demandante no encuentra respaldo en el proceso. Este, por el contrario, está diciendo que las pruebas fueron correctamente apreciadas por el fallador de instancia.

Sobre la tercera causal: Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Se Hizo consistir en lo siguiente:

a). Indebida aplicación del art. 362 del C. P., por no existir legalmente producida en el proceso la prueba plena o completa de la infracción y de la responsabilidad penal.

b). Errónea interpretación de la ley penal, al no dar el Tribunal Superior aplicación al artículo 28 del Código Penal.

Con relación a lo primero, téngase en cuenta que al principio de esta providencia se dijo que era plena la prueba de la objetividad o materialidad del delito de homicidio de que se trata. (Acta del levantamiento del cadáver, partida de defunción, identificada y diligencia de necropsia).

Y al analizar la causal segunda, se indicó cómo las probanzas reunidas eran suficientes a demostrar la responsabilidad penal del acusado, tal como lo aceptaron el Juzgado Superior de Armenia y el Tribunal de Pereira. No es, por tanto, el caso de examinar nuevamente las bases de incriminación de Quintero.

En lo tocante con lo segundo, también, en los anteriores apartes, se manifestó cuál fue la razón o motivo que se tuvo en cuenta para no aceptar la llamada excusa de provocación. Fuera de que se trata de un hecho, no demostrado -ofensas por parte de Rincón- al cual se refirió el estudio de la causal segunda, en donde se enunció por el demandante.

Ella no fue alegada por el procesado, ni por su defensor. Ni en la primera ni en la segunda instancia se mencionó para nada. Y ello tenía que ser así, ya que el procesado, en su primera indagatoria, ni siquiera estuvo en el sitio en donde los hechos se cumplieron, y en la segunda declaración sin juramento no se dió "cuenta de nada".

Como se ve, tampoco prospera la tercera causal de casación.

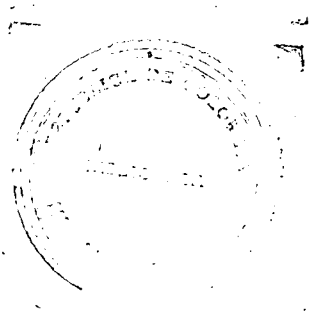
CONCLUSION:

Las tres causales alegadas no tienen la fuerza necesaria para invalidar la sentencia de que se ha hablado, pues los motivos en que ellas se fundan no fueron realmente demostrados. Por ello, la Corte obrará de conformidad con lo expuesto, al hacer el examen de cada uno de los cargos.

En razón de lo dicho, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, y a la que se ha referido el presente fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la "Gaceta Judicial".

Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Simón Montero Torres. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - PioquintoLeón L., Secretario.



ALCANCE DE LA DOCTRINA DE LA CORTE RELATIVA AL EFECTIVO EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA DEL PROCESADO. NULIDAD SUPRALEGAL POR VIOLACION DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO.

1. No obstante ser cierta y reiterada la jurisprudencia de la Corte relativa a que esta Sala "acoge el principio de que son numerosos los procesos en los cuales el derecho de defensa no se ha ejercitado para todos y cada uno de los procesados en forma real y efectiva", debe aclararse, para fijar el alcance de dicha jurisprudencia, que ella solamente la ha aplicado esta Corporación en los casos en que se ha comprobado claramente de la actuación procesal que el derecho de defensa, por parte del defensor del acusado, no ha sido ejercitado en forma alguna ni en ninguna oportunidad o en que, dicho derecho ha sido desconocido de manera notoria en las instancias. Lo anterior quiere decir que la jurisprudencia citada no puede invocarse en el caso en que el derecho de defensa sí ha sido ejercitado en alguna oportunidad o en alguna forma por el apoderado o defensor, auncuando en concepto del recurrente esa defensa haya sido incompleta o deficiente, pues la Corte no podría, con ocasión del recurso extraordinario de casación, entrar a estudiar en cada caso si la defensa fue realmente conveniente y provechosa o completa para el acusado, pues ésta es una cuestión, que aparte de lo compleja, sobrepasaría las atribuciones de la Corte en casación porque tendría que entrar a calificar y a suplir las deficiencias en que hubieran podido incurrir los defensores o apoderados en el desempeño de su función profesional en las instancias del proceso.

2. Es cierto que el procedimiento excepcional y restrictivo que estableció el Decreto 0012 de 1.959, limitó notablemente los medios y oportunidades de la defensa, en relación con el procedimiento ordinario consagrado por el Código de Procedimiento Penal, pero ello no quiere decir que aquel procedimiento excepcional hubiera suprimido totalmente la defensa en juicio del acusado, pues en ambas instancias expresamente consagró términos aunque breves, para que las partes tuvieran oportunidad de alegar por escrito y pedir pruebas, momentos en los cuales debe y puede hacerse efectivó el derecho de defensa de los imputados.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, febrero catorce de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Por sentencia de fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos sesenta y uno, el Tribunal Superior de Ibagué confirmó en todas sus partes la de pri-

mera instancia proferida por el Juez Cuarto Superior de dicha ciudad, en la que se condenó a JOSE ESTEBAN MORENO y GONZALO GARCIA, a la pena principal de diez años de presidio y a JORGE LUIS GARCIA, a la de ocho años de la misma clase, como responsables del asesinato consumado en la persona de la anciana Sara Díaz, en complicidad correlativa, y en concurso material, para los dos primeros, por el delito de robo efectuado en algunos bienes de la occisa.

En el expresado fallo se absolvió a los sindicados Luis Angel y Gildardo García por los cargos por los cuales fueron llamados a rendir indagatoria.

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron los tres procesados condenados el recurso extraordinario de casación, el que concedido y declarado admisible, fue debidamente tramitado y procede a decidirlo esta Sala, mediante la presente providencia.

ANTECEDENTES.

Para los fines de la causal cuarta de casación, que fué la única alegada en la demanda formulada por el apoderado especial de José Esteban Moreno y Gonzalo García, es suficiente tener en cuenta que los delitos que dieron origen a este proceso ocurrieron en la ciudad del Fresno, en el sitio denominado "Alto de la Cruz", en las horas de la noche del 20 de julio de 1.960, en que fue muerta de una cuchillada en el cuello la señora Sara Díaz, en su casa de habitación, contigua a una cantina de su propiedad, a la cual penetraron los homicidas robándose algunos objetos y dineros.

La investigación la inició el Alcalde Municipal del Fresno, quien practicó la diligencia de levantamieto del cadáver, y adelantada por el Juez 174 de Instrucción Criminal, comisionado para ello por la Seccional de Instrucción del Departamento del Tolima.

Después de practicadas varias pruebas fue enviado el proceso a los Jueces Superiores de Ibagué, habiéndole correspondido por reparto al Juez Cuarto, quien ordenó la ampliación de la investigación, comisionando para ello al Alcalde Municipal del Fresno.

Cumplida la comisión y devuelto el negocio al Juez del conocimiento, éste reconoció como apoderado de José Esteban Moreno al doctor Raúl Barrios Carbonell, Abogado de Pobres del Departamento.

El Juzgado Cuarto Superior designó como apoderados de oficio de los sindicados Jorge Luis García Ríos y Gonzalo García Calderón, respectivamente, a los doctores Pedro Luis Alvarez y Julio Enrique Delvasto, quienes aceptaron y tomaron posesión de sus cargos, pero practicamente no los ejercieron, pues se limitaron a notificarse de la providencia del 23 de mayo de 1.960, que cerró la investigación y dispuso poner los autos a disposición de las partes por el término de tres días, para la presentación de sus alegatos, dándole aplicación a lo establecido en el art. 3o. del Decreto 0012 de 1.959.

El único apoderado que presentó alegato en favor de su defendido y sindicado José Esteban Moreno, fue el abogado doctor Raúl Barrios, en memorial que obra a fls. 149 a 159 del cuaderno principal.

Posteriormente, y cuando ya se había dictado el fallo de primer grado, el procesado Gonzalo García Calderón designó como apoderado al doctor Maximiliano Vargas Arcila, quien aceptó y fue reconocido y posesionado por el Juzgado.

Este apoderado se limitó a interponer el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, sin sustentar la apelación y cuando ya su poderdante había interpuesto personalmente dicho recurso.

En la segunda instancia, y por disposición del Tribunal de Ibagué, continuaron como defensores de los procesados los mismos que ya habían sido reconocidos como apoderados por el Juzgado del conocimiento. Pero durante el término de fijación en lista, "oportunidad" procesal para ejercitar la defensa" en segunda instancia, de acuerdo con la tramitación especial y restrictiva del Decreto 0012 de 1.959, ninguno de los apoderados presentó alegación alguna en favor de sus defendidos.

DEMANDA DE CASACION.

Los procesados José Esteban Moreno y Gonzalo García confirieron poder especial al doctor Nèstor Aya Zerrate, para que en su nombre fundara y sostuviera el recurso de casación, cometido que desempeñó este abogado oportunamente, en escrito presentado dentro del término legal, en el que se ciñe a las normas propias de la técnica de este recurso extraordinario.

El término del traslado que se le corrió al reo Jorge Luis García transcurrió sin que formulara la demanda de casación, según informe secretarial.

El demandante invoca como única causal de casacion la cuarta, establecida 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 supralegal.

Para fundamentar la causal de nulidad procesal invocada en la demanda, el actor expone lo siguiente:

"Ha sido constante y reiterada la doctrina de esa H. Corporación que acoge el principio de que son nulos los procesos en los cuales el derecho de defensa no se ha ejercitado para todos y cada uno de los procesados, en forma real y efectiva. Se considera que esa falta de defensa, que esa farsa procesal, constituye una violación de la norma constitucional según la cual nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio. Porque los tèrminos de nuestra Carta no pueden ser más exactos ni precisos y naturalmente debe entenderse que cuando el derecho de defensa no se ha ejercitado el sindicado no ha sido oído en el proceso. La expresión "ser oído" debe ser algo real y efectivo y no una simple apariencia. Esa es la expresiòn del derecho de defensa. El sentido dinámico del mismo.

"Definir la situación jurídica de los procesados sin que los defensores se hubieran presentado realmente al juicio, mediante escritos en esta clase de procesos y alegaciones orales en aquellos en que hay audiencia pública, es condenarlos o vencerlos sin tener en cuenta el mandato constitucional.

"Cuando el defensor nombrado por el sindicado o por el Juez o Magistrado no cumple con sus obligaciones, es deber imperativo de la autoridad que está conociendo del proceso, el requerirlo, el conminarlo, el obligarlo por todos los medios

legales a presentarse realmente a cumplir con sus deberes. En caso de que ello no sea posible, debe reemplazarlo, previas las sanciones legales.

"Lo menos que puede pedir un ciudadano que se ve envuelto en un proceso penal es que se le oiga y esto quiere decir, que su defensor presente los descargos para que se le aplique una verdadera justicia, para que no se viole la ley, para que se le reconozcan los derechos que efectivamente le corresponden. Si esto no se hace, se le juzga contrariando todo principio de moral y de derecho y se vicia de nulidad el proceso desde el momento mismo en que la oportunidad procesal de la defensa pasa y no se cumple.

"En este proceso penal sólo uno de los incriminados fue oído, mediante el alegato presentado por el Dr. Barrios Carbonell. Los otros no tuvieron defensa, no fueron oídos porque nadie pidió por ellos. Su juzgamiento en esas condiciones era imposible y constituía una verdadera farsa, inaceptable desde todo punto de vista.

"Ni un requerimiento, ni una sola conminación para los defensores. Tampoco fueron reemplazados, ni hubo sanción.

"Se ha violado la Constitución Nacional desde el día en que se venció el término del traslado para la primera instancia y ninguno de los defensores alegó. Desde allí debe ser reconstruído porque al declararse cerrada la investigación y correrse el traslado para alegar comenzó el juicio propiamente dicho.

"La sentencia de segunda instancia es necesariamente posterior a ese momento procesal, a la nulidad constitucional a que me vengo refiriendo. En consecuencia, es violatoria de la Ley Procedimental por haber sido proferida dentro de un proceso viciado de nulidad y debe ser invalidada, como muy respetuosamente lo solicito de esa H. Corporación, para que se reponga lo actuado ilegalmente y se juzgue de conformidad con la Constitución Nacional a mis representados.

"Como ha sido tan trajinado este tema y ha sido debatido y aceptado ampliamente por esa H. Corporación, considero innecesario hacer otras argumentaciones sobre el particular. Y como tengo la seguridad de que al acoger esta tesis el proceso será invalidado, sería inútil presentar cargos sobre el fondo del problema, toda vez que la nulidad es de previo pronunciamiento. Si el proceso está viciado de nulidad, no se pueden hacer pronunciamientos de fondo".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de hacer un resúmen de los antecedentes y actuación procesales y un estudio de la demanda de casación y de transcribir algunos apartes del fallo del 28 de septiembre de 1.962, en que la Corte decidió casar la sentencia acusada, aceptado "que es nulo el proceso" cuando se ha desconocido o es solo aparente el derecho de defensa del acusado", concluye que la causal invocada es procedente y debe ser aceptada, terminando, en consecuencia, por solicitar a la Corte que se case parcialmente la sentencia acusada, pues considera que los reos recurrentes carecieron de una efectiva defensa por parte de sus apoderados, en ambas instancias, aceptando, no obstante, que en cuanto al condenado José Esteban Moreno, "apenas ocurre que su defensa durante la primera instancia consiste en el ale-

gato que presentó su defensor (fl. 149, id.) sin que en la segunda instancia se hiciera manifestación alguna, como tampoco la hubo por parte de los demás defensores que fueron designados".

ESTUDIO DEL RECURSO.

Es cierto lo que expresa el recurrente y acepta el señor Procurador Delegado en lo Penal cuando afirma que: "Ha sido constante y reiterada la doctrina de "esta Sala de la Corte" que acoge el principio de que son nulos los procesos en los cuales el derecho de defensa no se ha ejercitado para todos y cada uno de los procesados, en forma real y efectiva".

Con posterioridad al fallo de la Corte, que el señor colaborador Fiscal transcribe, esta Corporación en sentencia de 19 de noviembre de 1.962, en el proceso contra Marcelino Castro Caro, expresó lo siguiente:

"Aunque nuestra Constitución Nacional, a diferencia de la de algunos otros países, como la de Italia y la Argentina, no contiene un texto que de una manera expresa establezca que el derecho de defensa "es inviolable", o que "a nadie se le puede privar del derecho de defensa", una reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte, como desarrollo del artículo 26 de la actual codificación constitucional, ha reconocido, al lado de las nulidades taxativamente establecidas por los artículos 198 y 199 del C. de Procedimiento Penal, las llamadas nulidades supralegales o constitucionales, en casos verdaderamente excepcionales en que un acusado, haya sido privado del derecho de defensa, o no haya podido ejercitar este derecho, bien porque fueron violados derechos o prerrogativas especiales consagrados por la ley en su beneficio, o porque el abogado designado como defensor no cumplió en forma alguna y efectiva el deber profesional de ejercitar la defensa que le fue encomendada".

No obstante ser cierta y reiterada la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte que se invoca por el actor y por el señor Agente del Ministerio Público, debe aclararse, para fijar el alcance de dicha jurisprudencia, que ella solamente la ha aplicado esta Corporación en los casos en que se ha comprobado claramente de la actuación procesal que el derecho de defensa, por parte del defensor del acusado, no ha sido ejercitado en forma alguna, ni en ninguna oportunidad o en que, dicho derecho ha sido desconocido de manera notoria en las instancias.

Lo anterior quiere decir que la jurisprudencia citada no puede invocarse en el caso en que el derecho de defensa si ha sido ejercitado en alguna oportunidad o en alguna forma por el apoderado o defensor, aun cuando en concepto del recurrente esa defensa haya sido incompleta o deficiente, pues la Corte no podría, con ocasión del recurso extraordinario de casación, entrar a estudiar en cada caso si la defensa fue realmente conveniente y provechosa o completa para el acudo, pues esta es una cuestión, que aparte de lo compleja, sobrepasaría las atribuciones de la Corte en casación, porque tendría que entrar a calificar y a suplir las deficiencias en que hubieran podido incurrir los defensores o apoderados en el desempeño de su función profesional en las instancias del proceso.

Es cierto que el procedimiento excepcional y restrictivo que estableció el Decreto 0012 de 1.959, que se alcanzó aplicar en este proceso, limitó notablemente los medios y oportunidades de la defensa, en relación con el procedimiento

ordinario consagrado por el Código de Procedimiento Penal, pero ello no quiere decir que aquel procedimiento excepcional hubiera suprimido totalmente la defensa en juicio, del acusado, pues en ambas instancias expresamente consagró términos, aunque breves, para que las partes tuvieran oportunidad de alegar por escrito y pedir pruebas, momentos en los cuales debe y puede hacerse efectivo el derecho de defensa de los imputados.

Por lo dicho, en el presente caso no puede prosperar la causal de nulidad supralegal invocada en la demanda, con respecto al reo José Esteban Moreno, cuya defensa estuvo a cargo del doctor Barrios Carbonell, ya que éste en la primera instancia y oportunamente presentó en favor de su defendido el alegato que obra a folios 149 a 159 del cuaderno principal; actuación que el mismo actor reconoce en su demanda de casación, cuando manifiesta lo siguiente: "En este proceso penal solo uno de los incriminados fue oído, mediante el alegato presentado por el Dr. Barrios Carbonell".

No ocurre lo mismo con relación al reo y recurrente Gonzalo García Calderón, pues respecto a éste ninguno de sus apoderados, ni el doctor Julio Enrique Delvasto, que en un principio le fue designado defensor de oficio por el Juez de primera instancia, ni el doctor Maximiliano Vargas Archila, que aquél nombró como su apoderado, en memorial que obra al fl. 181, en ningún momento del proceso ejercitaron una efectiva defensa de este reo. Es cierto que el doctor Vargas Archila, cuando se le notificó la sentencia de primera instancia, manifestó que apelaba, pero nada hizo en ningún momento después para sustentar el recurso de alzada, el cual, por otra parte, ya había interpuesto con anterioridad el propio acusado Gonzalo García, resultando, por lo tanto, notoriamente inútil e ineficaz este acto del apoderado.

En consecuencia, el reo y recurrente, menor de edad, Gonzalo García Calderón, careció en este proceso de un efectivo derecho de defensa, ya que sus apoderados nada alegaron a su favor en ninguna de las instancias, con lo cual se violaron con respecto a él, según aparece comprobado en el proceso, una de las formas esenciales del juicio, incurriendo así en este proceso en una nulidad supralegal, que debe ser declarada con respecto a dicho recurrente únicamente, ya que el motivo de casación propuesto es completamente personal y no puede, por lo tanto, comprender a los otros reos recurrentes, pues como se vió, él no puede prosperar en relación con el sindicado condenado José Esteban Moreno, y en cuanto al recurrente Jorge Luis García es preciso declarar desierto el recurso de casación por él interpuesto, por cuanto dejó transcurrir el término del traslado sin formular la demanda de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, a que se ha hecho mérito, a fin de que se reponga el procedimiento a partir del auto de veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta y uno, en que se declaró cerrada la investigación, y sólo con respecto al reo Gonzalo García Calderón.

DECLARASE DESIERTO el recurso de casación interpuesto por el reo recurrente Jorge Luis García, por no haber formulado demanda de casación y se le condena en costas.

Cópiese, notifiquese y devuélvase el proceso al Juzgado de origen por conducto del Tribunal Superior de Ibagué.

Julio Roncallo Acosta.- Humberto Barrera Domínguez.- Samuel Barrientos R.- Simón Montero Torres.- Gustavo Rendón Gaviria.- Primitivo Vergara Crespo.- Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. INTERRUPCION EN LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

El art. 105 del Código Penal señala 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".

Si de acuerdo con el art. 107 del mismo Código "la prescripción de la acción penal se interrumpirá por el auto de proceder, es obvio que el enjuiciamiento proferido en contra del reo cumplió esa interrupción. El que la sentencia proferida en este negocio, al acoger el veredicto del jurado, tome ya en cuenta la circunstancia específica de atenuación prevista en el art. 384 del Código Penal, no quiere decir que ese resultado del juzgamiento pueda retrotraerse para que produzca efectos jurídicos dentro de una etapa del proceso ya precluída: la de calificación del mérito del sumario, cumplida en este asunto mediante el cargo de homicidio simple, sin atenuantes específicas, hecho al encausado.

El enjuiciamiento es una ley del proceso y sus consecuencias, en cuanto a la interrupción de la prescripción de la acción penal, no son provisionales sino definitivas, si de acuerdo con la calificación jurídico penal de los hechos realizada en esa oportunidad ciertamente el lapso de la prescripción no ha transcurrido íntegramente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, febrero quince de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de 15 de noviembre de 1.960, por la cual le fué impuesta al procesado LUIS FRANCISCO ARENALES JAIMES la pena principal de cuatro años y seis meses de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Bertilda Castellanos de Barajas.

HECHOS Y TRAMITE PROCESAL.

El **ad quem** resume, así, los hechos por los cuales fue juzgado Arenales Jaimes:

"El diez de noviembre del año de mil novecientos cuarenta y siete, dentro del establecimiento de propiedad de Severo Barajas, atendido por éste y por su

esposa Bertilda Castellanos de Barajas, situado dentro del área urbana de la ciudad de Málaga, se presentó un incidente entre el acusado Luis Francisco Arenales y los esposos Barajas, como culminación de algunos antecedentes de enemistad que entre ellos había, no obstante ser Barajas y Arenales medios hermanos, como se desprende del dicho de los testigos. El saldo de aquella refriega fue la lesión corto-punzante que recibió la cuñada del acusado por virtud de la cual y no obstante los esfuerzos hechos por los facultativos que oportunamente intervinieron a la herida, falleció trece días después. El sindicado, a su vez, mostró una pequeña lesión en la región ciliar del lado derecho inmediatamente afuera de la línea media, causada al parecer con arma contundente, por la cual se le señaló una incapacidad de seis días, sin consecuencias".

Ahora bien:

En cuanto al trámite del negocio, cabe transcribir parte de la relación que hace el señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal, a saber:

"El 15 de marzo de 1.958 se emitia. . ." por el Juzgado 3o. Superior de Bucaramanga. . . "auto de enjuiciamiento contra Luis Francisco Arenales. . ." quien posteriormente "fue declarado reo ausente, en providencia de 8 de octubre de 1.958 y se le nombró como apoderado, o mejor defensor, al doctor Pedro Jesús Duarte Otero. Este distinguido profesional apelò para ante el Tribunal Superior del auto de vocación a juicio y las diligencias subieron a la Corporación en octubre 28 del año ya citado.

"La Agencia Fiscal fuè de opinión de que los requisitos exigidos por el art. 429 del C. de P. P. se cumplían satisfactoriamente en el caso de autos y que, por ende, debía confirmarse integralmente el proveído calificatorio de primera instancia. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, fls. 5 a 12 del 2o. Cd., confirmó la determinación del a quo en decisión de abril 22 de 1.960, dentro de la cual se hacen reflexiones de importancia y se confirma el valor que a las pruebas dió el Juez del conocimiento en la carta o pliego acusatorio.

"Por el Juzgado 3o. se diligenció activamente la captura de Luis Francisco Arenales y éste fue asistido en forma prudente y ejemplar, que debe destacarse, por su apoderado, el doctor Duarte Otero, a pesar de serlo de oficio y de tratarse de un reo declarado ausente. Numerosas pruebas solicitadas por el apoderado fueron decretadas. . . . . ", y. . . . "tras algunos incidentes no importantes, las audiencias públicas se efectuaron. Ante los jueces de conciencia, el defensor de Francisco Arenales planteó la tesis principal de la legítima defensa de la vida y la subsidiaria del estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación; además, una tercera propuesta en el sentido de que se reconociera una riña provocada por la víctima.

"El fallador de primera instancia, aceptando el veredicto del juri, que se pronunció con un 'sí, pero en riña imprevista' y considerando algunas circunstancias de menor peligrosidad favorabes a Arenales Jaimes, le impuso, como antes se dijo, la pena de cuatro años y seis meses de presidio.

"En el momento de la notificación de la sentencia el Dr. Duarte Otero interpuso recurso de apelación contra esta providencia y concedido en el efecto suspensivo, ingresó el expediente al Tribunal el 23 de enero de 1.961.

"El Ministerio Público no hizo ninguna solicitud de pruebas. El defensor de Arenales (fl. 3 del último cuaderno), sin solicitar pruebas, propuso ante el Tribunal el pedimento en el sentido de solicitar prescrita la acción penal en este proceso, dando como razones las que expone largamente en el escrito a que alude.

"La corporación **ad quem** desatò la apelación interpuesta por el defensor de Arenales el 25 de agosto de 1.961 y confirmó lo resuelto por el inferior en todas sus partes, dejando, obviamente en pié la sentencia recurrida.

"Descontento con esta determinación, el Dr. Otero interpuso dentro del término legal el recurso de casación. . . . . ".

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El demandante, doctor Pedro Jesús Duarte Otero, impugna la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de que se ha hecho mérito, con invocación de la causal primera de casacion, esto es, porque -dice- "la sentencia es violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Afirma el doctor Duarte Otero que la sentencia viola el precepto contenido en el tercer inciso del artículo 105 del Código Penal y, además, interpretó erróneamente el artículo 107 de la misma obra.

Como fundamento de los cargos, dice el impugnante que "en el caso de Luis Francisco Arenales, el jurado reconoció la atenuante de la riña imprevista....." y.. "como aquí se trata de un homicidio y el homicidio está sancionado, cuando no es agravado, con una pena privativa de la libertad de ocho a catorce años, y como en el caso de autos no se podía aplicar a Luis Francisco Arenales la pena de catorce años, porque el homicidio había sido cometido en riña, entonces la pena aplicable era la que señaló el Juzgado; pero aceptando que fueran siete años, o sea la màxima, entonces tenemos que cuando se confirmó el auto de proceder la acción penal había prescrito, porque, como lo dice el mismo señor Juez de la causa, desde la fecha de la consumación del delito hasta la confirmación del auto de proceder por el H. Tribunal, transcurrieron doce años, cinco meses y diez y ocho días, tiempo suficiente para la prescripción de la acción penal".

Agrega que "habiendo prescrito la acción penal, no podía el Juzgado residenciar en juicio al procesado Luis Francisco Arenales y ha debido decretar la prescripción de la acción penal, porque ya habían transcurrido màs de diez años desde la fecha de la comisión del hecho delictuoso, hasta la época en que el H. Tribunal confirmó el auto de proceder. De manera que al residenciar en juicio a Luis Francisco Arenales, habiendo prescrito la acción penal, se violó la ley penal y por consiguiente hay lugar a que se decrete la nulidad de la sentencia. De manera que con base en lo anteriormente expuesto, solicito de la H. Corte Suprema de Justicia invalide la sentencia recurrida y dicte la providencia, aceptando la prescripción de la acción penal".

Estima, de su parte, el señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal que resultan demostrados los cargos hechos al fallo recurrido y, en consecuencia, "de acuerdo con el art. 570 del C. de P. P. -ordinal a- ... debe procederse a invalidar la sentencia impugnada y a dictar la que deba reemplazarla, aceptando la prescripción de la acción penal en el caso de autos".

Fundamenta el señor Agente del Ministerio Público su pedimento en las siguientes consideraciones:

"Como los autos lo constatan el homicidio de Bertilda Castellanos de Barajas fue cometido por Arenales el 10 de noviembre de 1.947; el auto de procesamiento fue de fecha 15 de marzo de 1.958; su confirmación por el Tribunal, o mejor, su ejecutoria, aconteció el 28 de abril de 1.960. Así, el auto de enjuiciamiento quedó en firme a los doce años y varios meses y días después de cometido el ilícito.

"Al reconocer el jurado de conciencia la atenuante de la riña imprevista a favor de Arenales, la pena imponible era la prevista en el Art. 384 del C. Penal. Bien lo entendió así la Corporación **ad quem**, en acuerdo, obviamente, con el Juez de primera instancia, cuya sentencia confirmaba.

"Pero, teniendo en cuenta que el art. 105 del C. Penal norma 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 no mayor de cinco años y menor veinte....." (mayor de cinco años, debió señalarse)..... "no es aquí el caso de considerar que la dicha prescripcion de la acción penal se ha cumplido?.

"Cuando el homicidio es simple, está penado con ocho a catorce años de presidio; esta pena no se podía aplicar a Arenales, porque el homicidio que se le imputa había sido cometido en riña, siendo así penado, en su máximo, con siéte (sic) años de presidio. Vimos como el auto de procesamiento se confirmó doce años después de la fecha de la consumación del ilicito, o, más claro, con tiempo holgado para que se hubiera cumplido la prescripción de la acción penal; dentro de esta situación debe significarse que la acción penal estaba ya prescrita para la fecha en que se confirmó el auto de proceder, a pesar de que el enjuiciamiento calificara el hecho que se imputara a Arenales como un homicidio simplemente voluntario.

"Este Despacho cree que los efectos jurídicos del veredicto se retrotraen al momento de la consumación de los hechos, haciendo hincapié en que lo que se juzga es la conducta del sindicado frente a la ley, en aquel preciso momento y no otro diferente".

LA SALA CONSIDERA.

De acuerdo con las providencias de 15 de marzo de 1.958 y de 22 de abril de 1.960, en las cuales los juzgadores de primera y de segunda instancia se ocuparon de la calificación del mérito del sumario seguido contra LUIS FRANCISCO ARENALES JAIMES, el llamamiento a juicio se hizo por el delito de homicidio simplemente voluntario, sin que se mencionaran en la parte motiva circunstancia especifica de atenuación alguna.

Para entonces, pues, no se había operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal, pues el cargo delictivo hecho al sindicado en el auto de proceder, de acuerdo con el art. 362 del Código Penal, tiene señalada una sanción máxima de catorce años de presidio, lapso éste que no había transcurrido para la fecha en que el enjuiciamiento quedó en firme.

En efecto, el artículo 105 del Código Penal señala 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".

Ahora bien:

Si de acuerdo con el artículo 107 del mismo código "la prescripción de la acción penal se interrumpirá por el auto de proceder, es obvio que el enjuiciamiento proferido en contra de ARENALES JAIMES cumplió esa interrupción.

El que la sentencia proferida en este negocio, al acoger el veredicto del Jurado, tome ya en cuenta la circunstancia específica de atenuación prevista en el artículo 384 del Código Penal, no quiere decir que ese resultado del juzgamiento pueda retrotraerse para que produzca efectos jurídicos dentro de una etapa del proceso ya precluída: la de calificación del mèrito del sumario, cumplida en este asunto mediante el cargo de homicidio simple, sin atenuantes específicas, hecho al encausado.

El enjuiciamiento es una ley del proceso y sus consecuencias, en cuanto a la interrupción de la prescripción de la acción penal, no son provisionales sino definitivas, si de acuerdo con la calificación jurídico penal de los hechos realizada en esa oportunidad ciertamente el lapso de la prescripción no ha transcurrido íntegramente.

La causal de casación invocada por el demandante no resulta, por tanto, demostrada.

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, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de 25 de agosto de 1.961, por la cual le fue impuesta al procesado LUIS FRANCISCO ARENALES JAIMES la pena principal de cuatro años y seis meses de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Bertilda Castellanos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen. Publíquese en la Gaceta judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Humberto Barrera Domínguez. - Simón Montero Torres. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO

Causal cuarta. Funciones del apoderado y del defensor. Formalidades propias del juicio que amparan la institución de la defensa. Supuesta nulidad de orden constitucional y procedimental por incompetencia de jurisdicción de la justicia penal castrense.

1. Dentro de la técnica del proceso penal el apoderado tiene como función asistir al sindicado en todas las diligencias propias a la etapa del sumario. Producido el llamamiento a juicio, la representación del acusado compete al defensor, porque con dicho pronunciamiento jurisdiccional se abre el debate sobre la responsabilidad del acusado y se ofrecen a éste las debidas oportunidades para desvirtuar o modificar el cargo atribuído.

2. Todo indica que la irregularidad en que hace hincapié el impugnador para sustentar la nulidad y la consecuente violación del art. 26 de la Constitución, no es ameritable como motivo de casación, pues sin reparo alguno de parte del señor defensor éste intervino en el proceso, entre otras cosas, solicitando la práctica de pruebas, hasta el 30 de julio de 1.960, cuando su representado le revocó el poder y nombró en su lugar a otro abogado quien continuó asistiéndolo durante el juicio.

3. El cargo contra la sentencia, consistente en la nulidad por incompetencia de jurisdicción de la justicia castrense, en razón de que el Decreto legislativo 1705 de 18 de julio de 1.960 suprimió para los miembros de la Policía el fuero militar y los sometió al derecho común, no puede prosperar en el caso de autos porque, como lo ha dicho la Corte en varios fallos, a partir del 27 de julio de 1.961 y muy especialmente en sentencias de 13 de abril y 17 de mayo de 1.962, el tránsito de legislaciones en la materia opera, sin desconocimiento de lo ordenado por el art. 26 de la Constitución en cuanto a la retroactividad de la ley penal, según se halle un determinado proceso al momento de empezar a regir la nueva norma.

El auto de vocación a juicio, con mayor razón que el de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal, que es producido dentro de un procedimiento sumario en la justicia militar, determina la competencia y "precluye la exclusión del fuero castrense". En el presente negocio la calificación de fondo se produjo el 14 de julio de 1.960, fecha anterior a la del Decreto 1705.

En consecuencia, dictado el auto de proceder por la Justicia Militar, bajo la vigencia de las normas del Decreto 0250 de 1.958 y tratándose de un delito cometido en ese año, el adelantamiento de la causa, con sujeción al fuero castrense, era y es legítimo o conforme a derecho.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, febrero quince de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendòn Gaviria).

VISTOS:

Surtidos los trámites de rigor procede la Corte a decidir de mèrito sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el acusado SEVERO SALVADOR ROMERO CARDOZO -agente de la Policía Nacional en el Departamento de Bolívar- contra la sentencia proferida el 7 de marzo del año próximo pasado por el Tribunal Superior Militar, mediante la cual le impuso, como responsable del delito de homicidio, la pena principal de 10 años de presidio, además de las correspondientes sanciones accesorias.

HECHOS

Ocurrió el delito de homicidio a que este proceso se contrae en la noche comprendida entre el 24 y 25 de junio de 1.958, en las circunstancias que expresa en estos términos la sentencia recurrida:

"Cuenta el proceso que en la noche del 24 de junio ya mencionado llegò el Agente SEVERO SALVADOR ROMERO CARDOZO al bar o café denominado 'La Ola Marina' de Cartagena, tomó unas cervezas en compañía de la mujer Ester de las Aguas Puertas; salió nuevamente a casa de una hermana que vivía frente al bar y allí se cambiò de ropa, poniéndose un traje de civil de color kaki; regresó a la cantina donde continuó tomando cerveza; tuvo algún incidente con un grupo de personas que también ingerían cervezas y hacia las once y media de la noche salió nuevamente del establecimiento para seguir a una de las personas que habían formado parte del grupo susodicho; la emprendió a patadas contra ella y, desenfundando el revólver, lo encañonò. Tal persona que respondía al nombre de RICARDO CABALLERO DIAZ hizo tal vez amago de volverse hacia su agresor, con tan mala suerte que èste le disparó a la cabeza, dejándolo muerto en el acto....".

DEMANDA DE CASACION

El doctor Pedro Pérez Sotomayor, en ejercicio del poder que le fué conferido por el recurrente, formuló la demanda de casación, ceñida a los requisitos de la ley y en la cual limita la impugnación al fallo del **ad quem**, a la **causal cuarta** del artículo 567 del C. de P. P., o sea, por haber recaído en un juicio viciado de nulidad.

Dos son los cargos que a través de la causal aludida hace el señor apoderado, a saber:

a). Que se quebrantaron las formas propias del juicio, con detrimento de las garantías establecidas en el artículo 26 de la Constitución, al no dar cumplimiento el juzgado de instancia al ordenamiento contenido en el auto de proceder de hacer "saber al enjuiciado el derecho que le asiste de nombrar un defensor", y "en caso de no hacerlo" designarle uno de oficio.

Al respecto dice el impugnador:

"Esas prevenciones legales, Honorables Magistrados, que son formalidades propias del juicio para amparar la institución de la defensa no se cumplieron; o sea que por omisión se violó el Art. 26 de la Constitución Nacional. Pero resulta algo más grave y es que se le notificó ese enjuiciamiento al doctor Salustiano Fortich Avila, apoderado de Romero Cardozo. Proferido al enjuiciamiento criminal cesa ipso jure la calidad de apoderado judicial que sólo es procedente en la etapa sumarial.

"El derecho de Romero Cardozo de nombrar un defensor en el juicio fue desconocido en el proceso, H. Magistrados, y no aparece en autos la manifestación suya, en el acto de la notificación del enjuiciamiento, que nombraba como su defensor al doctor Salustiano Fortich Avila...".

De lo anterior concluye el señor apoderado que el auto de enjuiciamiento no está legalmente notificado ni ha sufrido ejecutoria.

b). Consiste este cargo en que el "fallo recurrido fue además proferido sobre un juicio de nulidad (sic) de orden constitucional y procedimental por incompetencia de jurisdicción pues a partir del 18 de julio de 1.960, día en que entró en vigencia el Decreto Legislativo No. 1705 de 1.960, la Policía Nacional perdió el fuero militar, no siendo en consecuencia la justicia militar competente para el juzgamiento de mi mandante".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Delegado de las Fuerzas Militares estima que no debe casarse "la sentencia materia del recurso por no ser ella violatoria del Artículo 26 de la Ley Fundamental y de la Causal Cuarta del Artículo 567".

Para sustentar su parecer el distinguido colaborador hace, entre otros, los siguientes razonamientos:

"...Pero, si bien es cierto que la notificación del auto de proceder no estuvo acorde con las exigencias externas del art. 541, también es cierto que en el fondo el derecho a la defensa no se cercenó. El procesado se enteró de esta manera del pliego de cargos y tampoco estuvo huérfano de su defensor, así no aparezca la constancia ritual de su designación en persona determinada. De todos modos estuvo asistido por el doctor Salustiano Fortich Avila, sin que de parte suya haya protesta alguna respecto a la persona del defensor.

"Pero a pesar de todo esto, para fortalecer nuestros puntos de vista, conviene hacer notar que si no se hicieron en el instante de la notificación las prevenciones de rigor, tales como hacerle saber al procesado que tiene derecho de nombrar un defensor que lo represente en juicio; que si no lo nombrare, lo designará el juez; que además puede interponer los recursos de reposición y apelación contra el auto de proceder. Estas informalidades en la notificación del auto de enjuiciamiento desaparecen 'si habiendo comparecido el encausado en juicio no lo reclama dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se le haya hecho la primera notificación personal'. Y bien se aprecia, que el sindicado SEVERO SALVADOR ROMERO CARDOZO se notificó personalmente el día 23 de julio de 1.960 del auto por medio del cual se corrió traslado por dos días a las partes para la petición de las pruebas que considerare necesarias y solamente vino a ale-

gar esta irregularidad el 10 de agosto del mismo año, su abogado el doctor Roberto Mordecai M., a quien el día 30 de julio de 1.960 le confirió poder y revoca a la vez el que le había conferido al señor doctor Salustiano Fortich Avila (ver fls. 141 y 146). De lo anterior se desprende que esta solicitud de nulidad no prosperará por no haberse hecho dentro del término requerido en el art. 441 ordinal 3o. del Código Penal Militar, sino que la impetró, once días después de la notificación.

"En cuanto al cargo, consistente en que el juzgamiento de ROMERO CARDOZO no es de competencia de la Justicia Castrense, porque la Policía Nacional perdió el fuero militar al entrar en vigor el Decreto Ley 1705 de 18 de julio de 1.960, basta transcribir lo pertinente de la casación de la Honorable Corte Suprema de Justicia, de fecha 17 de mayo de 1.962, de la cual fué ponente el ilustre Magistrado y honra del Magisterio Penal, doctor Angel Martín Vásquez Abad, que dice así:

".....Por lo demás, del alcance de la sentencia de 27 de julio de 1.961 y de lo expuesto en la providenacia del 13 de abril del corriente año, antes citada y de lo que se dice en este fallo, se desprende, como norma general relacionada con el tránsito de procedimiento y competencia para juzgar a los miembros de la policía Nacional, lo siguiente: Si el hecho incriminado tuvo ocurrencia luego de entrar en vigencia el Decreto Legislativo 1705 de 1.960, su juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria, puesto que no hay conflicto de competencias. Pero si fue cometido antes de la fecha de este Decreto, cabe distinguir estas dos situaciones: si ya se había, por lo menos proferido el auto de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal, dado que el juez competente ya estaba determinado, precluye la exclusión del fuero castrense y, por lo tanto, el juzgamiento corresponde a la justicia militar. Pero si en el negocio no se había dictado, por lo menos dicho auto de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal (que como se dijo es el más análogo al auto de proceder), el negocio debe ser conocido por la justicia ordinaria'.

"Afirma el proceso, que el hecho penal tuvo luhar en Cartagena entre el 24 a 25 de junio de 1.958; para esa época estaba turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional (decreto 3518 de 9 de noviembre de 1.949), es decir estaba vigente el fuero; y cuando se profirió la vocación a juicio contra el procesado en referencia, 14 de julio de 1.960, aún no estaba en vigencia el decreto ley 1705, y cuando éste comenzó a regir, ya en el proceso existía una actuación iniciada y cumplida, vale decir, había una calificación procesal previa, a la cual debía estarse.

"Todo lo anterior indica -concluye la Procuraduría- que al sindicado se le juzgó con la plenitud de las formas propias del juicio, ante autoridad competente, de ahí que no prospere la nulidad constitucional invocada ni tampoco la causal cuarta del Artículo 56 del Código de Procedimiento Penal".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1a. Como es obvio, el proceso a estudio recibió la tramitación indicada en los Títulos V, VI, Libro IV del Código de Justicia Penal Militar (Decreto Legislativo 0250 de 1.958). De este modo, el Comando de la Policía "Unidad Bolívar", dictó el 14 de julio de 1.960 el auto de proceder contra Romero Cardozo, agente de esa Unidad, "por el delito de HOMICIDIO de que trata el Capítolo I, Título

XV del 2º. Libro del Código Penal", y en el ordinal segundo del mismo proveído se expresó lo siguiente:

"Al momento de notificarse esta providencia, hágase saber al enjuiciado el derecho que le asiste de nombrar un defensor, caso de no hacerlo nómbresele de oficio".

Si bien es cierto que en la diligencia secretarial de notificación (fl. 136 del cuaderno 1º.) no quedó constancia sobre este particular, como lo preceptúa el artículo 541 del Código de Justicia Penal Militar, la simple lógica enseña que al ser enterado Romero Cardozo del texto integro de la pieza enjuiciatoria, supo de su derecho a designar defensor, por lo que era redundante una nueva admonición al respeto en el acto ritual de la notificación.

Mal podría, entonces, querer fundarse en tal informalidad un vicio procesal de mérito que hubiera afectado el derecho de defensa y contrariado, en alguna forma, el artículo 26 de la Carta.

2ª. Dentro de la técnica del proceso penal el apoderado tiene como función asistir al sindicado en todas las diligencias propias a la etapa del sumario. Producido el llamamiento a juicio, la representación del acusado compete al defensor, porque con dicho pronunciamiento jurisdiccional se abre el debate sobre la responsabilidad del acusado y se ofrecen a èste las debidas oportunidades para desvirtuar o modificar el cargo atribuído. Sin duda, atendidas las características de la investigación y del juicio, puede estimarse como irregular la notificación del auto de proceder al apoderado, pero esta actuación tampoco vulneró los intereses de Romero Cardozo ya que, según el informe de Secretaría, de 14 de julio de 1.960, la misma fecha del proveído calificador y de la notificación, el procesado "manifestó que nombra al Sr. Dr. Salustino Fortich Avila, quien lo ha venido representando en la actualidad".

El designado aceptó el encargo; el Comando ordenó tenerlo como defensor y le dió posesión en debida forma. Todo ello en la fecha ya apuntada, lo que explica que no se hubiera repetido la notificación del enjuiciamiento, recibida ya por el abogado en su condición de apoderado.

3ª. Todo indica que la irregularidad en que hace hincapié el impugnador para sustentar la nulidad y la consecuente violación del artículo 26 de la Constitución, no es ameritable como motivo de casación, pues sin reparo alguno de parte del señor defensor èste intervino en el proceso, entre otras cosas, solicitando la práctica de pruebas, hasta el 30 de julio de 1.960, cuando su representado le revocó el poder y nombró en su lugar al doctor Roberto Mordecay Marrugo, quien continuó asistièndolo durante el juicio.

4a. El cargo contra la sentencia, consistente en la nulidad por incompetencia de jurisdicción de la justicia castrense, en razón de que el Decreto Legislativo 1705 de 18 de julio de 1.960 suprimió para los miembros de la Policía el fuero militar y los sometió al derecho común, no puede prosperar en el caso de autos porque, como lo ha dicho la Corte en varios fallos, a partir del 27 de julio de 1.961 y muy especialmente en sentencias de 13 de abril y 17 de mayo de 1.962, el tránsito de legislaciones en la materia opera, sin desconocimiento de lo ordenado por el artículo 26 de la Constitución en cuanto a la retroactividad de la ley penal, según se halle un determinado proceso al momento de empezar a regir la nueva norma.

El auto de vocación a juicio, con mayor razòn que el de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal, que es producido dentro de un procedimiento sumario en la justicia militar, determina la competencia y "precluye la exclusión del fuero castrense". En el presente negocio la calificación de fondo se produjo el 14 de julio de 1.960, fecha anterior a la del Decreto 1705.

En consecuencia, dictado el auto de proceder por la justicia militar, bajo la vigencia de las normas del Decreto 0250 de 1.958 y tratándose de un delito cometido en ese año, el adelantamiento de la causa, con sujeción al fuero castrense, era y es legítimo o conforme a derecho.

No prospera, por tanto, el recurso de casaciòn frente a la causal cuarta del artículo 567 del C. de P. P., por no tener validez jurídica los cargos examinados, y procede decidir en consonancia con lo dispuesto en el artículo 569 ibidem.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Còpiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Humberto Barrera Domínguez. - Simón Montero Torres. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Srio.

HOMICIDIO. CAUSAL 4a. DE CASACION

Supuesta violación del art. 5o. del Decreto extraordinario No. 3347 de 1.950 y del art. 26 de la Carta. Lo que se busca al reconocer a ciertas informalidades fuerza suficiente para invalidar el procedimiento, es garantizar plenamente al hombre la defensa de su libertad. Pero no toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica la existencia de una nulidad constitucional.

Cuando la Carta quiere que, en todo proceso, se observe la plenitud de la formas propias del juicio, trata de dejar a salvo la facultad o derecho de defensa reconocido al ciudadano. De donde se desprende, como se ha anotado que la nulidad implica una informalidad o irregularidad grave en el procedimiento, pero no al revés. Si se prodigaran las nulidades, esto es, si a toda informalidad se reconociera ese carácter, los procesos, en buen número, se harían interminables, en mengua de una justicia pronta y eficaz.

Lo que se busca, por tanto, al reconocer a ciertas informalidades fuerza suficiente para invalidar el procedimiento, es garantizar plenamente al hombre la defensa de su libertad.

La Corte, en reiterada doctrina ha dicho: "Pero no toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica la existencia de una nulidad constitucional. No; para que ella exista es indispensable que el vicio sea sustancial o sea atinente al ser o la existencia del proceso, en tal forma que la omisión del acto o diligencia afecte las bases del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen. Solo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuir las garantías del procesado o de parte legítima se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional".

En reciente fallo, expresó el mismo concepto, así: "Las nulidades sustanciales, llamadas también constitucionales o supralegales, se fundan en el derecho que tiene el reo de ser oído, para su defensa, y a no ser condenado sino con el lleno de las fórmulas propias del juicio. Es decir, tienden ellas a garantizar al reo la facultad de defensa.

"Si en alguna forma, se quebranta, o se perjudica, o se dificulta, o se quita el derecho de defensa a un reo, se estará incurriendo en una nulidad de carácter sustancial o supralegal, con base en el art. 26 de la Carta. Y aunque ésta no se encuentra catalogada en el Código Procesal, ella debe ser declarada, para que el ciudadano no quede destituído de la garantía que le otorga la Constitución para atender a la defensa de su libertad".

Teniendo en cuenta los anteriores principios la Corte estima que con el aplazamiento indefinido de las sesiones en la audiencia pública, se ha incurrido en una informalidad pero no en una nulidad de carácter constitucional. A los reos no se les privó de ningún derecho, ni se les limitó la facultad de defensa, y antes bien, "el rebasamiento del término... antes que perjudicar los fueros de la defensa, vino a beneficiarla, porque le dio mayor tiempo para prepararla y estudiarla, lo que quiere decir, que en este evento, el sujeto pasivo de la acción penal, gozó de garantías, tal vez superiores a las otorgadas por la ley".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotà, febrero diez y nueve de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

Por sentencia de 21 de noviembre de 1.961, el Tribunal Superior de Buga confirmó en todas sus partes la dictada por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, el 5 de junio del mismo año, y en la cual impuso la pena de veinticuatro (24) años de presidio y sanciones accesorias a Germán Fontal Tasama, Angel David Guevara Rendón y Pedro José Alvarez Aguirre, por el delito de homicidio en José Miguel Amariles y Julia Ramírez de Amariles, Cándida Rosa, Gilberto y Rosa Julia Amariles Ramírez.

Los acusados y sus apoderados interpusieron recurso de casación contra la mencionada sentencia, el que fue concedido oportunamente.

Se ha admitido el recurso y se han cumplido las demás formalidades legales, previas a la decisión definitiva. El apoderado de los procesados presentó la demanda del caso y el señor Agente del Ministerio Público dió su concepto sobre ella.

LOS HECHOS:

En el corregimiento de "Piedra de Moler", en el municipio de Cartago, fueron muertos, en la noche del 28 al 29 de enero de 1.952, Josè Miguel Amariles y su esposa Julia Rosa Ramírez, y sus menores hijos: Gilberto de 7 años, Rosa Julia y Cándida Rosa, de seis años de edad, miembros de humilde familia campesina.

La investigaciòn fue iniciada por el Inspector de Policia del mencionado corregimiento, quien practicó la diligencia del levantamiento de los cadàveres. La adelantó luego el Inspector Segundo Municipal de Cartago.

Se reunió la prueba de la materialidad del delito y de la responsabilidad de los acusados Germán Fontal Tasama "autor intelectual del genocidio", Angel David Guevara Rendón y Pedro José Alvarez Aguirre, autores materiales del mismo. Calificado el proceso y cumplida la audiencia pública, después de múltiples incidentes, que no es el caso de mencionar aquí, se produjeron las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia, citadas en el encabezamiento de esta providencia.

LA DEMANDA DE CASACION:

Fué apoderado de los reos el Dr. Ramón Elías Potes Posso, quien presentó demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, en los tèrminos siguientes:

Se hace en ella una breve historia de los hechos, así como de la forma en que fuè adelantada la investigación, y luego, se presenta la causal de casación alegada, o sea, la cuarta del artículo 567 del C. de P. P. Termina solicitando a la Corte que, si "encuentra fundada la presente causal", profiera "el fallo correspondiente, para que Germán Fontal, Pedro José Alvarez y Angel David Guevara sean juzgados por el pueblo, mediante sus jueces de conciencia, conforme a los cánones procedimentales vigentes, con sujeción a las normas propias del juicio".

CONCEPTO DEL PROCURADOR:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal contestó la demanda de casación, así:

"En sus fundamentos jurìdicos dice que fueron violados el artículo 26 de la Constitución Nacional y el 5o del Decreto Extraordinario No. 3347 de 1.950, que se encontraba en vigencia cuando ocurrieron los hechos a que se refiere el proceso.

"Para demostrar las violaciones precitadas el impugnador afirma que el Juez del conocimiento aplazó indefinidamente la audiencia pública (folio 93 del cuaderno de actas), cuando el citado Decreto dice que "en las audiencias en los juicios en que interviene el Jurado no podrá haber interrupciones por lapsos mayores de dos días".

Y al contestar el cargo, expresa:

"Más, lo anterior no obsta para seguir considerando que en el caso propuesto no se trata de una nulidad, ni legal ni supralegal, sino una irregularidad de procedimiento. Porque de la actitud del a-quo sòlo se manifiesta una informalidad en el juicio que en nada lesiona el derecho de defensa de los procesados de autos. Así se ha visto que tanto los acusados como sus defensores concurrieron, con alguna interrupcion, es cierto, a los debates públicos, y que los segundos expusieron ampliamente los puntos de vista en pro de sus defendidos, con todos los derechos y garantias que otorgan las normas procedimentales. De tal suerte que la nulidad constitucional impetrada no existe si los intereses protegidos jurídicamente por los estatutos que tutelan el derecho de defensa se cumplieron, pese al defecto o irregularidad anotada, con implicaciones puramente formales y accidentales"

Con base en lo anterior, pide que se deseche el recurso interpuesto.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

El señor apoderado de los procesados acusa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, por ser "violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", es decir, alega la causal 4ª. del artículo 567 del C. de P. P.

Opina que fue violado "directamente, el art. 26 de la Constitución Nacional conforme al 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'.

"A la fecha en que ocurrieron los hechos de que se ocupa este proceso, se encontraba en plena vigencia -('ley preexistente al acto')- el Decreto Extraordinario No. 3347 de 1.950, que ordena en su artículo 5o.:

"'En las audiencias en los juicios en que interviene el Jurado no podrá haber interrupciones por lapsos mayores de dos días'.

"Luego, incurre, a nuestro juicio, en flagrante violación de la ley el Juez Superior que, encontrándose presidiendo una audiencia, resuelve mediante auto: 'aplazarla indefinidamente'".

Dice el demandante que el 27 de junio de 1.960, se inició en el Juzgado Segundo Superior de Buga, la vista pública para definir la situación de los acusados Fontal, Alvarez y Guevara; que las sesiones fueron normales hasta que uno de los defensores dejó de asistir, "no arguyendo excusa legal", lo que dió campo a que el funcionario del conocimiento aplazara en forma indefinida la continuación de la audiencia; y que ello estaría bien si una "fuerza mayor" o un "inpedimento infranqueable" hubiera obligado aquel aplazamiento.

"Pero lo que sí parece contrariar, o más concretamente, lo que sí viola la norma del decreto aludido, es la licencia que se irroga el Juez de aplazar indefinidamente un acto cuya culminación queda, en tal evento, a merced del capricho, e implica violación del cánon legal que exige: señalamiento, plazo cierto, el cual no debe exceder -salvo caso de excepción- de los dos días".

SE OBSERVA:

Efectivamente, en el juicio de que se trata aquí, se inició una nueva audiencia pública para juzgar a Fontal, Alvarez y Guevara, el 27 de junio de 1.960. Las sesiones se cumplieron normalmente hasta el 13 de julio, fecha en la cual el "Juez por solicitud del defensor de los autores materiales doctor Natanael Díaz, decidió aplazar la audiencia" para el 25 de julio. Ni a la sesión de esta fecha, ni a otras posteriores asistió el defensor de Alvarez y Guevara, presentando para ello excusas diversas. Finalmente, el 2 de agosto, el Dr. Díaz envió un comunicado al Juez Segundo Superior, en el que expresa: "Por habérseme nombrado comisión gestionar asuntos Rama Jurisdiccional jueves próximo insístole renuncia poder negocio Alvarez, Guevara o aplazar debate". A este mensaje respondió el Juez Superior con el auto de la misma fecha, en el cual se ordena "el aplazamiento indefinido de la audiencia que ha venido celebrándose hasta que cesen los inconvenientes que asisten al defensor y representante a la Cámara, doctor Natanael Díaz. . .".

Con posterioridad, el 14 de octubre, se verificó una nueva sesión de la audiencia. Las del 17 y 28 de octubre no se llevaron a cabo por ausencia del defensor, Dr. Díaz. Finalmente, el 5 de diciembre, entró a actuar el Dr. Ramón Elías Potes Posso, en reemplazo del Dr. Díaz, y la audiencia terminó normalmente el 6 de diciembre de 1.960.

En realidad, las excusas presentadas por el defensor de Alvarez y Guevara dieron campo a sucesiva suspensión de las sesiones y al "aplazamiento indefinido" de las mismas. Con ello se violaba lo dispuesto en el art. 5o. del Decreto 3347 de 1.950, en donde se dispone que la audiencia pública no puede suspenderse por un lapso mayor de dos días. Fue, pues, notoriamente irregular el proceder del señor Juez del conocimiento, quien pudo hacer uso de apremios legales para obligar la presencia del defensor de oficio, como los señalados en el inciso 2o. del art. 107 del C. de P. P., o "ver si era de dar aplicación a las previsiones del Libro 2o., Título 4o., Capítulo 3o. del C. P.", como lo insinúa el señor Procurador.

Se ha cometido una irregularidad, pero no se ha incurrido en la nulidad supralegal o de carácter constitucional que alega el señor apoderado.

En efecto, cuando la Carta quiere que, en todo proceso, se observe la plenitud de las formas propias del juicio, trata de dejar a salvo la facultad o derecho de defensa reconocido al ciudadano. De donde se desprende, como se ha anotado, que la nulidad implica una informalidad o irregularidad grave en el procedimiento, pero no al revés. Si se prodigaran las nulidades, esto es, si a toda informalidad se reconociera ese carácter, los procesos, en buen número, se harían interminables, en mengua de una justicia pronta y eficaz.

Lo que se busca, por tanto, al reconocer a ciertas informalidades fuerza suficiente para invalidar el procedimiento, es garantizar plenamente al hombre la defensa de su libertad.

La Corte, en reiterada doctrina, ha dicho:

"Pero no toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica la existencia de una nulidad constitucional. No; para que ella exista es indispensable que el vicio sea sustancial o sea atinente al ser o a la existencia del proceso, en tal forma que la omisión del acto o diligencia afecte las bases del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen. Sólo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuir las garantías del procesado o de parte legítima se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional".

Y en reciente fallo, expresó el mismo concepto, así:

"Las nulidades sustanciales, llamadas también constitucionales, o supralegales, se fundan en el derecho que tiene el reo de ser oído, para su defensa, y a no ser condenado sino con el lleno de las fórmulas propias del juicio. Es decir, tienden ellas a garantizar al reo la facultad de defensa.

"Si, en alguna forma, se quebranta, o se perjudica, o se dificulta, o se quita el derecho de defensa a un reo, se estará incurriendo en una nulidad de carácter sustancial o supralegal, con base en el art. 26 de la Carta. Y aunque ésta no se encuentra catalogada en el código procesal, ella debe ser declarada, para que el ciudadano no quede destituído de la garantía que le otorga la Constitución para atender a la defensa de su libertad".

Teniendo en cuenta los anteriores principios, la Corte estima que, en el caso a estudio, se ha incurrido en una informalidad, pero no en una nulidad de carácter constitucional. A los reos no se les privó de ningún derecho, ni se les limitó la facultad de defensa, y antes bien, "el rebasamiento del término... antes que perjudicar los fueros de la defensa, vino a beneficiarla, porque le dió mayor

tiempo para prepararla y estudiarla, lo que quiere decir, que en este evento, el sujeto pasivo de la acción penal, gozó de garantías, tal vez superiores a las otorgadas por la ley".

"De tal suerte -dice el señor Procurador Delegado- que la nulidad constitucional impetrada no existe si los intereses protegidos jurídicamente por los estatutos que tutelan el derecho de defensa se cumplieron, pese al defecto o irregularidad anotada, con implicaciones puramente formales y accidentales".

Por lo expuesto, no prospera la causal de casación invocada.

En mérito de ello, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, obrando de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, DESECHA el recurso intentado y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de su origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la "Gaceta Judicial".

Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo Simón Montero Torres. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

VIOLACION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE DEFENSA DE LOS PROCESADOS. INDEBIDA APLICACION DEL DECRETO 0012 DE 1.959. GARANTIA A SER JUZGADO DE ACUERDO CON LA LEY PREEXISTENTE AL HECHO DELICTUOSO. CAUSALES SEGUNDA Y CUARTA DE CASACION PENAL.

1. El primer cargo no cabe ciertamente dentro de las previsiones de la causal segunda de casación, ya que no se refiere a la interpretación o apreciación de las pruebas aportadas al debate, sino a la interpretación o aplicación de la ley penal.

Sobre él debe decirse, no obstante, que el Tribunal, al individualizar la pena tuvo en cuenta la tremenda peligrosidad social del delincuente, su marcada insensibilidad moral y aún física, la excepcional gravedad del hecho delictuoso, los motivos determinantes del mismo, las circunstancias de indefensión de las víctimas, la sevicia, la personalidad del agente. Conocidos estos datos y leídas las páginas del expediente se llegaba fácilmente a la conclusión de que se estaba frente a uno de aquellos crímenes que vienen conmoviendo el alma de la Naciòn.

Pero es más. Si se acude a solicitar una reforma en la cantidad de la pena, es porque el demandante, implícitamente, está reconociendo la responsabilidad y la culpabilidad de su representado. De ahí que, al señalar este motivo, aspire a una simple disminución en la sanción.

La Corte ha repetido hasta la saciedad que al invocar la causal segunda de casación, se debe por el recurrente revisar todas las probanzas que hubiera tenido en cuenta el fallador de instancia, y no parte de ellas. Esto, porque la sentencia es consecuencia necesaria de aquel examen y de la apreciación jurídica del juzgador. Fuera de lo anterior se tiene admitido que el error alegable en casación es aquél que por su entidad intrínseca, y aún extrínseca, hace aparecer la sentencia como contraria a la verdad lógica, aquel que se ha llamado grave o "protuberante" o evidente.

2o. De acuerdo con los arts. 1o. del C. P. y 1o. del C. de P. P., a nadie se puede condenar por "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". Lo anterior solo se hará "de conformidad con las disposiciones legales sobre procedimiento y en virtud de sentencia dictada por Juez competente".

Por su parte, el art. 26 de la C. N. expresa 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".

Por excepción, de acuerdo con el mismo canon constitucional y con el art. 3o. del C. P., "la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", en materia criminal. Igual principio consagra el art. 5o. del C. de P. P.

Pudiera decirse que el delincuente, al cometer el delito, se somete y acepta plenamente, la legislación vigente en ese momento, o sea, se hace acreedor a ser juzgado de acuerdo con las normas preexistentes al hecho que la ley penal ha definido como infracción de la misma. Por ello, pugna con los principios atrás señalados, todo acto que dentro del proceso penal, limite o dificulte el derecho de defensa, concebido por la norma preexistente al hecho investigado.

En el caso que se estudia, el delincuente al cometer el delito o delitos que fueron investigados en el año de 1.953, adquirió la garantía a ser juzgado de acuerdo con los principios de procedimiento que existían en aquel momento, esto es, de acuerdo con el C. de P P., ley preexistente al hecho delictuoso. Y mal podía, por tanto, juzgársele siguiendo el Decreto 0012 de 1.959 pues éste, lejos de ser favorable a los intereses del sindicado, limitaba en buena parte las facultades defensivas que el C. de P. P. le otorgaba. En repetidas ocasiones ha afirmado la Corte "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 este acusado delinquió regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa".

La aplicación del Decreto 0012 de 1.959, limitó "en forma rotunda y radical el derecho constitucional de defensa de los procesados por hechos cometidos con anterioridad a su vigencia y que, por lo mismo, no tenían por qué quedar sometidos a las normas de ese estatuto, so pena de nulidad parcial de lo actuado".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, febrero diez y nueve de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Ibaguè, en sentencia de 12 de mayo de 1.961, condenó a Miguel Angel Vanegas Verú y a Manuel María Villarreal Avilés, a la pena principal de veinticuatro (24) años de presidio y sanciones accesorias correspondientes. Este fallo confirmó parcialmente el proferido por el señor Juez Segundo Superior de aquella ciudad, el 9 de junio de 1.960.

El proceso respectivo, en donde se investigó un doble homicidio, lesiones, robo, violencia carnal, etc., fuè adelantado de acuerdo con el Decreto 0012 de 1.959, a pesar de que los hechos tuvieron ocurrencia en la noche del 25 al 26 de septiembre de 1.953, en la fracciòn de "Guaguarco", en el Municipio de Coyaima, Departamento del Tolima.

Miguel Angel Vanegas Verú, al ser notificado del fallo de segunda instancia, interpuso contra él recurso de casaciòn, el que le fue concedido.

La Corte, en auto de 21 de febrero de 1.962, declaró admisible el recurso. El apoderado del procesado presentó, en tiempo oportuno, la demanda de casación. De la misma suerte, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal dio su concepto el 15 de septiembre del año pasado.

Cumplidos, pues, los trámites legales, es el momento de decidir.

HISTORIA DE LOS HECHOS:

Los hechos de que da cuenta este expediente, han sido narrados así:

"En la noche del 25 de septiembre de 1.953, en la vereda de 'Guaguarco' de la comprensión municipal de Coyaima en el Departamento del Tolima, a eso de las siete, más o menos, un grupo numeroso de hombres armados con revólveres, escopetas y machetes, con uniformes militares unos y en traje de civiles los demás, penetraron a la casa de Agapito Tique a quien dieron muerte, hirieron a Eladio Cútiva, unos cinco ejecutaron el acto carnal en la menor Sofía Tique usando de la fuerza, y otros violaron a las impúberes Flor y María Inés Tique hermanas gemelas menores de once años, golpearon a la madre de éstas Faustina Lis de Tique y a otra mujer y luego sustrajeron las ropas y demás elementos que encontraron; de allí, y a eso de las nueve de la noche se dirigieron a la casa de Rosendo Benitez Tique penetraron allí y como se encontraran a su dueño acostado, lo golpearon y le quitaron la suma de ciento cincuenta pesos en dinero y luego se llevaron varias prendas de vestir; y por último, pasaron a eso de las diez de la noche a casa de Rozo Aroca ubicada allí cerca y en forma violenta penetraron en la casa rompiendo las puertas y en forma salvaje decapitaron a Aroca y tomando su cabeza se la tiraban a sus hijos Noel y Sócimo Aroca a quienes les preguntaban si conocían a ese individuo y como contestaran que se trataba de su padre, los hirieron en forma atroz pudiendo en forma apenas explicable salvar sus vidas, luego de lo cual se sustrajeron todo lo servible que encontraron".

A fls. 5 y 6 del cuad. 1o., aparece la diligencia del levantamiento de los cadáveres de Rozo Aroca y Agapito Tique. Y a fl. 59, se encuentra la diligencia de necropsia. La muerte de Aroca se produjo por shok fulminante por decapitación. Agapito Tique murió por "anemia aguda por hemorragia".

Las esposas de los occisos fueron golpeadas por las personas que atacaron sus habitaciones y dieron muerte a sus cónyugues. Santos Lozano de Aroca tuvo una incapacidad de ocho (8) días, lo mismo que Fausta Lis de Tique (fl. 17).

Reconocidas las menores María Flor y María Inés Tique se acreditó acceso carnal reciente y cópula completa, (fl. 18).

También fueron examinadas las lesiones causadas a Hilario Cútiva, Sócimo y Daniel Darío Aroca. El primero tuvo diez y ocho (18) días de incapacidad, el segundo quince (15) y ocho (8) el tercero, sin otras consecuencias (fl. 21).

La investigación se enderezó a buscar a los autores de tales delitos. Y el 24 de octubre de 1.953, "fueron capturados en las inmediaciones de la estación del ferrocarril de Castilla los peticionarios Manuel María Villarreal y el que entonces se hacía llamar Gilberto Orta, hoy Miguel Angel Vanegas, quien junto con cinco más, infundieron sospecha en los habitantes de aquel sitio, y fue así como avisada la policía logró capturarlos, no así a los cinco restantes quienes lograron fugarse. Se les decomisó unas bombas de dinamita, una escopeta y bastantes

prendas de vestir, y como por circunstancias obvias tales como su captura a inmediaciones de Guaguarco donde habían ocurrido los hechos delictuosos antes narrados, y el reconocimiento de la ropa y objetos que les fueron decomisados como pertenecientes al botín que sustrajeron de las casas de sus víctimas los Tiques y Arocas, podía presumirse en forma legal su participación en tales hechos, el funcionario de instrucción los llamó a rendir declaración instructiva y les dictó sus respectivos autos de detención vistos a fls. 108 a 112 y 145.

"Además, a fls. 69 y 70 aparece la diligencia de reconocimiento en rueda de presos practicada en la población de Coyaima, en la que el lesionado Sócimo Aroca reconoce a Gilberto Orta, hoy Miguel Angel Vanegas como uno de los que tuvo participación en los hechos delictuosos acaecidos en la noche del veinticinco de septiembre antes citado y el mismo que lo había lesionado de un machetazo en la cabeza (fl. 74)".

La marcha de la investigación está expuesta así por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"Y en cuanto al desarrollo del proceso, observa la Procuraduría que al folio 218 vto., cuad. 1o., con fecha 16 de noviembre de 1.954, el Juez del conocimiento dispuso por su propia iniciativa, remitir el expediente a las autoridades militares respectivas, en orden a la aplicación de la amnistía concedida por el Decreto 1823 del mismo año.

"El 18 de junio de 1.958, es decir, tres y medio años después, el señor apoderado especial de los dos detenidos, solicitó para los mismos la amnistía del caso, lo cual implícitamente significa que aceptó la responsabilidad y culpabilidad de sus patrocinados (fl. 226 id.).

"Hay constancias en el expediente que los referidos sindicados fueron sometidos a un Consejo de Guerra Verbal en el cual se les juzgó por los homicidios, la asociación para delinquir, el porte de armas y por el uso de prendas militares, etc. etc. (fls. 230, 236 id.), pero de los fallos pronunciados con base en tal Consejo no hay constancia en el proceso.

"Previa una nueva manifestación de acogerse a la amnistía (fl. 236, id.), con fecha 20 de agosto de 1.959, el H. Tribunal Superior Militar denegó la gracia impetrada.

"Y el 29 de septiembre del mismo año, el Juzgado del conocimiento dispuso que se adelantara el negocio bajo las prescripciones del Decreto Legislativo número 0012 del propio año, (fl. 249 bis, cuad. 1o).

"Pero en este estado comenzó a tramitarse la solicitud de gracia que forma el cuaderno segundo de este expediente.

"Denegado también este recurso, continuó el trámite del proceso cerrándose la investigación (fl. 260 vto., cuad. 1o.), emitiendo luego el señor Fiscal del Juzgado del conocimiento su concepto en el sentido de que el procesado, hoy recurrente en casación, fuese condenado (fl. 271 id.), lo cual así ocurrió, como ya se dijo, tanto en primera como en segunda instancia.

"Y es bueno observar que el mismo procesado recurrente en casación, al folio 328 del cuaderno número primero, propuso la nulidad constitucional que

alega en casación el señor abogado demandante por indebida aplicación del Decreto Legislativo número 0012 de 1.959".

LA DEMANDA:

La demanda presentada por el apoderado de Vanegas Verú, único recurrente, tiene estos capítulos:

Capítulo I. Relación de los hechos. Se presentan los ocurridos en la noche del 25 al 26 de Septiembre de 1.953, en el paraje de "Guaguarco", en forma sucinta, los que, de otra parte, son calificados de "horribles".

Capítulo II. La actuación procesal cumplida. Cronológicamente, se enuncian las actuaciones que se llevaron a término, en este proceso, desde el momento en que el Alcalde Municipal de Coyaima recibió los denuncios de Alonso Aroca y Sofía Tique hasta el instante en que el expediente le fue entregado para formular la demanda de casación.

Anota desde luego que, solicitada la amnistía para los procesados, ésta fue rechazada, por las circunstancias de atrocidad que revistieron los hechos criminosos (fl. 237). El extinguido Tribunal de Gracia se pronunció en igual sentido, cuando a él se pidió un concepto por el señor Gobernador del Tolima.

Capítulo III. En éste, el demandante fija las causales de casación que invoca, para obtener la invalidación de la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, así:

Primera causal: la señalada en el numeral 2o. del artículo 567 del C. de P. P.

Tres cargos aduce para el fin que se propone:

a). Que la sentencia viola los artículos 1o., 203 y 204 del C. de P. P., pues "quebranta los presupuestos procesales determinados por las normas procesales anteriormente citadas".

Para demostrar este cargo, dice que el Tribunal erró, al imponer a Vanegas Verú la pena de veinticuatro (24) años de presidio, sin tener en consideración las circunstancias de menor peligrosidad del sindicado, "consagradas en los numerales 1o. y 2o. del art. 38 del C. P.".

b). Que el fallo viola los artículos 204 y 203 del C. de P. P., porque la prueba recogida "no da base para dictar una sentencia condenatoria".

Es aquí en donde hace un ligero examen de los indicios que tuvo en cuenta el Tribunal de instancia para condenar a Vanegas Verú.

c). Que el Tribunal "incurrió en error al apreciar la prueba de imputación contra Miguel Angel Vanegas Verú", por cuanto éste "ni siquiera está legalmente identificado como autor o partícipe de los delitos investigados".

Se dice por el demandante que el procesado fue capturado desde el 24 de septiembre de 1.953, esto es, un día antes de la comisión de los hechos referidos. Luego, no pudo él tomar parte en ellos.

Capítulo IV. Se invoca como segunda causal la 4a. del artículo 567 de C. de P. P.

Dice: "Presento al estudio de la H. Corte la causal 4a. de casación prevista en el art. 567 del C. de P. P. como **subsidiaria** de la causal segunda la que presento en esta demanda como principal, invocando a favor de mi petición la disposición contenida en el art. 537 del Código Judicial".

Se sostiene aquí que el procedimiento está viciado de nulidad, ya que se siguieron las normas del Decreto 0012 de 1.959, en lugar de las disposiciones del C. de P. P., que eran las vigentes al momento de cometerse los delitos que se imputan a Vanegas Verú.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA:

En su concepto, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal examina la demanda de casación, en sus distintos capítulos, presenta los hechos con exactitud y luego estudia las causales alegadas por el demandante.

Refiriéndose a la causal segunda, separa los cargos que contra la sentencia se hicieron, para concluir que no están ellos acreditados en manera alguna, por lo cual deben desecharse.

Y luego, al estudiar la causal 4a., alegada como subsidiaria, el señor Procurador es partidario de que se declare la nulidad de lo actuado, a partir del auto de 29 de septiembre de 1.959, dictado por el Juzgado Segundo Superior de Ibagué y visible al folio 249 bis, del cuaderno primero.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Se dijo antes que dos eran las causales de casación invocadas por el demandante, a saber: la segunda y la cuarta de las señaladas por el art. 567 del C. de P. P. Aquella figura como principal y ésta, como "subsidiaria".

La Corte, por consiguiente, hará el estudio de ellas en el mismo orden en que fueron propuestas. Debe tenerse en cuenta, desde luego, que, en este proceso, no hubo jurado, pues se adelantó por los trámites del Decreto 0012 de 1.959.

Causal segunda. Dice la disposición legal, que se acaba de citar, que "hay lugar a casación: 2o. Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados dentro del proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos.....".

Pues bien. Esta causal la reduce el demandante a tres motivos, como pasa a verse:

Primer cargo. Aparece resumido en esta frase:

"Impugno la sentencia del Honorable Tribunal Superior de Ibagué en virtud de que el Honorable Tribunal sentenciador impuso al recurrente la pena de veinticuatro años de presidio, desconociendo las circunstancias de menor peligrosidad consagradas en los ordinales 1o. y 2o. del artículo 38 del C. P. Tal desconocimiento incidió en el quebrantamiento de la previsión contenida en el art. 39 del mismo Código".

Este primer cargo no cabe ciertamente dentro de las previsiones de la causal segunda de casaciòn, ya que no se refiere a la interpretación o apreciación de las pruebas aportadas al debate, sino a la interpretaciòn o aplicación de la ley penal.

Sobre èl debe decirse, no obstante, que el Tribunal, al individualizar la pena, tuvo en cuenta la tremenda peligrosidad social del delincuente, su marcada insensibilidad moral y aún física, la excepcional gravedad del hecho delictuoso, los motivos determinantes del mismo, las circunstancias de indefensiòn de las víctimas, la sevicia, la personalidad del agente. Conocidos estos datos y leídas las páginas del expediente, se llegaba fácilmente a la conclusión de que se estaba frente a uno de aquellos crímenes que vienen conmoviendo el alma de la nación.

Pero es más. Si se acude a solicitar una reforma en la cantidad de la pena, es porque el demandante implícitamente, está reconociendo la responsabilidad y la culpabilidad de su representado. De ahí que, al señalar este motivo, aspire simplemente a una disminución en la sanción.

Segundo cargo. Está enunciado así:

"Impugno la sentencia del H. Tribunal Superior de Ibaguè, en razón de que la prueba exigida por el artículo 203 del C. de P. P. no se acreditò debidamente dentro del proceso. El testigo Sócimo Aroca tiene el valor de testigo único, no merece por tal motivo, los serios motivos de credibilidad que expresamente exige el art. 203 del Código citado. La prueba de este orden indiciario tomada en cuenta por el H. Tribunal sentenciador, no reune los requisitos determinados por los artículo 217 y 222 del C. de P. P.".

Es en esta parte, en donde el demandante hace un recuento breve de los varios indicios que sirven de fundamento al Tribunal Superior de Ibagué para aceptar la responsabilidad plena de Vanegas Verú, y da su concepto o "réplica" a cada uno de ellos, sin mostrar, desde luego, la razón probatoria de sus afirmaciones.

Sòlo, al hacer la crítica del primero de los hechos indicadores que la sentencia admite -el reconocimiento por parte de Sócimo Aroca de Miguel Angel Vanegas Verù o Gilberto Orta, como uno de los autores del grave y múltiple delito- entra a analizar una de las pruebas tenidas en cuenta por el sentenciador de la segunda instancia.

Tal medio probatorio es la declaración de Sócimo Aroca, producida en estos términos:

".....después entraron con la cabeza de mi papá colgando, nos la trajeron a donde estábamos nosotros, nos la botaron por los piés después que nos dijeron si la conocíamos, nosotros contestamos que era la de mi papá. Después se pusieron a jugar balón con la cabeza de mi papá; después se pusiéron a decirle a mi mamá que tocara victrola para ellos bailar; visto que mi mamá no les tocó fue que se pusieron a jugar balón; antes de esto fue que se pusieron a robarse lo que había.....".

El muchacho reconoció, en rueda de presos, a Vanegas, como a uno de los sujetos que intervinieron en el crímen narrado.

La tacha que se hace a las apreciaciones probatorias del Tribunal no tiene el menor valor. Primero, porque el demandante apenas si tuvo en cuenta una de las

pruebas traídas al estudio, descuidando, por tanto, los demás elementos de juicio del sentenciador; y segundo, porque el análisis que de los indicios hace es simple apreciación del mismo demandante, incapaz de quitar su fuerza a la discriminación probatoria de la sentencia acusada.

La Corte ha repetido hasta la saciedad que, al invocar la causal segunda de casación, se debe por el recurrente revisar todas las probanzas que hubiera tenido en cuenta el fallador de instancia, y no parte de ellas. Esto, porque la sentencia es consecuencia necesaria de aquel examen y de la apreciación jurídica del juzgador. Fuera de lo anterior, se tiene admitido que el error alegable en casación es aquel que, por su entidad intrínseca y aún extrínseca, hace aparecer la sentencia como contraria a la verdad lógica, aquel que se ha llamado grave o "protuberante" o evidente.

Tercer cargo. Es éste:

El Tribunal sentenciador incurrió en error al apreciar la prueba de imputación contra Miguel Angel Vanegas Verú, por cuanto que "ni siquiera está legalmente identificado como autor o partícipe de los delitos investigados".

En realidad, se está repitiendo lo ya expuesto. Debe decirse, sin embargo, que son numerosas las pruebas analizadas en la sentencia recurrida y que dieron base suficiente a pronunciar condena contra Vanegas Verú. Y también, como enseña el señor Procurador, que "hay varias piezas que convencen de la rectitud y acierto del fallo acusado, tales como los autos de detención de Vanegas Verú (fls. 108 y 144 vto., cuad. 1o.), la carta que le fue sorprendida (fl. 93 vto.), el auto por el cual se le negó la libertad provisional por él solicitada (fl. 214), el concepto del señor Fiscal Militar (fl. 233), la negativa de la amnistía (fl. 237) y la negativa de la gracia de que trata el cuaderno número segundo del expediente.

"Y no está por demás repetir que si los procesados se acogían a tales procedimientos de amnistía y gracia, destinados exclusivamente para los culpables de delitos políticos, es porque aceptaban su responsabilidad".

También, al mencionar este cargo, anota el demandante que "en la sentencia recurrida se cometió un gravísimo error de derecho al condenar a Miguel Angel Vanegas Verú como responsable de un delito que estaba en la imposibilidad de cometer por haber sido capturado un día anterior a la consumación del crimen".

Este motivo parte de una base falsa. El demandante piensa, y en ello sigue a uno de los fiscales que intervinieron en la primera instancia, que la captura de Vanegas Verú se realizó el 24 de septiembre de 1.953 y que, al haberse cumplido el hecho delictuoso en la noche del 25 al 26 de los mismos mes y año, mal podía el sindicado haber intervenido en él. Lo que ocurre es que la captura del delincuente se efectuó el 24 de octubre, esto es, un mes después del delito. Ello es claro si se atiende a los partes de captura de fls. 75 y 76 del cuad. 1o. La aprehensión de Vanegas y Villarreal se cumplió a las dos de la tarde del 24 de octubre de 1.953.

No tiene fundamento la causal segunda de casación, y por ello se desecha.

Causal cuarta. "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Dijo el demandante:

"En la sentencia se produjo una nulidad supralegal de las consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional porque en el juzgamiento de Miguel Angel Vanegas Verú se siguió el procedimiento establecido en el Decreto 0012 de 1.959, a pesar de que el delito fue cometido mucho antes de la vigencia del mencionado. El proceso ha debido seguirse con sujeción a las normas del Código de Procedimiento Penal ordinario que concede más generosa amplitud en el juzgamiento de los procesados y conservaba su vigencia por la época en que se cometió el delito que motivó el juzgamiento del procesado.

"Era ley preexistente al acto imputado a Miguel Angel Vanegas Verú las disposiciones contenidas en el Código Procesal Penal y no el Decreto 0012 de 1.959, promulgado para una situación de orden público en fecha posterior a la comisión del delito".

Los ilicitos que se investigaron en este cuaderno se cometieron en la noche del 25 al 26 de septiembre de 1.953. Por esa época estaba en plena vigencia en todo el territorio de la Nación el procedimiento señalado en el C. de P. P. Allí se daban las normas precisas para la investigación del delito, el conocimiento del delincuente, la aplicación y ejecución de las penas, etc. etc.

Sólo en el año de 1.959, se dictó el Decreto 0012 de 4 de junio, por medio del cual se dieron normas de procedimiento para la investigación de determinados delitos y la aplicación de las penas, en señaladas regiones del país, sometidas al estado de sitio.

Ahora bien: de acuerdo con los artículos 1o. del C. P. y 1o. del C. de P P., a nadie se puede condenar por "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". Lo anterior sólo se hará "de conformidad con las disposiciones legales sobre procedimiento y en virtud de sentencia dictada por juez competente".

Por su parte, el art. 26 de la C. N. expresa que "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".

Por excepción, de acuerdo con el mismo cánon constitucional y con el art. 3o. del C. P., "la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", en materia criminal. Igual principio consagra el art. 5o. del C. de P. P.

Pudiera decirse que el delincuente, al cometer el delito, se somete y acepta plenamente, la legislación vigente en ese momento, o sea, se hace acreedor a ser juzgado de acuerdo con las normas preexistentes al hecho que la ley penal ha definido como infracción de la misma. Por ello, pugna con los principios atrás señalados, todo acto que, dentro del proceso penal, limite o dificulte el derecho de defensa, concedido por la norma preexistente al hecho investigado.

En el caso que se estudia, el delincuente Vanegas Verú, al cometer el delito o delitos que fueron investigados, en el año de 1.953, adquirió la garantía a ser juzgado de acuerdo con los principios de procedimiento que existían en aquel momento, esto es, de acuerdo con el C. de P. P., ley preexistente al hecho delictuoso. Y mal podía, por tanto, juzgársele siguiendo el Decreto 0012 de 1.959,

pues éste, lejos de ser favorable a los intereses del sindicado, limitaba en buena parte, las facultades defensivas que el C. de P. P. le otorgaba. En repetidas ocasiones ha afirmado la Corte "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 este acusado delinquió regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa".

La aplicación del Decreto 0012 de 1.959, limitó "en forma rotunda y radical el derecho constitucional de defensa de los procesados por hechos cometidos con anterioridad a su vigencia y que, por lo mismo, no tenían por qué quedar sometidos a las normas de ese estatuto, so pena de nulidad parcial de lo actuado".

Prospera la causal cuarta de casación, y así se aceptará en la parte resolutiva de este fallo. Corresponde, pues, a la Corte, en armonía con la letra b) del artículo 570 del C. de P. P., invalidar la sentencia recurrida y disponer que el proceso vuelva a la oficina de origen para que se reponga, a partir del momento en que se incurrió en la nulidad constitucional que aquí se acepta.

En mérito de lo anterior, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público,

RESUELVE:

Invalidar la sentencia, objeto del recurso de casación y disponer que el proceso sea devuelto a la oficina de origen, para que se reponga lo actuado a partir del auto de veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1.959), visible a folio 249 bis del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la "Gaceta Judicial".

Julio Roncallo Acosta. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Humberto Barrera Domínguez. - Simón Montero Torres. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. AUTO DE PROCEDER. DERECHO DE DEFENSA

El auto de proceder y el delito en su simple denominación genérica. Concepto de género y especie en el homicidio. La elaboración del cuestionario debe redactarse en concordancia, no al género del delito sino concretamente a su especie. Causal 3a. Nulidad del auto de proceder. Causales 1a. y 4a. Infracción de las garantías intangibles a que se refiere el Art. 26 de la Constitución Nacional.

1. El homicidio en su denominación genérica, comprende todas las especies a que se refiere el Código, aunque, como es racional, sólo en potencia y no en concreto cada una de ellas, fenómeno que, de entenderse en forma distinta, daría lugar a identificar el concepto de género con el de especie, lo que es absolutamente inadmisible, incluso en la acepción gramatical de uno y otro de los dos términos.

En este orden de ideas, no habiéndose determinado, dentro de la motivación del auto de proceder, la especie de homicidio porque debía responder el acusado, lógicamente se creó desde entonces una imposibilidad, rotunda y definitiva, para la elaboración del cuestionario, el que, como es obvio, debe redactarse en consideración, no al género del delito sino, en particular y concretamente, a su especie. De consiguiente, en el caso de autos, respecto a la materia que se viene examinando, no cabe invocar la causal 3a. de casación en ninguna de las hipótesis que en ella se plantean, ya que, en realidad, no se trata de una simple falta de consonancia entre la sentencia y los cargos del auto de proceder, ni de desacuerdo de ella con el veredicto del Jurado, sino de algo que afectó, en sus formas esenciales, el juicio.

2. Los defectos del cuestionario y, más particularmente, su carácter arbitrario, advertible con la simple observación de que allí se acogió, sin que hubiera fundamento alguno para ello, la idea de un homicidio voluntario, del que no se habló, en función de especificarlo, en la motivación del auto de proceder, tuvo origen en el hecho, ya demostrado, de que el delito se atribuyó, dentro de aquella providencia, en su denominación genérica, circunstancia que, de suyo, determinó el que ese cuestionario sólo pudiera elaborarse, como se hizo, a impulso del capricho. De esta suerte, bien fácil se comprende que la nulidad de que habla la demanda, al formular el primer cargo al fallo acusado, mediante la invocación de la causal 4a., en modo alguno puede hallarse en los términos mismos en que se interrogó al Jurado.

Esa nulidad surge, en cambio, patente, en el propio auto de enjuiciamiento, pieza que corresponde, en los juicios con intervención de Jurado, a una de sus formas sustanciales, puesto que allí, contra lo dispuesto en el ordinal 3o. del artículo 431 del C. de P. Penal, no se señaló ninguna circunstancia que pudie-

ra determinar, en su especie, el delito imputado y, de este modo, se cerró, en consecuencia, la posibilidad de elaborar, en la oportunidad debida, un cuestionario que, subordinado a las rigurosas exigencias del artículo 28 de la Ley 4a. de 1.943, dejara a salvo las garantías intangibles que ofrece al procesado el artículo 26 de la Constitución Nacional, garantías que, en el caso de autos, se infringieron, puesto que si conforme al criterio reiterado de la Corte, la simple pretermisión, en la pregunta al Jurado, de "las modalidades específicas de la infracción objeto del proceso" las lesiona, con mayor razón ha de entenderse que ellas resultan fatalmente violadas si el juzgamiento se produce con base en un cuestionario que, no pudiéndose confeccionar en consideración al auto de proceder, fundamentalmente vicioso y en desacuerdo con la ley, tuvo que resultar absolutamente arbitrario. El segundo cargo, con fundamento en la causal 4a. de casación, aparece, pues, ampliamente demostrado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintiuno de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 14 de marzo del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería condenó al señor PLUTARCO LONDOÑO MARTELO, como responsable del delito de homicidio en la persona del señor Manuel del Cristo Zambrano, a la pena de OCHO (8) AÑOS DE PRESIDIO y accesorias del caso.

HECHOS Y ACTUACION:

La tarde del 11 de noviembre de 1.958 se reunieron en el caserío de "Josemanuel", comprensión del Municipio de San Bernardo del Viento, con el ánimo de "pelear gallos", algunas personas de la vecindad, diversión a la que estaban entregadas cuando en un momento dado, por razón de una pelea de esas, se suscitó agria discusión entre los señores Plutarco Londoño y Manuel del Cristo Zambrano, dueños, al parecer, de los animales contendores, en cuyo desarrollo el señor Marco Tulio Londoño, hermano del primero, atacó al segundo, con un cuchillo, de modo que alcanzó a herirlo en el hombro derecho, ataque al que Zambrano respondió tirando a tierra, de fuerte puñetazo, a don Plutarco para luego emprenderlas tras el indicado agresor, a quien tan pronto dió alcance en su rápida huída, trabado en lucha, derribó y colocó bajo su propio cuerpo, situación en la que aquèl, ya de pié, se le acercó y con un cuchillo le produjo una tan grave herida, por la parte posterior del hemitórax derecho, que a consecuencia de ella el predicho Zambrano falleció.

De los referidos hechos conociò el Juzgado 2o. Superior de Montería, el cual, en auto del 17 de febrero de 1.961, cuya ejecutoria se produjo en la misma instancia, llamó a juicio, por razón del homicidio consumado en la persona del señor Manuel del Cristo Zambrano, al procesado señor Plutarco Londoño Martelo, adoptando esa misma determinación, respecto del señor Marco Tulio Londoño, en cuanto a las lesiones que el propio Zambrano recibiò en el primer ataque y que sólo podían ser imputadas a este segundo procesado.

En orden a este auto de proceder el Juzgado, llegada la oportunidad legal, propuso al Jurado, en lo tocante con el delito de homicidio, el cuestionario que a continuación se reproduce, junto con la respuesta, entregada por unanimidad:

"El acusado PLUTARCO LONDOÑO MARTELO, es responsable de haber ocasionado la muerte del señor Manuel del Cristo Zambrano, a quien con el propósito de matar le infirió una herida con arma punzante (puñal), a consecuencia de la cual murió? -Los hechos sucedieron el día once (11) de Noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1.958), en las horas de la tarde, en la cabecera del Corregimiento de JOSEMANUEL, jurisdicción municipal de SAN BERNARDO DEL VIENTO.

"RESPUESTA: SI ES RESPONSABLE".

El cuestionario relacionado con el señor Marco Tulio Londoño también fue contestado, afirmativamente, conforme a la frase: "SI ES RESPONSABLE".

Con fundamento en los veredictos que se acaban de enseñar, el Juzgado, mediante sentencia del 6 de julio de 1.961, condenó al señor Plutarco Londoño, por razón del homicidio, a la pena de OCHO (8) AÑOS DE PRESIDIO y accesorias del caso, y al señor Marco Tulio Londoño, por las lesiones, a la pena de DOS (2) MESES DE ARRESTO, fallo que el citado Tribunal confirmó en el suyo del 14 de marzo del año pasado.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente señor Plutarco Londoño, por conducto de su apoderado, invoca, en el carácter de principal, la causal de casación prevista en el ordinal 3o. del artículo 567 del C. de P. Penal, la del ordinal 1o. del mismo texto, como consecuencia de la anterior y, por último, la del ordinal 4o. ibidem, como subsidiaria de las otras dos.

Con apoyo en la predicha causal 3a., el recurrente sostiene que la sentencia impugnada "no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder", tesis que entra a sustentar a través de diversas consideraciones, entre las que se destaca lo de que "si el enjuiciamiento se limita a hacerle al procesado el cargo de que cometió un homicidio, sin aludir siquiera a ninguna de aquellas denominaciones (las que especifican el delito), ni al referido precepto (Art. 362) del Código de las penas, ni a dicho propósito de matar, es forzoso admitir como descartada tal especie delictuosa", consideración de la que deduce, luego de algunas citas de jurisprudencias de la Corte, encaminadas a justificarla, la siguiente primera conclusión:

"Si se aplican los anteriores principios al caso de autos, es preciso admitir que, del pliego de cargos formulado a mi mandante, se descartó en forma absoluta la circunstancia específica que permitiría catalogar el homicidio genérico que se le atribuye como intencional; porque en la parte motiva del auto de proceder no se hizo la más vaga alusión a ninguno de los artículos del C. P. que trazan las figuras respectivas ni a los nombres con que se las designa, y porque no se dijo, pero ni siquiera se insinuó remotamente, que al herir al interfecto lo hiciera CON EL PROPOSITO DE MATAR".

Sentada esta conclusión, el demandante, sobre la base conceptual de que descartado, como lo dice, el homicidio voluntario, sostiene que precisa entonces

establecer "cual otro homicidio específico es el que se atribuye en el enjuiciamiento", tarea en cuyo desarrollo analiza los hechos del proceso, particularmente en relación con la "índole del acusado", "la causa para delinquir", "la naturaleza del arma empleada" y "el número y dirección de los golpes", todo lo cual le permite sacar la siguiente segunda conclusiòn:

"De suerte que si en la parte motiva del enjuiciamiento se descartó, como habia que hacerlo, tal propósito, la especie de homicidio atribuída a mi mandante no púede ser otra que la prevista en el art. 365 del C. P., esto es, la de homicidio preterintencional".

Observa el impugnador que respecto de esta conclusión, en el objetivo de rechazarla, "no puede argüirse" que el auto de proceder no "mencionó" la modalidad del homicidio en cuestión, ni la norma legal que lo consagra, ni tampoco que el acusado hubiera obrado "con el propósito de perpetrar una lesión personal", puesto que si la verdad es que allì no se usaron "los vocablos técnicos que eran de esperarse", se consignaron, en cambio, "con toda nitidez los hechos fundamentales", que, conforme a doctrina de la Corte, "configuran la expresada figura delictiva", y así se tiene, de un lado, que la citada providencia dice que el procesado "le propinó a Manuel del Cristo Zambrano una puñalada", lo que es muy importante en fuerza de que "el verbo **propinar**, empleado un poco impropiamente, es sinónimo de **pegar**, que significa, según el Diccionario de la Lengua, 'castigar o maltratar a golpes', lo cual lleva implícito el propósito de hacerlo" y, del otro, que "del enjuiciamiento hace parte la declaración de Rafael Pacheco Altamiranda", quien asevera "que el acusado 'LOGRO de darle con un puñal', al interfecto"; y que como el "verbo **lograr** equivale, según el Diccionario, a 'conseguir lo que se intenta o DESEA'", lógicamente ha de deducirse que en la vocación a juicio fue "reconocido 'el propósito de perpetrar una lesión personal', que es típico del homicidio preterintencional", modalidad que, al no ser tenida "en cuenta en la sentencia recurrida", hace, "prosperar, por este aspecto, la causal 3ª. de casación".

Por último, en la fundamentación de esta causal, el recurrente sostiene que en el auto de vocación a juicio se reconoció "igualmente, aunque sin emplear los vocablos técnicos del artículo 384 del C. Penal", que el procesado había consumado el homicidio "en riña que se suscitó de un modo imprevisto para él", tesis para cuya demostraciòn echa mano de dos frases, tomadas del relato que trae de los hechos aquel auto, alusiva, la una, a que el origen de los sucesos fue "una riña de gallos", y la otra, a la forma como se desarrollaron, determinada en los términos de que se dió cuenta en pàrrafos anteriores de esta providencia y, además, de dos sucintos y dislocados comentarios, recogidos también de aquella misma pieza, los que a la letra dicen:

"..... el lugar DONDE SE DESARROLLO LA PELEA y donde se protagonizó tambièn la de gallos, LA CUAL FUE EL PUNTO DE PARTIDA PARA LA CONSUMACION DE LOS HECHOS".

"Asi las cosas estamos en presencia de un caso de Homicidio y Lesiones Personales, de común ocurrencia, EN QUE EL EJE CENTRAL DE LA TRAGEDIA NO FUE OTRO QUE LA DISCUSION DE PARTE DE LOS LONDOÑO CON ZAMBRANO A RAIZ DE UNA RIÑA DE GALLOS".

La aceptación de la riña planteada, en la expresa condición de imprevista se pretende demostrar, dentro de la demanda, mediante la transcripción, a su vez, de algunas frases de la providencia del llamamiento a juicio, las que se comen-

tan en relación con los acertos de algunos de los mismos testigos que se invocan en el cuerpo de la indicada determinación, para luego concluir en que ellas comprueban que en el enjuiciamiento se reconoció el carácter imprevisto de la riña de que se habla, y en que, como no fue tenida en cuenta dentro de la sentencia acusada esa modalidad atenuante, necesariamente debe prosperar, por este otro aspecto, la causal 3a. de casación.

La causal 1a. de casación, invocada como consecuencia de la 3a., según ya se dijo, se fundamenta diciendo que el "haberse omitido en el cuestionario, en el veredicto y sobre todo en la sentencia" la modalidad preterintencional del homicidio y la de su consumación en riña imprevista, "claramente reconocidas en el auto de proceder", determinó, por falta de aplicación, la violación de los artículos 365 y 384 del C. Penal y, por indebida aplicación, la del artículo 362 de la misma obra, lo que significa que esa otra causal, evidentemente, "está llamada a prosperar".

Al amparo de la causal 4ª. se formulan al fallo acusado dos cargos, encaminados a demostrar, conforme al primero, que el juicio es nulo, "desde los cuestionarios propuestos al jurado, inclusive", de acuerdo con las siguientes razones:

a). Porque en el auto de proceder no se hizo al procesado el cargo de haber causado la muerte que se le atribuye "con el propósito de matar" y, en cambio, en el cuestionario se introdujo ese factor, circunstancia que de suyo comprueba que el Juzgado "se salió de los límites que él mismo le había trazado al debate";

b). Porque en ese auto de proceder "se reconoció claramente" que el procesado había causado la muerte de Zambrano "con el propósito de perpetrar una lesión personal" y, sin embargo, al Jurado no se le interrogó sobre esa específica modalidad del delito, lo que quiere decir que se "omitió una de las formalidades esenciales del juicio"; y,

c). Porque en el mismo enjuiciamiento "se consignó con entera nitidez" que el procesado "cometió el homicidio 'en riña' que se suscitó 'de modo imprevisto'", y a pesar de ello al Jurado no se le interrogó al respecto, y así se tiene, entonces, que se "prescindió nuevamente de una de las formalidades escenciales del juzgamiento".

De conformidad con el segundo cargo, formulado en subsidio del primero, se pretende que el juicio es nulo "desde el auto de proceder, inclusive", en orden al siguiente razonamiento:

"Y debe declararse esta nulidad, porque al auto de proceder -que es una de las formas propias del juicio con intervención del jurado-, le faltaría uno de sus requisitos esenciales, como es el exigido en forma terminante por el art. 431 (numeral 3o.) del C. de P. P., en éstos términos: 'La calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, CON LAS CIRCUNSTANCIAS CONOCIDAS QUE LO ESPECIFICAN'. Por cuanto a mi mandante se le habría hecho sólo el cargo de haber cometido el delito genérico de homicidio, que, como tal, no está reprimido por la ley, sin enunciar ninguna de las circunstancias que configuran las distintas especies previstas por el respectivo capítulo del C. P. En tal supuesto, se habría violado el art. 26 de la Carta, por haberse juzgado a mi cliente sin la formalidad sustancial de un enjuiciamiento con sujeción a las exigencias legales".

Como conclusión de su demanda, el recurrente solicita se invalide la sentencia recurrida y se hagan, "en su orden, uno de estos pronunciamientos:

"1o. Si prosperan, como lo creo, las causales 3ª. y 1ª. de casación, dictar nueva sentencia en que se condene a mi cliente a la pena de dos (2) años de presidio, más las accesorias de rigor, como responsable del homicidio previsto por el art. 365 del C. P., con la circunstancia atenuante contemplada por el art. 384 ibídem; y disponer que sea puesto inmediatamente en libertad, por haber cumplido en detención preventiva un tiempo mayor al de la sanción principal.

"2º. Si prospera el primer cargo de la causal 4ª. de casación, declarar que es nulo el juicio a partir de los cuestionarios propuestos al jurado, y devolver el negocio a la oficina de origen para que redacte uno nuevo en relación con mi cliente, ceñido a los cargos que se consignaron en el auto de proceder.

"3º. Si no prospera sino el segundo cargo de la causal 4ª. de casación, declarar que es nulo el juicio, a partir del auto de proceder, inclusive, y devolver el negocio para que se reponga el procedimiento".

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en el concepto de respuesta a la demanda, acoge cada una de las tesis que en ella se exponen, las cuales fundamenta, en esencia, dentro de los mismos términos en que lo hace la impugnación y, por lo tanto, solicita se case el fallo acusado de acuerdo con el orden de peticiones que formula el recurrente.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

En el auto de vocación a juicio, en orden a la determinación de los delitos imputados, lo único que se dijo, bajo el epígrafe de "CALIFICACION GENERICA", fue lo siguiente:

"Del proceso se desprende que ambos sindicados tomaron parte en la comisión de los hechos, de los cuales se configuraron los delitos de Homicidio y Lesiones Personales, contemplados en el Código Penal en su Título XV, Capítulo I, Libro II y Título XV, Capítulo II, del mismo Libro, respectivamente a los delitos mencionados".

La claridad y concisión de este párrafo excluye cualquier debate respecto a sus alcances, los cuales, evidentemente, no permiten sostener y menos demostrar, así sea mediante el empleo de la máxima capacidad dialéctica, que en el auto de proceder se hubiera hecho cosa distinta a tomar el homicidio incriminado en su simple denominación genérica, sin entrar a fijarlo en su particular especie.

En la primera parte de la fundamentación de la causal 3ª. no sólo se defiende esta ostensible realidad sino que se recalca conforme a apreciaciones como la siguiente que, por ser de suma elocuencia al respecto, importa transcribir:

"....tratándose del delito de homicidio, es error gravísimo confundir -como parecen hacerlo el Juzgado y el H. Tribunal sentenciadores- el **género** con la **especie** que recibe los nombres de homicidio simple, intencional, simplemente intencional, de propósito, etc., y es sancionado por el art. 362 del C. P. Porque el propio art. 431 del C. de P. P., distingue expresamente entre el **género** -que lo constituye el delito considerado en abstracto y que comprende TODAS las figuras descritas en el capítulo respectivo- y las **especies**, que se integran por los distintos

elementos enunciados en cada uno de los artículos que componen el capítulo correspondiente. En efecto, al referirse al contenido de la parte resolutiva del auto de proceder, habla de 'el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, EL CUAL SE DETERMINARA CON LA DENOMINACION QUE LE DE EL CODIGO PENAL EN EL RESPECTIVO CAPITULO ....., COMO HOMICIDIO, lesiones personales, robo, estafa; sin determinar DENTRO DEL GENERO DE DELITO LA ESPECIE A QUE PERTENEZCA, NI SEÑALAR EL ARTICULO ESPECIAL que se considere aplicable'. Lo que equivale a decir que el nombre del capítulo designa el **género**, y cada artículo describe una **especie**".

En la segunda parte de aquella fundamentación el recurrente, sin embargo, como en una velada rectificación de sus ideas iniciales, luego de advertir que descartada del auto de proceder la modalidad de homicidio voluntario, preciso es establecer cuál es la especie "que se atribuye en el enjuiciamiento", entra a proponer los argumentos que, en su sentir, demuestran cómo allí se reconoció el carácter preterintencional del homicidio imputado y, además, que su autor lo había consumado en riña imprevista.

En torno a la primera de estas dos cuestiones planteadas, la demanda aduce el argumento de que de la "índole del acusado", de "la causa para delinquir", de "la naturaleza del arma empleada " y del "número y dirección de los golpes" se desprende que el homicidio de que se trata lo consumó su autor sin intención de matar, presupuesto del que deduce, como si se tratara de su inexorable consecuencia lógica, que en el auto de proceder se reconoció la predicha modalidad preterintencional del delito.

Este razonamiento se identifica, a simple vista y con mayor razón si se pondera, como absolutamente vicioso, precisamente porque, de acuerdo con lo que se observa de ordinario, no siempre lo que existe es reconocido, fenómeno del que es ejemplo el caso de autos, donde, si como se pretende -la Corte no se pronuncia al respecto- se configura un homicidio preterintencional, la verdad es que en la calificación del sumario, ni directa ni indirectamente, se acogió esa especie delictuosa.

Esta realidad, ajena a cualquier esfuerzo interpretativo, en modo alguno es dable desvirtuar mediante la consideración, exclusiva y única, de que en el relato que de los hechos trae el auto de calificación se empleó el verbo **propinar**, y, de otro lado, que en la declaración del señor Rafael Pacheco, incorporada al cuerpo de la citada providencia, aparece el verbo **lograr**, puesto que, sin duda alguna, los dos verbos se aplicaron como equivalentes a **asestar**, en el evidente propósito de señalar, como hecho simplemente objetivo, que el autor de la cuchillada que segó la vida del señor Zambrano había sido el procesado Londoño, fenómeno que, por vía de ejemplo, los señores José M. Pinto y Rufino Medina, cuyos testimonios se incorporaron también al auto de proceder, determinaron, sin tampoco tratar de pronunciarse sobre la intención que guiara el actuar físico de que informan, el primero, por medio de la frase: "..... y viendo que Manuel tenía a su hermano en el suelo corrió por detras y **le clavó el puñal en la espalda**", y el segundo, conforme a la frase: "..... entonces fue cuando vino el hermano de Marco, llamado Plutarco Londoño, con un puñalito de acero de cruz y **le tiró por la parte de atrás al difunto Zambrano**, hiriéndolo por la espalda en dirección de un pulmón".

Con relación al supuesto reconocimiento, dentro del auto de proceder, de la riña imprevista a que se refiere la impugnación, apenas cabe anotar que en

esa providencia, ni siquiera en principio y en forma indirecta, se alude a semejante modalidad, la cual, de esta suerte, quedó descartada, sin que pueda argumentarse, para sostener lo contrario, que allí se consignó que los hechos se habían originado en "una riña de gallos" y, además, como consecuencia de "la discusión de parte de los Londoño con Zambrano", en el propio lugar de aquélla, precisamente porque ninguna de esas sindicaciones, elementales y simples, tuvo por objeto someterlos a valoración jurídica alguna sino, en rigor, a su debido recuento, teniendo en cuenta todos los detalles que se estimaron de interés.

De manera que, como se deja ampliamente demostrado, en el auto de proceder no se reconoció ninguna de esas modalidades a que se refiere la impugnación, lo que quiere decir que allí el delito se tomó en su simple denominación genérica, ya que, de otro lado, en su motivación, pretermitiendo lo dispuesto en el ordinal 3o. del artículo 431 del C. de P. Penal, tampoco se señaló circunstancia alguna que lo especificara. En estas condiciones se cerró el paso, desde entonces, a la elaboración de un cuestionario que pudiera incluir, sin pecar por arbitrario, una determinada especie de homicidio, y al éxito de la causal 3a. de casación que ahora se invoca.

En efecto, el homicidio en su denominación genérica, comprende todas las especies a que se refiere el Código, aunque, como es racional, sólo en potencia y no en concreto cada una de ellas, fenómeno que, de entenderse en forma distinta, daría lugar a identificar el concepto de género con el de especie, lo que es absolutamente inadmisible, incluso en la acepción gramatical de uno y otro de los dos términos.

En este orden de ideas, no habiéndose determinado, dentro de la motivación del auto de proceder, la especie de homicidio porque debía responder el acusado (Londoño), lógicamente se creó desde entonces una imposibilidad, rotunda y definitiva, para la elaboración del cuestionario, el que, como es obvio, debe redactarse en consideración, no al género del delito sino, en particular y concretamente, a su especie. De consiguiente, en el caso de autos, respecto a la materia que se viene examinando, no cabe invocar la causal 3a. de casación en ninguna de las hipótesis que en ella se plantean, ya que, en realidad, no se trata de una simple falta de consonancia entre la sentencia y los cargos del auto de proceder, ni de desacuerdo de ella con el veredicto del Jurado, sino de algo que afectó, en sus formas esenciales, el juicio.

La causal 1a. invocada como consecuecia de la 3a. al no prosperar ésta, tampoco ella puede prosperar.

Los defectos del cuestionario y, más particularmente, su carácter arbitrario, advertible con la simple observación de que allí se acogió, sin que hubiera fundamento alguno para ello, la idea de un homicidio voluntario, del que no se habló, en función de especificarlo, en la motivación del auto de proceder, tuvo origen en el hecho, ya demostrado, de que el delito se atribuyó, dentro de aquélla providencia, en su denominación genérica, circunstancia que, de suyo, determinó el que ese cuestionario sólo pudiera elaborarse, como se hizo, a impulso del capricho. De esta suerte, bien fácil se comprende que la nulidad de que habla la demanda, al formular el primer cargo al fallo acusado, mediante la invocación de la causal 4a., en modo alguno puede hallarse en los términos mismos en que se interrogó al Jurado.

Esa nulidad surge, en cambio, patente, en el propio auto de enjuiciamiento, pieza que corresponde, en los juicios con intervención de Jurado, a una de sus formas sustanciales, puesto que allí, contra lo dispuesto en el ordinal 3o. del artículo 431 del C. de P. Penal, no se señaló ninguna circunstancia que pudiera determinar, en su especie, el delito imputado y, de este modo, se cerró, en consecuencia, la posibilidad de elaborar, en la oportunidad debida, un cuestionario que, subordinado a las rigurosas exigencias del artículo 28 de la Ley 4ª. de 1.943, dejara a salvo las garantías intangibles que ofrece al procesado el artículo 26 de la Constitución Nacional, garantías que, en el caso de autos, se infringieron, puesto que si conforme al criterio reiterado de la Corte, la simple pretermisión, en la pregunta al Jurado, de "las modalidades específicas de la infracción objeto del proceso" las lesiona, con mayor razón ha de entenderse que ellas resultan fatalmente violadas si el juzgamiento se produce con base en un cuestionario que, no pudiéndose confeccionar en consideración al auto de proceder, fundamentalmente vicioso y en desacuerdo con la ley, tuvo que resultar absolutamente arbitrario. El segundo cargo, de los dos que se formulan a la sentencia acusada, con fundamento en la causal 4ª. de casación, aparece, pues, ampliamente demostrado.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida y ORDENA devolver el proceso, por conducto del Tribunal de origen, al Juzgado de conocimiento, para que se reponga la actuación a partir, inclusive, del auto de proceder.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. Simón Montero Torres. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pio quinto León L., Secretario.

HOMICIDIO EN LA MODALIDAD DE ASESINATO

Causales 4ª. y 3ª. de casación. Las circunstancias de alevosía en el agente y de inferioridad e indefensión en la víctima, incluídas en el cuestionario propuesto al Jurado, ya le habían sido deducidas al reo en el auto de proceder. Consonancia entre la sentencia, el auto de proceder y el veredicto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veinticinco de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 2 de abril del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó al señor LUIS ALFONSO PEREZ CHAVARRIA, como responsable del delito de homicidio en el señor José de Jesús Morales Alvarez, a la pena de "QUINCE AÑOS Y TRES MESES DE PRESIDIO", y le impuso las penas accesorias del caso.

HECHOS Y ACTUACION:

En torno a las 10 de la noche del 10 de abril de 1.959, en el sitio "La Partida de Peque" de la cabecera del Municipio de Ituango, el señor Luis Alfonso Pèrez Chavarría le causó la muerte, por medio de dos cuchilladas que le tiró sorpresivamente "por la espalda", al señor José de Jesús Morales.

De ese hecho conoció el Juzgado 1º. Superior de Medellín, el cual, entendiéndolo como constitutivo del delito de homicidio, en auto del 15 de abril de 1.961, llamó a juicio, en razón del mismo, al señor Pérez Chavarría, determinación que el Tribunal de Medellín confirmó en su proveído del 27 de junio, tambièn de aquel año. El Juzgado, en la motivaciòn del enjuiciamiento, respecto a las modalidades del delito, dijo:

"La calificación jurídica que corresponde al homicidio es, como dice la Fiscalía, la de asesinato, porque la prueba en referencia pone de relieve que el acto homicida fue perpretado en forma sorpresiva, en momentos en que Morales se encontraba desprevenido, departiendo con Benedicto Usuga, y es evidente que Pèrez, al ejecutar su desinio criminal, sin riesgo alguno para él, obró con la cau-

tela, cobardía y deslealtad que caracterizan la alevosía, circunstancia que puso al ofendido en notorias condiciones de indefensión e inferioridad, lo que quiere decir que el homicidio está agravado por la circunstancia de que trata el ordinal 5o. del citado Artículo 363 del Código Penal".

Por su parte el Tribunal, también en la motivación del auto que confirmó la vocación a juicio, en cuanto al mismo aspecto, expresó:

"Realmente, como lo sostuvo el funcionario del conocimiento, se trata de un delito de homicidio asesinato, o sea de aquèllos que se reprimen conforme a lo dispuesto por el artículo 363 del estatuto penal sustantivo. Hubo propósito de matar, relación de causa a efecto entre la lesión y el deceso y abuso de las condiciones de indefensión e inferioridad de la víctima, pues ésta se hallaba desprevenida del ataque, conversando con un amigo".

Llegada la oportunidad legal se propuso al Jurado el siguiente cuestionario, cuya reproducción se hace, seguida de la respuesta, dada por unanimidad:

"El acusado LUIS ALFONSO PEREZ CHAVARRIA es responsable de haber lesionado con arma corto-punzante a JOSE DE JESUS MORALES ALVAREZ, a consecuencia de lo cual falleció éste, hecho que ejecutò el acusado con propósito de matar y con alevosía que situó a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, lo que tuvo cumplimiento en la noche del diez de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, así: las lesiones, en el sitio 'La Partida de Peque' de la cabecera del Municipio de Ituango, y la muerte poco después, cuando el occiso era conducido al hospital del mismo Municipio?.

"RESPUESTA: SI".

De acuerdo con este veredicto el Juzgado, en sentencia del 23 de septiembre de 1.961, condenò al procesado Pèrez Chavarria a la pena de "QUINCE AÑOS Y SEIS MESES DE PRESIDIO", aplicándole, además, las penas accesorias del caso, fallo que el Tribunal modificó en el suyo del 2 de abril del año pasado para dejar la pena principal en "QUINCE AÑOS Y TRES MESES DE PRESIDIO".

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca, en su orden, las causales de casación previstas en los ordinales 4o. y 3o. del artículo 567 del C. de P. Penal.

Con apoyo en la primera de ellas, el recurrente sostiene que la sentencia impugnada es "violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", ya que en el auto de proceder no se "concretaron los cargos de alevosía, inferioridad o indefensión" y, en cambio, en el cuestionario que se propuso al Jurado se les tomó en cuenta, circunstancia que quebrantò el artículo 26 de la Constituciòn Nacional.

Al amparo de la causal 3a., el demandante afirma que la sentencia acusada "está en desacuerdo con los cargos" del auto de proceder, donde no se habló de que el delito se hubiera consumado con alevosía ni menos de que a la víctima se le hubiera tomado en condiciones de indefensión e inferioridad, circunstancia que impedía incluir en el cuestionario esas modalidades y, además, tenerlas

en cuenta en la sentencia, pero que como en ésta ello se hizo, el fallo, entonces, resultó en desacuerdo con los cargos del enjuiciamiento.

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

En el concepto de respuesta a la demanda, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, mediante sobrio y conciso estudio, demuestra la improcedencia de los cargos formulados al amparo de las dos causales invocadas y, como consecuencia, solicita, se deseche el recurso.

SE CONSIDERA:

En las dos instancias del auto de proceder, no solamente se habló de la alevosía y de la indefensión e inferioridad que caracterizaban la consumación del delito y hacían que tomara la denominación de asesinato, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 5o. del artículo 363 del C. Penal, ordinal al que expresamente se aludió, sino que se resaltó y recalcó ese aspecto, como puede apreciarse, por cierto de manera ostensible, en los dos apartes transcritos, correspondientes, el uno, al auto del Juzgado y, el otro, al del Tribunal.

En estos términos, como es obvio, en la elaboración del cuestionario para proponer al Jurado, tenían que incluirse esos factores y, en verdad, se hizo, por donde resulta que el primer cargo que se formula a la sentencia, al amparo de la causal 4a., carece siquiera de explicación y, por tanto, esta causal no puede prosperar.

Redactado el cuestionario con subordinación estricta a los cargos del auto de proceder y contestado, de otra parte, en forma simplemente afirmativa, los juzgadores en derecho, con fundamento en ese veredicto, sólo podían condenar dentro de la modalidad de asesinato que, planteada en la vocación a juicio, acogió el Jurado. Y precisamente fue eso lo que hicieron tanto el Juzgado como el Tribunal, el primero en su sentencia del 23 de septiembre de 1.961 y el segundo en la suya del 2 de abril del año pasado. El cargo de la causal 3a. es también improcedente y, por lo mismo, esa otra causal tampoco puede prosperar.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- acorde con el concepto del señor Procurador Segundo 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 de que se hace mérito en la parte motiva de este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Humberto Barrera Domínguez. - Simón Montero Torres. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES

Invocación de las causales 2a. y 1a. del Art. 567 del C. de P. P. La ley colombiana da al Juez amplio campo en la apreciación de las pruebas. Causal segunda de casación propuesta en negocios tramitados de acuerdo con el Decreto No. 0012 de 1.959. Riña imprevista.

1. La ley procedimental colombiana ha abandonado el sistema de la tarifa legal de pruebas y ha concebido, en cambio, amplio campo de apreciación al Juez en el examen de las mismas,. Es así posible que un solo testigo dé la convicción íntima y firme de la realización de un hecho determinado. De igual suerte, un número plural de testigos puede ser desechado, por el Juzgador, cuando sus dichos no tienen la suficiente credibilidad, cuando sus palabras no dejan en la mente del Juez la creencia cierta del cumplimiento de un suceso dado. Las pruebas, y especialmente las declaraciones, se pesan, no se cuentan.

2. La riña imprevista implica una agresión mutua, que se presenta de momento o de manera casual, en la cual ambos combatientes se encuentran mezclados, sin que hayan tenido la posibilidad de provocarla, sin que hayan podido presumir "su ocurrencia porque lógicamente ella, dentro de las circunstancias normales, no debía producirse".

La Corte tiene establecido que "la riña imprevista equivale a la casual. Se entra en ella sin querer, porque hubo que contestar con un golpe a otro golpe".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, febrero veinticinco de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

Es el momento de resolver el recurso de casación interpuesto por Israel Rodríguez y su defensor contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Neiva, el 3 de noviembre de 1.961, y en la cual se reforma la proferida por el señor Juez Superior de la misma ciudad, el 14 de agosto de aquel año.

Rodríguez fue condenado a noventa y seis (96) meses de presidio "con las sanciones inherentes", por el delito de homicidio en la persona de Gregorio Camacho. Fue absuelto, al mismo tiempo, por las lesiones personales causadas a Jesús María Parra.

Interpuesto recurso de casación contra el fallo, y rituado éste, en forma legal, en esta Corte, procede ya la decisión de fondo.

ANTECEDENTES:

El 29 de junio de 1.960, festividad de San Pedro y San Pablo, se celebró en la población de Santa María, en el municipio de Palermo (Huila) la "despescuezada del gallo" con toda clase de regocijos y especialmente con la ingestión de bebidas embriagantes. A eso de las cinco de la tarde, se suscitó una riña entre Aparicio y Arturo Caviedes y Santiago y Sandalio Amaya, en la cual tomaron parte otras personas, tales como Jesús M. Porras, Dail Horta, etc.

Gregorio Camacho, con el ànimo de impedir que la lucha tuviera funestos resultados, intervino frente a los combatientes. Efectivamente, cogió el garrote que Aparicio Caviedes esgrimía, pero con tan mala suerte que, en ese momento, "recibió una tremenda pedrada que hizo blanco en su cabeza y le produjo conmoción cerebral gravísima a causa de lo cual murió Camacho al dia siguiente cuando era conducido a esta ciudad èn busca de auxilios médicos".

Sobre estos hechos se inició la investigación para conocer al autor de la muerte de Gregorio Camacho, así como a los de las lesiones recibidas en la riña por distintas personas.

Se demostró, en forma correcta, la objetividad de las infracciones -homicidio y lesiones- y se arrimó la prueba suficiente para dictar sentencia condenatoria contra Israel Rodríguez, por la muerte de Gregorio Camacho, y contra Aparicio Caviedes, Arturo Caviedes, Dail Horta y Jesús María Parra, por el delito de lesiones personales que se les imputó.

DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS:

El Dr. Juan Romero G., apoderedo de Israel Rodríguez Esguerra, presentó en su oportunidad, demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, por cuanto en ésta se condenó a su poderdante, a noventa y seis meses de presidio y a las penas accesorias correspondientes.

Tal demanda comprende dos partes, así:

1ª. "Resumen y análisis de los hechos".

En ella se hace un relato breve del suceso, en el cual perdió la vida Gregorio Camacho y recibieron lesiones otras personas. Luego, viene una crítica a las pruebas de cargo que sirvieron al Tribunal de instancia para proferir un fallo condenatorio contra Israel Rodríguez Esguerra.

2ª. "Cargos contra la sentencia".

Como motivos de casación se aducen la causal segunda y la primera de las señaladas en el artículo 567 del C. de P. P. La primera, porque hubo una errada interpretación o apreciación de los hechos, "atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen y existe una manifiesta contradicción entre ellos". Y la segunda, porque hubo una "errónea interpretación o indebida aplicación de la Ley sustantiva".

Al sustentar la causal segunda, el demandante hace amplio alegato tendiente a demostrar que el criterio de interpretación de la prueba del Tribunal Superior de Neiva, fue erróneo y que, por consiguiente, Rodríguez Esguerra debe ser absuelto.

En cuanto a la causal primera, se anota que el Tribunal Superior de Neiva "incurrió en error de apreciación al no considerar como imprevista la intervención de las personas, extrañas a los promotores, que intervinieron en la descomunal trifulca", y que, en consecuencia, la pena impuesta debe reducirse, de acuerdo con el art. 384, ya que el "homicidio se ha cometido en riña imprevista".

CONCEPTO DEL PROCURADOR:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su concepto de 23 de octubre de 1.962, hace un análisis de las causales de casación alegadas, después de presentar la demanda y hacer una relación de los hechos.

En relación con la causal segunda, anota que el C. de P. P. sustituyó la tarifa legal de pruebas por el sistema de la íntima convicción y que, por tanto, no es admisible alegar tal causal de casación, por el solo motivo de que un Tribunal haya concedido amplio crédito a una sola declaración.

"Y no es posible hacer tal cosa -dice- porque el recurso intentado por el acusado Rodríguez Esguerra ciertamente no es una tercera instancia en la que pudiera oponerse al criterio de apreciación probatoria empleado por el juzgador, otro criterio de interpretación del mismo acervo probatorio".

"Esta tesis tiene respaldo en recientes jurisprudencias de la Corte".

Al estudiar la causal primera, el señor Procurador conceptúa que la riña imprevista no era admisible, "pues bien se sabe, por virtud de los testimonios recibidos durante la investigación adelantada, que la víctima Gregorio Camacho no provocó jamás a su matador ni a ninguna otra persona, sino que como pacificador de los ánimos, terció en la riña por otro provocada y por otros aceptada, recibiendo la muerte como recompensa por su noble actitud pacificadora".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Este proceso fue adelantado siguiendo las normas del Decreto 0012 de 1.959. No hubo en él intervención del Jurado. Procede, por tanto, el estudio de la causal segunda de casación.

Dijo el demandante, al presentar esta causal:

"Dado el jolgorio general de la gente reunida en Santa María, estimulados por bebidas embriagantes, salta a la vista que la pelea comenzada por Caviedes y los Amaya, que produjo revuelo, exaltó inconcientemente a la multitud que tumultariamente ingresó a ese campo de agramante. Consecuencialmente, en forma imprevista, la mayor parte de los individuos que tomaron intervención se vieron envueltos en una riña imprevista e inconsciente bajo el dominio de la borrachera.

"Desde este punto de vista, el fallo del Tribunal de Neiva incurrió en error de apreciación al no considerar como imprevista la intervención de las personas,

extrañas a los promotores, que intervinieron en la descomunal trifulca que se desarrolló, y por ende hubo una indebida aplicación de la pena impuesta a Israel Rodríguez Esguerra, porque el art. 372 del Código Penal ha debido concatenarse con el 384 reduciendo la pena a la mitad, o porque, por otra parte sería aplicable el art. 29 en relación con el 61 de la misma obra si se le considerara que obró en estado de intoxicación producida por el alcohol, caso que se le considerara en estado de intoxicación crónica. Esto último no cabe porque Rodríguez Esguerra es de buenas costumbres y jefe honorable de un hogar, y sólo en el día de San Pedro de 1.960, estaba embriagado, según lo refieren varios testigos, como participante de la tradicional fiesta de despescuezada de gallo.

"Este postulado se sienta en previsión de que la Honorable Corte lo pueda considerar como autor del golpe que sufrió Gregorio Camacho y fue causa de su muerte".

En estas frases, se está reconociendo implícitamente la responsabilidad de Rodríguez Esguerra y su consiguiente culpabilidad. En efecto, se considera aquí que el homicida obró en los eventos de una riña imprevista y que, en consecuencia, "el art. 372 del Código Penal (sic) ha debido concadenarse con el 384 reduciendo la pena a la mitad", o bien, que al actuar Rodríguez, lo hizo en un estado de intoxicación crónica producida por el alcohol. Y agrega que lo último no sería de recibo, ya que el reo simplemente estaba embriagado, en forma accidental.

En lo anterior se está involucrando la causal segunda con la primera.

Entra luego, el demandante a criticar la prueba que sirvió de base al Tribunal para proferir sentencia condenatoria contra Israel Rodríguez Esguerra, en los siguientes términos:

"Como lo dije en el análisis de los hechos, la declaración de Eva Parra de Amaya, esposa de Sandalio y cuñada de Santiago y hermana legítima de Jesús María Parra, quienes tuvieron intervención en la descomunal trifulca de que habla el proceso, no se dió cuenta de quien fue el heridor de Gregorio Camacho, auncuando después afirmara que el autor de la lesión fue Israel Rodríguez Esguerra, pues este nombre le fue sugerido por Marcos o Marco Aurelio Fierro y a continuación afirmó categóricamente que no conocia al citado Israel, y porque en ningún momento reconoció al acusado en rueda de presos o cualesquiera otras formas como la persona a quien señala como autor de la agresión. La declaración de tal mujer en cuanto a la actuación de Gregorio Camacho también está contradicha con el testimonio de Víctor Daza Castillo, quien afirma que estando en compañía de Camacho, éste le dijo 'voy a ver que me toca' y voluntariamente, a pesar del consejo que le dió la hermana de Daza Castillo de que no se metiera porque podría recibir una pedrada, siempre se incorporó entre los peleadores y se dió de puñetazos con Aparicio Caviedes, aserto éste que está demostrando la intervención voluntaria de Camacho de participar en la pelea guiado por la animadversión que tenía a muchos de los habitantes de aquel Corregimiento de Santa María, según la referencia que momentos antes le había dicho a aquel declarante.

"Y José Domingo Cuesta corroborò el dicho de Daza Castillo al referir que había un grupo de gente del cual formaba parte Gregorio Camacho y que éste se engarzó con Aparicio Caviedes, cogidos ambos de una vara y en esos momentos se desprendió y cayó boca abajo hasta cuando llegó la policía y lo levantó.

"Si Daza Castillo y José Domingo Cuesta estaban pendientes del desarrollo de los hechos, observándolos atentamente, es inexplicable la acusación que se formula a Rodríguez Esguerra de ser el autor de la muerte de Gregorio Camacho, y si José Domingo Cuesta, a raíz de la trifulca tumultuaria vió a Marcos o Marco Aurelio Fierro con gotas de sangre en el vestido, tácitamente hay que advertir que èste tuvo intervención en los hechos, auncuando pretende sostener que lo hizo impulsado por la agresión de que fue víctima Camacho para tomar su defensa y evitar que fuera nuevamente golpeado, valiéndose de una piedra que lanzó contra Rodríguez.

"Sentado èsto, la exposición de Marco Aurelio Fierro es asaz sospechosa, porque éste conlleva el ánimo de tergiversar los hechos para eludir la responsabilidad que podía deducírsele por su actuación activa en la pelea, y porque es inexacto que cuando fue perseguido o salió en huida fue tumbado de una pedrada en la cabeza, ya que no exhibió huellas de la lesión que necesariamente le hubieran quedado dado el impulso del proyectil, capaz de derribarlo.

"Solo puede explicarse la actitud de Marco Aurelio Fierro como la de un resentido, dadas las referencias que había hecho a Víctor Daza Castillo de la malquerencia que se le tenía, desfogando su resentimiento contra Rodríguez al señalarlo luego como autor de la lesión a Camacho y propalando la imputación a muchas personas, como consta en el proceso cuando varios declarantes dicen que por boca de tal individuo saben que Rodríguez Esguerra es el autor del homicidio y esa actitud que él asume, de defensor de Camacho y de héroe al recibir una pedrada en la cabeza por su intervención, pone de relieve que meditó y se preparó para formular insidiosamente el cargo contra mi defendido.

"De lo expuesto se concluye que la afirmación que hace Marco Aurelio Fierro de ser Rodríguez Esguerra el autor de la muerte de Gregorio Camacho, no puede aceptarse como prueba de la responsabilidad de mi cliente".

Para dar mayor valor a su exposición, trae el demandante la autoridad de Framarino, de cuya obra copia algunos párrafos.

Como se ve, todo el esfuerzo del apoderado se encamina a desacreditar la declaración de Marco Aurelio Fierro, quien señala expresamente a Israel Rodríguez Esguerra como autor de la pedrada que dió al traste con la vida de Gregorio Camacho.

Ello por dos motivos:

1o. Porque es declaración de testigo único, ya que nadie distinto a Fierro, se dió cuenta del momento en que Rodríguez arrojó la piedra que golpeó en el cráneo a Camacho; y

2o. Porque otros declarantes hacen aparecer a Camacho, como uno de los que tomaron parte en la riña tumultuaria, en la cual perdió la vida.

A lo anterior podría contestarse esto:

a). La ley procedimental colombiana ha abandonado el sistema de la tarifa legal de pruebas y ha concedido, en cambio, amplio campo de apreciación al juez en el examen de las mismas. Es así posible que un solo testigo dé la convicción íntima y firme de la realización de un hecho determinado. De igual suerte, un número plural de testigos puede ser desechado, por el juzgador, cuando sus di-

chos no tienen la suficiente credibilidad, cuando sus palabras no dejan en la mente del juez la creencia cierta del cumplimiento de un suceso dado. Las pruebas, y especialmente las declaraciones, se pesan, no se cuentan.

Pudo, pues, el Tribunal Superior de Neiva dar entero crédito a la declaración de Fierro Tafur y desechar otras. Sólo que aquí, en realidad, no se desestimaron testimonios. Lo que ocurrió fue que únicamente Marco Aurelio Fierro, por su situación, estuvo en capacidad de ver a la persona que tomaba una piedra y la arrojaba contra el grupo dentro del cual se encontraba Gregorio Camacho.

El Tribunal no dió valor al testimonio de Elvia Parra de Amaya, porque ésta incurrió en múltiples contradicciones, que la hicieron sospechosa. No es, pues, el caso de volver sobre ella, a pesar del esfuerzo reiterado del demandante para demostrar su falsedad.

b). Todas las declaraciones traídas al debate demuestran que, en la tarde de aquel 29 de junio, algunas personas se empeñaron en una lucha frente a frente; que se hirieron recíprocamente varias de ellas; que Gregorio Camacho intervino, al parecer para calmar los ánimos; que cogió el garrote que esgrimía uno de los hermanos Caviedes contra los Amaya; y que en este instante, recibió una pedrada que lo arrojó al suelo.

De los declarantes, el único que estuvo en posibilidad de ver a la persona que arrojó la piedra que golpeó a Camacho, fue Marco Aurelio Fierro Tafur, quien a folio 5 del cuaderno principal, dice:

"Yo me encontraba ayer en las horas de la tarde, en frente de la tienda de Miguel Andrade, cuando se había originado una pelea, en estas bajaba el señor Gregorio Camacho, y al llegar al frente de la tienda de Miguel Andrade, le tiró una pedrada Israel Rodríguez a Gregorio, yéndose éste al suelo, este mismo señor recogió otra piedra para tirarle, en vista de esto, yo me indigné y recogí una piedra y se la tiré y que posiblemente se la pegué yo hice esto en vista de que el señor Camacho estaba en el suelo y herido.....".

Santos Minú (fl. 78) observó a Camacho cuando se dirigía a los combatientes "como en son de paz" y afirma que Rodríguez le dió una pedrada a Jesús Parra, en el pecho, lo que hace pensar que el procesado intervino en la reyerta, usando como arma precisamente la piedra.

Víctor Daza Castillo (fl. 75), José Domingo Cuesta (fl. 71), citados también por el demandante, observaron a Camacho en los momentos en que éste luchaba con Aparicio Caviedes. Ninguno de ellos se dió cuenta de la persona que golpeó a Camacho. Pero sí lo vieron en el momento de caer al suelo, en donde permaneció hasta que la policía lo levantó.

Las alegaciones del demandante, en torno a la declaración de Marco Aurelio Fierro, no son suficientes a demostrar que el Tribunal hubiera incurrido en un grave error al apreciar la declaración de este ciudadano. Simplemente, se está oponiendo al criterio del fallador, el criterio de interpretación del recurrente. Y se ha dicho que el error grave, más que alegado, debe ser demostrado. De no ser así, el recurso extraordinario de casación, se convertiría en una tercera instancia.

Sobre la materia, la Corte ha expresado:

"1o. En repetidos fallos la Sala de Casación Penal ha tenido que referirse a la causal segunda propuesta en negocios cuyo trámite se ha surtido de acuerdo con el Decreto 0012 de 1.959, para adoctrinar en el sentido de que si bien cabe proponer ese motivo de impugnación, por no intervenir el Jurado, es condición indispensable para que prospere el recurso, que el demandante compruebe o demuestre que los hechos fueron, de modo evidente, errónea o indebidamente interpretados por el fallador, bien atribuyéndoles un valor probatorio que no tenían, o negándoles el que en sana crítica probatoria debía darles. Un planteamiento de esta naturaleza presupone confrontar los elementos de prueba para señalar el error y surgir éste de modo tan nítido que resulte irrefragable la violación indirecta de la ley.

"2a. Pero no se acomoda a las exigencias de la causal segunda simplemente formular reparos parciales al caudal probatorio o pretender hacer privar un criterio subjetivo de valoración opuesto al del Tribunal, porque este sistema de crítica que el actor pueda adoptar no se impondría sobre el que es del legal arbitrio de las instancias, ni enseñaría objetivamente la presencia del error de hecho.

"3a. En el caso de autos, al demandarse la casación con fundamento en la causal segunda, el actor no ha demostrado el error. Simplemente se deduce de su escrito que discrepa del criterio valoratorio del Tribunal, reduciendo su crítica a algunos de los medios de prueba que obran en el proceso.

"En tales circunstancias la Corte no tiene obligación de ocuparse de un examen a fondo de las pruebas y formar nuevo juicio sobre ellas para buscar un error cuya demostración competía al demandante. La casación no es una instancia más, se repite. Es un recurso extraordinario sometido a una severa técnica y a inflexibles presupuestos jurídicos que los recurrentes deben observar para que prospere cuando hay lugar a ello. (Sent. de 28 de septiembre de 1.962. Magistrado Ponente, Dr. Gustavo Rendón Gaviria)".

Los motivos anteriores llevan a la Corte a declarar inadmisible la causal alegada.

La causal primera, fue presentada en estos términos:

"El Tribunal de Neiva incurrió en error de apreciación al no considerar como imprevista la intervención de las personas, extrañas a los promotores, que intervinieron en la descomunal trifulca que se desarrolló el 29 de junio de 1.960 en el caserío del Corregimiento de Santa María del municipio de Palermo, porque pasó por alto la aplicación del artículo 384 del Código Penal, ya que en el expediente, como se relata en el capítulo de Resumen y Análisis de los Hechos, aparece que la multitud congregada en aquel caserío bajo los influjos de las bebidas embriagantes en forma inconsciente y sin ánimo preconcebido, se vió envuelta en la trifulca y sin intención de agredir a determinadas personas, postulado éste que debe aceptarse, teniendo encuenta además la idiosincracia de nuestro pueblo y el ambiente que reinaba ese día en aquella región, donde cada cual hacía gala de su hombría para no sentirse cobarde ante los demás.

"El artículo 372 del Código Penal en este caso debe concatenarse con el 384, que reduce la pena a la mitad cuando el homicidio se ha cometido en riña imprevista.

"Existe pues violación directa de la Ley Sustantiva Penal".

Se afirma, en resumen, que si Rodríguez Esguerra es el autor de la muerte de Gregorio Camacho, este delito se cometió en riña suscitada de modo imprevisto, o sea, dentro de las prescripciones del artículo 384 del C. P.

Dijo el señor Procurador sobre este cargo:

"Sin embargo, la simple circunstancia de haberse suscitado una pelea entre varios individuos y que esta pelea hubiera tenido proporciones mayores porque fueron varios los lesionados y muchos los combatientes, no constituye base suficiente para calificar la acción delictiva de Rodríguez Esguerra como cometida en riña imprevista para él, pues bien se sabe, por virtud de los testimonios recibidos durante la investigación adelantada, que la víctima Gregorio Camacho no provocó jamás a su matador ni a ninguna otra persona, sino que como pacificador de los ánimos, terció en la riña por otro provocada y por otros aceptada, recibiendo la muerte como recompensa por su noble actitud pacificadora.

"Siendo esto así y no habiendo sido el acusado Rodríguez Esguerra atacado por ninguna persona durante la reyerta ocurrida, resulta más que lógico que el Tribunal de instancia considerara que su actuación en la riña de autos, dado el resultado mortal que tuvo, es equivalente a una acción voluntaria homicida en la que no concurre atenuante de ninguna clase".

Evidentemente, la riña imprevista implica una agresión mutua, que se presenta de momento o de manera casual, en la cual ambos combatientes se encuentran mezclados, sin que hayan tenido la posibilidad de provocarla, sin que hayan podido presumir "su ocurrencia porque lógicamente ella, dentro de las circunstancias normales, no debía producirse".

Es cierto que, en el caso de autos, se había presentado una riña entre numerosas personas. Para algunas de ellas -las provocadas- pudiera decirse que la riña fue imprevista, mas no para las provocadores, pues estaba dentro de la previsión de éstas el pensar en las consecuencias que de su obrar podrían derivarse.

Israel Rodríguez Esguerra y Gregorio Camacho no se vieron envueltos de improviso en un combate. Mas aún: no lucharon un solo momento. Tal vez pudiera decirse que Aparicio Caviedes y Camacho sí se encontraron el uno frente al otro, cuando el segundo de ellos quiso impedir que el primero golpeara con el garrote que esgrimía a sus contrarios. Y si no existió riña entre Rodríguez y Camacho, mal sería admitir que la inexistente lucha se presentó de manera imprevista, pues, en realidad, no tuvo cumplimiento.

La Corte tiene establecido que "la riña imprevista equivale a la casual. Se entra en ella sin querer, porque hubo que contestar con un golpe a otro golpe". Parece mejor que Rodríguez, con quien no se había enfrentado Camacho, aprovechó la circunstancia de estar éste desprevenido, atendiendo a Caviedes, para lanzar contra él el guijarro que le causó la lesión mortal.

Fue esto lo que llevó, indudablemente, al Tribunal Superior de Neiva a desechar la atenuante de la riña imprevista en el acto imputado a Rodríguez Esguerra. Y así el motivo de hecho que se tuvo en cuenta por el demandante para invocar la causal 1a. como subsidiaria, no encuentra su comprobación eficiente en este cuaderno.

Por ello, la causal primera será desechada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autorridad de la ley, de

acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, NO INVALIDA la sentencia de que se ha hablado, y ordena devolver este expediente a la oficina de su origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la "Gaceta Judicial".

Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Simón Montero Torres. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

COAUTORES DEL DELITO DE LESIONES PERSONALES

Invocación de las causales 1a. y 2a. de casación. Escrito presentado con el carácter de demanda de casación que no reune las exigencias que la ley señala para esa clase de libelos.

1. La causal 1a. de casación no es invocable, en casos como el de autos, sino sólo como consecuencia de la 2a., ya que la violación de la ley penal sustantiva que allí se pretende, apenas podría demostrarse mediante un examen previo de los hechos, el cual solo es posible al amparo de la predicha causal 2a.

2. La causal 2a. aducida, como lo ha dicho la Corte en forma reiterada y constante, apareja la necesidad de examinar, por parte del recurrente, los hechos del proceso, ya que sólo así es posible demostrar que en su apreciación, dentro del fallo acusado, se ha incurrido en grave error.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veinticinco de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 10 de marzo del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto condenó a los señores NECTARIO y RAUL BENAVIDES, como coautores del delito de lesiones personales en el señor Celio Vallejo, a la pena de DOS (2) AÑOS DE PRESIDIO cada uno, a la multa de doscientos pesos ($200.oo) y a las penas accesorias del caso.

HECHOS Y ACTUACION:

En torno a las 9 de la mañana del 22 de septiembre de 1.958, el señor Celio Vallejo, en momentos en que transitaba por un camino rural que conduce de la población de Contadero al sitio denominado "Chorrera Negra", del mismo Municipio, se encontró con los señores Nectario y Raúl Benavides, quienes, después de que lo insultaron y lo derribaron a tierra, mediante golpes "con un yatagán", en el suelo le causaron varias lesiones, de carácter grave, con armas cortantes.

De estos hechos conoció el Juzgado 1o. Penal del Circuito de Ipiales, el cual, sobre la base de que configuraban el delito de lesiones personales, en auto

del 15 de febrero de 1.960, llamó a juicio, "como autores" de ellos, a los Benavides, determinación que el Tribunal confirmó, sin ninguna modificación, en su providencia del 1o. de agosto del mismo año. Más tarde el Juzgado, conforme a sentencia del 5 de julio de 1.961, condenó a los Benavides, en complicidad correlativa por razón de aquel delito, a la pena de "UN AÑO de presidio", cada uno, y accesorias del caso, fallo que el Tribunal reformó en el suyo del 10 de marzo del año pasado, para condenar a los mismos sujetos, de acuerdo con la calidad de autores que se les dió en el auto de proceder, a la pena de DOS AÑOS DE PRESIDIO cada uno, multa de doscientos pesos ($200.oo) y accesorias consiguientes.

DEMANDA DE CASACION:

En el escrito de demanda, presentado por conducto de apoderado, se invoca como causal de casación, en el carácter de única, respecto al procesado Raúl Benavides, la prevista en el ordinal 1o. del artículo 567 del C. de P. Penal, la cual se pretende fundamentar mediante la consideración de que, en la sentencia acusada, al apreciar el dictamen médico con que se establecieron las consecuencias que le quedaron al señor Celio Vallejo, por razón de las heridas de que fue víctima, se incurrió en grave error, error que determinó el que se aplicara, no el artículo 373 del C. Penal, como era lo debido, sino el 374 de la misma obra.

En cuanto al procesado Nectario Benavides, dentro de aquel mismo escrito, se invocan las causales 2a. y 1a. del predicho artículo 567 del C. de P. Penal, las cuales se sustentan, la primera de las dos, así:

"De acuerdo con los testimonios sabemos que fue Raúl quien portaba arma agresiva y cortante. El hecho de que Nectario haya atacado al mismo tiempo no le hace responsable de heridas causadas con arma corto-punzante. Si solamente Raúl estaba armado, no hay razón que diga por qué Nectario debe ser el autor de lesiones que estuvo en imposibilidad de causar. Los testimonios nos dicen que los dos atacaron. Pero esos mismos testimonios afirman que quien estaba armado era Raúl. Luego Nectario no pudo ser el autor de esas lesiones. Por imposibilidad de practicarlas".

La otra causal, en rigor, sólo trata de sustentarse por medio de estos cuatro renglones:

"Volvemos a la causal del numeral 1o. del art. 567. Se da aplicación indebida al atr. 374, cuando debió darse aplicación al 373, en consonancia con el art. 385 del mismo Código, tal como lo dijo el Juez de instancia".

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace un examen crítico del escrito presentado con el carácter de demanda de casación, a efecto de sostener que ni siquiera en grado mínimo reúne las exigencias que la ley señala para esa clase de libelos y, de este modo, concluye solicitando que se declare desierto el recurso.

SE CONSIDERA:

a). La causal 1a. de casación no es invocable, en casos como el del procesado Raúl Benavides, sino sólo como consecuencia de la 2a., ya que la viola-

ción de la ley penal sustantiva que allí se pretende, apenas podría demostrarse mediante un examen previo de los hechos, el cual sólo es posible al amparo de la predicha causal 2a. De consiguiente, la causal en cuestión, invocada como única, respecto del procesado Raúl Benavides, no puede prosperar.

b). La causal 2a., aducida con relación al procesado Nectario Benavides, como lo ha indicado la Corte en forma reiterada y constante, apareja la necesidad de examinar, por parte del recurrente, los hechos del proceso, ya que sólo así es posible demostrar que en su apreciación, dentro del fallo acusado, se ha incurrido en grave error. Nada de esto se hace en el escrito de impugnación y, por lo tanto, esa causal, en cuanto al predicho sujeto, tampoco puede prosperar.

c). En torno a la causal 1a. y en cuanto se invoca con relación al procesado Nectario Benavides, cabe recordar lo que se dijo al examinarla respecto al acusado Raúl Benavides, a efecto de concluir en que, conforme a ello, tampoco aquí puede prosperar.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- oído el concepto del Ministerio público y administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DESECHA** el recurso de casación del que fue objeto la sentencia de que se hace mérito en este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. Simón Montero Torres. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS

Falsedad material a que se refiere el ord. 1o. del art. 231 del Código Penal. Alcance de los tèrminos "contrafacción" y "fingimiento" en letra, firma o rúbrica. Causales 4a. y 2a. de casación.

Para que se tenga el delito de falsedad en documentos, en el caso previsto en el ord. 1o. del art. 231 del Código Penal (contrafacción o fingimiento de letras, firma o rúbrica), es suficiente la aptitud del documento para engañar, esto es que sea capaz de crear un juicio equivocado sobre un hecho concreto. No es necesario, pues, que el agente cumpla una tan perfecta imitación de la firma, en la que se hayan captado, inclusive, los valores kinèticos o expresivos del grafismo genuino, que pueda crear una situación de perplejidad aún al mismo perito en grafología.

El precepto contenido en el ord. 1o. del art. 231 del Código Penal, de otra parte, se refiere tanto a los casos de imitación (contrahacer) como a los de fingimiento (simular o aparentar). Y bien sabido es que finge una firma quien la supone o aparenta aunque no se trate de imitarla. Si se considera que solo se tiene la hipótesis de falsedad en documentos a que se refiere el ordinal citado cuando se imita "letra, firma o rùbrica", tendría que admitirse una arbitraria restricción de la norma que se examina, la cual, se repite, también alude al simple fingimiento.

Esta Sala en providencia de 26 de mayo de 1.959 (G. J. T. LXXXVII, pág. 801), dice lo siguiente: "No es lo mismo contrahacer que fingir, términos empleados en el ord. 1o. del art. 231 del C. P.. Contrahacer significa remedar o imitar. 'Hacer una cosa tan parecida a otra, que con dificultad se distingan'. En cambio, fingir es simular, aparentar, 'dar existencia real a lo que realmente no la tiene'. Contrahace una firma quien la imita. La finge quien la supone o aparenta aunque no trate de imitarla. Cuando en un documento se pone la firma de una persona imaginaria o de la que no sabe firmar podrà hablarse de fingimiento de firma, no de contrafacción, pues lo que no existe no puede imitarse o remedarse. También finge firma el que pone en un documento la de una persona real, pero sin imitarla, bien porque desconce sus verdaderos caracteres o porque la contrafacción no se necesita para el logro de los fines que busca el falsario".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el 19 de julio de 1.961, por la cual le fue impuesta al procesado AUGUSTO PLAZAS HORA la pena principal de cuatro (4) años de presidio, como responsable del delito de falsedad en documentos.

HECHOS Y DESARROLLO DEL PROCESO.

El señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal hace el siguiente resumen de lo ocurrido y del trámite del negocio:

"Hacia fines de enero de 1.958 se encontraba en la cárcel municipal de esta ciudad el señor Proceso Pachòn, quien oficia como denunciante en el presente caso. Se hallaba a órdenes del Juzgado Superior. Con él compartían habitación Augusto Plazas Hora, Héctor Silva, Cristancho N. y Camilo o Héctor Montaña. A la cárcel fue a saludarlo el señor Amadeo Sierra, empleado de la Personería Municipal de Bogotá, siéndole presentado a èste, por Pachón, el señor Plazas Hora.

"Plazas informò a Sierra que se encontraba detenido hacía algún tiempo, que no lograba que su situación jurídica se definiera por las autoridades competentes.

"Sierra ofreciò sus servicios y gestiones a Plazas, prometiéndole interesarse ante el Juzgado que conocía del negocio seguido contra éste, a efecto de que se resolviera una solicitud de libertad, previamente hecha.

"Resultado de las gestiones de Sierra fue el que Plazas recobrara su libertad. Tras ello, expresa Sierra, Plazas concurrió a su oficina a darle sus agradecimientos y a bonificarle por su actividad, haciéndole al efecto entrega de un cheque por la suma de doscientos cincuenta pesos, de los cuales, al decir de Sierra, le pidió la devoluciòn de ciento cincuenta y le obsequió el resto. Este instrumento estaba otorgado por Proceso Pachón, persona de antiguo conocimiento de Sierra y de quien éste tenía magnífico concepto. Dice el mismo Sierra que días después le contó a Pachón lo concerniente al cheque que recibiera, a lo cual éste se mostró sumamente extrañado por cuanto no habia girado ningún cheque a Plazas, de la chequera que poseyera, del Banco de Bogotá, sucursal de Zipaquirá. Por comunicación de Pachón al dicho banco, el instrumento, que había sido entregado por Sierra para su cobro a una tercera persona, no fue pagado. Pachón se dió cuenta de que habían sido hurtados de la chequera de su pertenencia cuatro cheques y supuso que el autor del hecho fuera Plazas Hora, quien compartiera con él celda carcelaria.

"Puesto el denuncio ante un Juzgado de Instrucción Criminal, por Pachón Rodríguez, se recibió declaración indagatoria a Plazas Hora, persona a quien

señalara el denunciante, como atrás se dijo, que habiéndose apoderado de los cheques, en uno de ellos hizo aparecer la firma dèl denunciante, como girador por doscientos cincuenta pesos. Fue èste el cheque entregado a Sierra, como bonificación de los servicios prestados a Plazas.

"Plazas, en su declaración de inquirir, se mostró absolutamente ajeno a los hechos que se le imputaban, y explicó que la conducta de Proceso Pachón contra él se debía a odio gratuito que le profesara y a deseo manifiesto de perjudicarlo. Sierra Peña prestó su declaración ante el instructor y reafirmó lo dicho, en el sentido de haber recibido el cheque que le entregara Plazas, por encontrar en èl la firma de Pachón, a quien conocía y daba todo crédito. A fl.23 del tercer cuaderno obra el cheque 14-1808 (Banco de Bogotá, sucursal de Zipaquirá) a la oden del portador, por la suma de doscientos cincuenta pesos. Lleva firma claramente legible que dice 'Proceso Pachón'. Acompaña a este instrumento nota de dicho banco, en la cual se informa sobre la orden de no pagarlo. Declararon Emiro Montaña, detenido en la cárcel municipal, Eduardo Pacheco Peñaranda, director del mismo establecimiento, a fls. 28 y 30, respectivamente. Ambos manifestaron que Augusto Plazas, en presencia de ellos y a instancias del director de la cárcel, les había revelado la sustracción de cuatro cheques a Pachón y el giro de unos de ellos, por doscientos cincuenta pesos, que había cambiado a Amadeo Sierra.

"El 6 de marzo de 1.958 se dictó auto de detención precautelativa contra Plazas; lo hizo el Juzgado 9o. de Instrucción Criminal, por los delitos de falsedad en instrumentos negociables, estafa y hurto. Sobre el cheque que obra al fl. 23 se realizó examen grafológico en la Sección Técnica del SIC, con el objeto de cotejarlo con el dictado hecho a Plazas, obrante a fl. 3 del primer cuaderno. A fl. 45, el grafólogo oficial, Posada Angel, conceptúa:

'La escritura y firma de expedición y giro del cheque incriminado del fl. 23, pertenecen al puño y letra del procesado, como que en ella se encuentra peculiar acento energético que distingue la grafía de èste, servida en autos para el cotejo. Claro está que Plazas, al trazar la pseudo-firma PROCESO PACHON, trató y en mucho de imitar la firma auténtica en el aspecto puramente morfológico, pero sin poder captar ninguno de los valores Kinéticos o expresivos del grafismo genuino. En señales marcadas con lápiz, a fl.14 frente, se muestran los principales signos de distinción de la escritura del denunciante, los cuales están ausentes del dibujo incriminado, cuyo alcance, es manifiestamente artificioso'.

"En providencia de abril 15 de 1.959, el Juzgado Superior calificó el mérito del sumario, llamando a responder en juicio a Plazas Hora, por el delito de falsedad en instrumento negociable, y sobreseyendo temporalmente a favor del mismo por el delito de estafa.

"Esta providencia, sufriendo apelación, fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en todas sus partes, en julio 19 de 1.959. Intentado el recurso de reposición, la Corporación no repuso la decisión tomada, tal como puede observarse a fl. 121 del último cuaderno. El negocio fue abierto a prueba, derecho del cual hicieron uso las partes, habiendo entrado, luego de cumplidas las solicitudes que se formularan al respecto, a audiencia pública, diligencia que se realizó en el Despacho del Juzgado 1o. Superior y está consagrada a fl. 210 del expediente.

"Es interesante destacar las conclusiones ampliatorias del dictamen grafológico (fl. 185), que dicen:

'El cheque del fl. 23 fue escrito por el sindicado Augusto Plazas y nada más que por éste. Su grafía es, pues, ajena a cualquier otro pulso gráfico desde luego al del señor Amadeo Sierra (fl. 184 v.), como quiera que en su grafía no aparece ninguno de los signos característicos de la letra de éste, ni en torsión, ni en proyección, ni en la estructura; están, sí, allí, como bien se dijo al fl. 45 los rasgos peculiares y la acentuación energética que individualiza por su énfasis y por su calidad de línea el trazado peculiar de Plazas. En efecto, al comparar este con el del cheque, bien se advierte en los dos campos cotejados la igualdad que cobran los ángulos de flexión, el desplazamiento de los gramas, y en una palabra todo el acopio gráfico sin que, de otra parte, sea dable hacer entre ellos cuadro alguno de diferencia sustancial o de fondo'.

"En la diligencia de audiencia, el encausado, nuevamente, negó toda participación y conocimiento de los hechos. Su apoderado presentó alegato solicitando sentencia absolutoria favorable a su mandante, por inexistencia de plena prueba (art. 203 del C. de P. P.).

"El 19 de diciembre se pronunciaba sentencia de primera instancia, absolviendo a Plazas Hora, del delito de falsedad. Se decía, en ella, que el cheque en mención pudo ser falsificado por persona distinta al sindicado y que el informativo no comportaba prueba plena, de las erigidas por nuestro código procesal penal que demostrara la responsabilidad de Plazas Hora.

"El negocio ascendió al Tribunal por razón de consulta de la providencia antedicha y por apelación interpuesta por el Fiscal del Juzgado 1o. Superior, siendo resuelta por la Corporación el 19 de julio de 1.961.....", en la forma ya señalada antes.

DEMANDA DE CASACION

El demandante impugna la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se ha hecho mérito, a través de las causales cuarta y segunda de casación, así:

1o. Causal cuarta.

Afirma que en el juzgamiento de Plazas Hora se incurrió en el caso de nulidad previsto en el numeral 8o. del Art. 198 del C. de P. P., pues, anota, los hechos no podían ser calificados como falsedad en documentos, sino como estafa, por cuanto su mandante no trató de imitar la firma de Proceso Pachón, sino que, en forma ligera y burda, puso ese nombre en el cheque tachado de falso.

Aclara que hace este planteamiento en "gracia de discusión", puesto que el procesado Plazas Hora no es autor de los hechos averiguados.

2o. Causal segunda.

Expresa que el ad quem, "por la errada interpretación o apreciación de los hechos en la sentencia, les atribuyó un valor probatorio que no tienen, o no se les tomó en cuenta, a pesar de estar acreditados en el proceso....".

Este motivo de casación, en sentir del demandante, resulta pertinente porque, de una parte, el dictamen pericial del grafólogo no constituye, siquiera, un indicio grave, y, de otra, porque "la pseudo confesión del hecho delictuoso de que hablan los testigos.... no está informada en los requisitos del artículo 255 del C. de P. P...", por lo cual... "no puede tener valor alguno, pues nadie po-

dría negar la coerción de que pudo ser víctima Plazas para llevarlo, inclusive, a la aceptación de hechos falsos". Además -continúa el impugnante- "porque es francamente sospechosa la conducta de Amadeo Sierra dentro del proceso, testigo principal de la sindicación contra Plazas Hora, pues su versión no resiste el menor análisis, habida consideración de las contradicciones en que incurre".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO.

Estima el señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal que el recurso debe ser desechado, pues ninguno de los cargos propuestos contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 19 de julio de 1.961, resulta acreditado.

Anota que "la demanda peca de graves confusiones y adolece de una sistemática demostrativa y lógica, necesaria para la ameritación de los cargos que formula".

Refiriéndose a la causal cuarta de casación aducida por el impugnante, expresa el señor Agente del Ministerio Público que "no puede estimarse como cargo para establecer la errada denominación jurídica del delito imputado a Plazas Hora, el que éste no trató de imitar o remedar la firma de Pachón, porque para tales manejos carecía de modelo. La prueba grafológica demostró que Plazas, de su puño y letra, había estampado la firma 'Proceso Pachón' en el cheque tantas veces comentado, es decir, había fingido esta firma para lograr un efecto determinado. Los elementos estructurales del delito de falsedad, teniendo en cuenta que éste es delito que afecta la fe pública, están claramente delineados en autos, y no empece que afirme lo inverso el distinguido recurrente, para declarar que la falsedad cometida por Plazas consistió en un cambio doloso de la verdad, que produjo un daño potencial o efectivo y para el cual se recurrió por el procesado a una imitación, aunque burda, eficaz de la firma del denunciante"

Y como réplica a las consideraciones que hace el demandante para sustentar la causal segunda de casación, dice el señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal lo que pasa a transcribirse:

"El Tribunal dió al concepto emitido por el perito en grafología el valor que el art. 268 del C. de P. P. concede a este medio de prueba: Es decir, fue apreciado debidamente por el juzgador, fue acogido en todas sus partes expresando la razón y los hechos por los cuales lo aceptaba, sin que ésto le determinara a considerarlo, por sí, plena prueba, y sometiéndose al principio o sistema de libre apreciación de la prueba pericial.

"El sentenciador de segunda instancia aceptó los resultados del peritazgo como un indicio, entre otros varios.....".

"No halla tampoco la Procuraduría error en la apreciación de la prueba de autos por el Tribunal, al interpretar como indicio el hecho de que compartiendo Pachón su celda con Plazas, daba a éste la oportunidad para hacerse a la chequera del primero. Más, si se tiene en consideración que Plazas lo reconoció ante los testigos Pacheco Peñaranda y Camilo Montaña. La apreciación que sobre este aspecto hace el recurrente, al decir que otros sujetos, también, tuvieron la misma posibilidad de hacerse al cheque, es una pura diferencia de opinión, nada más. El resto de su alegación lo reduce a hacer vagar sospechas sobre la conducta de Sierra, cosa que para nada tiene que tocarse en relación con la invalidación pretendida.

"Anda también equivocado el opositor cuando afirma que el Tribunal habló de una confesión o pseudo confesión de los hechos por parte de Plazas Hora. Mal podía hacerlo la Corporación ateniéndose al texto del art. 255 del C. de P. P.; subrayó, sí, el **ad quem** como un indicio más, el que Plazas hubiera reconocido ante el Director del penal la sustracción de cheques a Pachón y el uso ilícito de uno de ellos, pero nunca planteó las cosas desde el punto de vista de una confesión inexistente".

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA.

Entra la Sala a ocuparse del examen de los cargos hechos por el demandante a la sentencia recurrida en el mismo orden de las causales de casación invocadas, así:

A. CAUSAL CUARTA. "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Dice el demandante que al procesado AUGUSTO PLAZAS HORA se le llamó a juicio por el delito de falsedad en documentos, sin embargo de que los hechos no permitían esa calificación jurídica sino la de estafa, por lo cual se incurrió en el caso de nulidad previsto en el ordinal 8o. del artículo 198 del C. de P. P.: "Haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción.....".

Considera que su mandante, aceptando "en gracia de discusión" que sea autor de los hechos, "no trató de imitar ni contrahacer la firma de Pachón, ni fingir su letra ni su rúbrica", pues únicamente estampó un nombre en un cheque, con el fin de inducir en error a Sierra, sin que ello configure un delito de falsedad, sino uno de estafa.

Esta aseveración del demandante no tiene respaldo en los datos del proceso, como que el mismo perito en grafología señala que el sindicado, "al trazar la pseudo firma 'Proceso Pachón' trató en mucho de imitar la firma auténtica en el aspecto puramente, morfológico, pero sin poder captar ninguno de los valores kinéticos o expresivos del grafismo genuino".

Y, como es obvio, para que se tenga el delito de falsedad en documentos en el caso previsto en el ordinal 1o. del artículo 231 del Código Penal (contrafacción o fingimiento de letra, firma o rúbrica), es suficiente la aptitud del documento para engañar, esto es que sea capaz de crear un juicio equivocado sobre un hecho concreto. No es necesario, pues, que el agente cumpla una tan perfecta imitación de la firma, en la que se hayan captado, inclusive, los valores kinéticos o expresivos del grafismo genuino, que pueda crear una situación de perplejidad aún al mismo perito en grafología.

El precepto contenido en el ordinal 1o. de artículo 231 del Código Penal, de otra parte, se refiere tanto a los casos de imitación (contrahacer) como a los de fingimiento (simular o aparentar). Y bien sabido es que finge una firma quien la supone o aparenta aunque no trate de imitarla. Si se considera que sólo se tiene la hipótesis de falsedad en documentos a que se refiere el ordinal citado cuando se imita "letra, firma o rúbrica", tendría que admitirse una arbitraria restricción de la norma que se examina, la cual, se repite, también alude al simple fingimiento.

Esta Sala, en providencia de 26 de mayo de 1.958 (G. J. t. LXXXVII, p. 801), dice lo siguiente:

"No es lo mismo contrahacer que fingir, términos empleados en el ordinal 1o. del art. 231 del C. P. Contrahacer significa remedar o imitar, 'hacer una cosa tan parecida a otra, que con dificultad se distingan'. En cambio fingir es simular, aparentar, 'dar existencia real a lo que realmente no la tiene'. Contrahace una firma quien la imita. La finge quien la supone o aparenta aunque no trate de imitarla. Cuando en un documento se pone la firma de una persona imaginaria o de la que no sabe firmar podrá hablarse de fingimiento de firma, no de contrafacción, pues lo que no existe no puede imitarse o remedarse. También finge firma el que pone en un documento la de una persona real, pero sin imitarla, bien porque desconoce sus verdaderos caracteres o porque la contrafacción no se necesita para el logro de los fines que busca el falsario".

No incurrió, por tanto, en yerro alguno el juzgador de primera instancia en este proceso, al calificar jurídicamente los hechos imputados a PLAZAS HORA para proferir en su contra auto de vocación a juicio por el delito de falsedad en documentos, y, de consiguiente, el cargo hecho a la sentencia recurrida con invocación de la causal cuarta de casación no resulta comprobado.

B. CAUSAL SEGUNDA: "Cuando por errada interpretación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen.....".

El Tribunal Superior de Bogotá tomó en cuenta, en la providencia recurrida, las siguientes pruebas para afirmar la responsabilidad de Plazas Hora:

1o. El dictamen del perito en grafología, doctor Alberto Posada Angel, (fls. 45 y 185 del Cdn. 1o.), de acuerdo con el cual "la escritura y firma de expedición y giro del cheque incriminado del folio 23 pertenecen al puño y letra del sindicado" y "nada más que a éste".

2o. Los testimonios de Emiro Montaña (detenido, como el procesado, en la Cárcel Distrital de Bogotá) y de Eduardo Pacheco Peñaranda (Director de ese establecimiento carcelario), de los cuales resulta que Plazas Hora manifestó ante los antes nombrados que él había falsificado el cheque obrante al fl. 23 del informativo, luego de haber sustraído cuatro formularios del talón de cheques de su compañero de celda, señor Proceso Pachón.

3o. La declaración del señor Amadeo Sierra, quien refiere que el sindicado Plazas Hora le entregó el cheque falsificado.

No es, pues, la prueba pericial la única que tuvo en cuenta el juzgador de segunda instancia para condenar al recurrente Plazas Hora.

De otra parte, en la estimación de los elementos de juicio antes relacionados no incurrió el ad quem en un manifiesto error, único que permite la invalidación de la sentencia con apoyo en la causal segunda de casación.

Las tachas que el demandante le hace al Tribunal Superior de Bogotá, en cuanto al examen que hizo de las pruebas, carecen de fundamento. En efecto, no es que el ad quem haya considerado que los testimonios de Montaña y Pacheco Peñaranda constituyan la prueba de confesión a que se refiere el artículo 255 del C. de P. P., sino que le dió a tales declaraciones la credibilidad que merecen, de acuerdo con una sana crítica y particularmante tomando en cuenta la concor-

dancia que aparece entre lo aseverado por estos testigos y las conclusiones a que llega el perito grafólogo. De otra parte, las contradicciones que el impugnante señala en la declaración de Sierra en nada inciden en el hecho no rebatido de que Plazas Hora hizo entrega a aquél del cheque falsificado. Por último, no es que el juzgador de segunda instancia le haya dado a la pericia grafológica el alcance de plena prueba, sino que acogió sus conclusiones por el encadenamiento que tienen èllas con los demàs datos del informativo.

No fueron, pues, demostrados los cargos hechos a la sentencia recurrida con apoyo en la causal segunda de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el 19 de julio de 1.961, por la cual le fue impuesta al procesado AUGUSTO PLAZAS HORA la pena principal de cuatro (4) años de presidio, como responsable del delito de falsedad en documentos.

Còpiese, notifíquese y devuèlvase el proceso al Tribunal de origen. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Samuel Barrientos Restrepo. - Humberto Barrera Domínguez -. Simón Montero Torres. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO

Motivos de casación propuestos con base en las causales 2a., 1a. y 4a. del art. 567 del C. de P. P. Falsa coartada aducida por el procesado. Previsión contenida en el art. 363 del C. P. Fundamento de las pruebas que responsabilizan penalmente al reo.

1. En sentencia de casación de 28 de septiembre de 1.962, dice esta Sala que "no se acomoda a las exigencias de la causal segunda simplemente formular reparos parciales al caudal probatorio o pretender hacer privar un criterio subjetivo de valoración opuesto al del Tribunal, porque este sistema de crítica que el actor pueda adoptar, no se impondría sobre el que es de legal arbitrio de las instancias, ni enseñaría objetivamente la presencia del error de hecho".

Al oponerse simplemente el demandante al criterio del *ad quem* con respecto a la credibilidad que le concede a los testigos de cargo y al rechazo de la coartada, enfrentando su personal opinión, pero sin haber demostrado que el juzgador incurrió en un error manifiesto en la apreciación de las pruebas, no ha comprobado los reparos hechos a la sentencia con invocación de la causal segunda de casación.

2. No le asiste razón alguna al denandante cuando estima mal aplicado, para señalar la responsabilidad penal del reo la previsión contenida en el art. 363 del C. P., pues el *ad quem*, para ello, tomó en cuenta la asechanza puesta en juego por este procesado y su compañero para poner a las víctimas en condiciones de indefensión o inferioridad. Esta circunstancia de asesinato, es pertinente para el homicidio tentado, de acuerdo con la norma contenida en el art. 16 del Código Penal, que dice: " El que con el fin de cometer un delito, diere principio a su ejecución pero no lo consumare por circunstancias ajenas de su voluntad, incurrirá en una sanción no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para el delito consumado".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Por encontrarse agotado el trámite correspondiente, procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, fechada el 21 de septiembre de 1.961, por la cual le fue impuesta al

procesado AURELIO o AURELIANO RUBIO SALAZAR la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito tentado de homicidio, y se sobreseyó temporalmente en favor de JESUS o JOSE ANIBAL ASCENCIO, por los mismos hechos.

HECHOS Y TRAMITE DEL PROCESO.

El fallo de primera instancia proferido por el Juzgado 5o. Superior de Ibagué- trae la siguiente síntesis de lo sucedido, la cual acoge el Ministerio Público:

"Refieren los autos que la mañana del 13 de noviembre de 1.960, cuando viajaba el señor José Londoño Jaramillo en una camioneta de su propiedad, de su hacienda de 'El Agrado' hacia la población de San Antonio, en compañía de Dámaso Méndez, Hernando Bonilla, Abdènago Quiñones y otros, encontraron sobre la vía unas piedras que a manera de obstáculos habían sido allí colocadas, por lo cual uno de éstos descendió del vehículo para retirar las piedras, y cuando tal cosa hacía fueron hechos sobre el vehículo dos disparos de arma de fuego de largo alcance, con los cuales fueron heridos levemente Hernando Bonilla y Fulgencio Rincón Molina; inmediatamente después vieron que a una distancia aproximada de diez metros, dos hombres salían de una mata de café, y sobre éstos hizo el señor Londoño varios disparos con su revólver, sin lograr herir a ninguno, según parece; dados a la fuga, fueron perseguidos por Dámaso Méndez y Fulgencio Rincón, sin lograr darles alcance", (fl. 123 del Cd. No. 1).

El proceso fue adelantado de acuerdo con las normas del Decreto Extraordinario No. 012 de 1.959, por lo cual el juzgamiento se llevó a cabo sin intervención del Jurado.

DEMANDA DE CASACION.

Propone el demandante, doctor Néstor Aya Z., las siguientes causales de casación:

a). Segunda, en relación con la cual dice que "el sentenciador incurrió en graves equivocaciones en la interpretación de los hechos del proceso, aceptando como debidamente unos que procesalmente no lo están y negando validez a otros que sí lo están, lo que motivó que dedujera responsabilidad penal en contra de Aureliano o Aurelio Rubio, lo cual no es legal ni procedente en el presente caso".

Agrega que "a consecuencia de esos errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas violó indirectamente la ley sustantiva penal".

Para fundamentar el cargo, examina los testimonios de José Londoño Jaramillo, Hernando Bonilla, Abdénago Quiñones y Eliseo Rincón Molina, luego de lo cual afirma que no ofrecen credibilidad alguna, pues no dicen verdad cuando manifiestan haber reconocido, entre los atacantes, a RUBIO SALAZAR. Por ello, expresa, "al aceptarlos el Tribunal sin reparos, a pesar de las múltiples fallas que sin mayor esfuerzo se encuentr an en...." sus declaraciones.... "incurre el ad qeum en grave error de derecho, porque en jamás de los jamases ellos pueden constituir plena prueba. Son testimonios acomodaticios en detalles para cumplir una misión del patrón, del señor Londoño Jaramillo, a quien no podían hacer quedar mal y de quien devengaban el sustento diario. Son testimonios parciales por

la misma causa. Son testimonios inidóneos, por cuanto contradicen las leyes de la fisiología y de la moral. Son testimonios que, como muy bien lo dice el señor Agente del Ministerio Público en la primera instancia, no llevan a la certeza que implica un fallo condenatorio y que nunca podrían destruír la presunción de inocencia".

Anota más adelante que "en su indagatoria Aureliano Rubio presentó una coartada...." y...."para confirmar su dicho citó algunos declarantes.....Pero el Tribunal, con visible descuido en el análisis de estos testimonios, no les dá el debido valor probatorio".

Por último, observa lo que pasa a transcribirse:

"No quiero pasar en silencio una tesis que en este aparte de su fallo sienta el H. Tribunal y que constituye prácticamente la negación del derecho de defensa. Es aquella en que afirma que los testimonios de cargo son más verosímiles que los de descargo. No sé de donde ha sacado el H. Tribunal.." esa tesis....."porque no he encontrado un solo tratadista de Derecho Probatorio que la siente como principio en su libro.....Afirmar que un testigo dice casi siempre la verdad cuando es de cargo, porque sí, y afirmar que un testigo dice casi siempre mentiras, cuando es de descargo, porque sí, además de ser una afirmación sin sentido jurídico y legal de ninguna clase, es desconocer los principios fundamentales del derecho de defensa, porque es colocar al sindicado en condiciones de manifiesta inferioridad dentro del proceso penal, lo que es inconstitucional y abiertamente ilegal y arbitrario.....El testimonio vale, no por ser de cargo o de descargo, sino por reunir las condiciones de idoneidad necesarias para que legalmente pueda ser aceptado".

b). **Primera**, con fundamento en la cual dice que el Tribunal "violó los artículos 16, 362 y 363 del Código Penal", pues -afirma el impugnante- "el acto criminoso podría calificarse de tentativa de homicidio, llegando al extremo más rigurosamente desfavorable para los procesados. Pero niego que se le pueda considerar como homicidio agravado".

Al respecto, anota que "disparar sobre una camioneta con escopeta de cartucho cargado de munición, es un hecho que el noventa y cinco por ciento de los casos no causa la muerte de las personas que en ella vayan. El disparo con cartucho tiene que ser tan a corta distancia, sin obstáculos intermedios y con absoluta precisión dirigida a una parte noble del cuerpo de la persona. Un disparo indeterminado jamás causa la muerte, si es hecho con escopeta de cartucho cargado de munición. Cualquiera persona que hubiera sido autora de los disparos sobre la camioneta de Londoño Jaramillo, no tuvo intención de matar. Sólo quiso herir o intimidar a las personas que iban en el vehículo, tal vez como delito medio para el robo. No previó que las personas que transitaban en ella podían estar armadas y defenderse, como efectivamente ocurrió y por eso no se llegó a la realización del fin propuesto. Ese fin, repito, no pudo ser el homicidio porque la naturaleza del arma y el disparo dirigido contra un vehículo de esa clase no daban ocasión a la realización del hecho".

Expresa más adelante que "nunca podría calificarse el hecho como tentativa de asesinato, porque las circunstancias que, según el Tribunal, lo agravan, sólo sirven para determinar la intención homicida, pero nada más. Sería injurídico o injusto no solo imputar un delito más grave con base en ellas, sino también considerar ese mismo delito agravado. El Tribunal viola la ley cuando considera que se trata en el

presente caso de un delito de homicidio en el grado de tentativa y no de lesiones personales, porque olvida que para que aquél exista es necesario que haya idoneidad de los medios empleados y posibilidad del resultado previsto. En este caso, una escopeta de cartucho cargado con munición disparada sobre una camioneta en movimiento, no es arma idónea para causar la muerte a una persona. Lógicamente podría servir para herirla, pero no es arma que necesariamente cause la muerte en esas condiciones. La interpretación que ha hecho de la ley es errónea, porque el propósito homicida debe comprender, necesariamente, la idoneidad de los medios y la viabilidad de las circunstancias. Menos aún podría aceptarse que el homicidio debe considerarse agravado, porque como lo he dicho, los elementos de que se vale el Tribunal para configurar ese delito sólo sirven para darle entidad jurídica como tal, pero nunca como asesinato. Entonces la violación de la ley, por interpretación errónea, es más flagrante aún".

Concluye el planteamiento del cargo manifestando que "suponiendo que las pruebas de cargo fueran suficientes en orden a la demostración de la responsabilidad penal de mi representado -supuesto que sólo admito en vía de argumentación-, sólo debería ser considerado como autor de lesiones personales y aplicarse la pena correspondiente a ese delito. Subsidiariamente y bajo el mismo supuesto de que se le considerara uno de los autores del hecho y de que éste se configurara como homicidio, sólo cabría la pena correspondiente al homicidio simplemente voluntario, en el grado de tentativa. Jamás la correspondiente al homicidio agravado".

c). **Cuarta**, con respecto a la cual formula el siguiente cargo al fallo recurrido:

"Es principio constitucional el de que deben cumplirse estrictamente las formas procesales. La ley ha determinado en desarrollo de ese precepto constitucional numerosos requisitos y solemnidades que forman el conjunto de trámites a que se han de someter los procesos y que constituyen precisamente las garantías o tutela de los derechos ciudadanos".

Anota, luego, que el **ad quem** "omite en la parte resolutiva del fallo decir, expresar, determinar la clase de infracción por la cual se hacen la condena y el sobreseimiento", sin embargo de qué, conforme al art.159 del C. de P. P., "no se puede condenar en abstracto o pasando en silencio el delito que acarrea la sanción", pues "es necesario decirlo claramente".

Agrega que "para que un acto tenga valor, es necesario que en su pronunciamiento se cumplan estrictamente todos los requisitos que exige la ley. Si se omiten, con violación de ésta, el acto jurídico no nace a la vida jurídica, no puede producir efectos, debe considerarse inexistente". Y "como en el presente caso hubo de parte del sentenciador una omisión de un requisito fundamental, esencial al fallo....., entonces ese acto está viciado de nulidad y no puede surtir efectos de ninguna naturaleza sino que, al contrario, debe ser invalidado".

REPLICA DEL MINISTERIO PUBLICO.

El señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal rechaza los motivos de casación propuestos por el demandante, por no resultar, en su concepto, demostrados los cargos formulados a la sentencia recurrida. En consecuencia, soli-

cita a la Sala que NO CASE el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, por el cual le fue impuesta a AURELIO o AURELIANO RUBIO SALAZAR la pena principal de ocho años de presidio, como responsable de tentativa de homicidio.

Expresa, en efecto, que la coartada aducida por el procesado es falsa y que las pruebas que lo responsabilizan son suficientes para fundar la sentencia objeto del recurso; que el **ad quem** no incurrió en error al aplicar los artículos 363 y 16 del Código Penal, y que "la omisión o informalidad denunciada por el señor demandante no ha sido expresamente prevista por la ley procedimental como equivalente a una causal de nulidad de lo actuado a partir de la sentencia del....." Tribunal, ni "implica un quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución Nacional".

La Sala habrá de referirse a las consideraciones del Ministerio Público.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA.

Corresponde hacer el examen de las causales de casación propuestas por el impugnante en el mismo orden que él señala, a saber:

A. CAUSAL SEGUNDA.

El **ad quem** expresa lo siguiente en la sentencia:

"De las pruebas analizadas, especialmente de las suministradas por los testigos presenciales, se desprende el hecho siguiente: Venía el señor José Londoño Jaramillo de su hacienda 'El Agrado' y al pasar cerca de una quebrada recibieron dos impactos (sic) de arma de fuego cuya naturaleza no se estableció de manera firme. Uno de esos impactos perforó el vidrio trasero de la cabina, que cruzó a su vez un paral delantero de la carrocería; además, se anotaron siete impactos de munición de la llamada 'venadera' sobre la cabina, en forma superficial, y cuatro impactos sobre uno de los parales delanteros de la misma carrocería. Se dice, también, que los disparos fueron hechos a corta distancia. En la camioneta venían varios individuos, fuera del señor Londoño Jaramillo, y uno de ellos recibió varios impactos cuyas lesiones se describen en la parte motiva de la providencia. Según el lesionado, él se paró en el momento y por eso fue víctima de los impactos.

"Los individuos venían con la cara tapada, pero tanto Londoño como Hernando Bonilla, Abdénago Quiñones, reconocieron a RUBIO SALAZAR no obstante el antifaz, porque en primer lugar lo conocían por haber trabajado en la misma finca, y porque, además, según algunos, RUBIO aun cuando iba en cuatro piés, volvió a mirar atrás. Los asaltantes dejaron los sombreros, uno de los cuales, el de RUBIO fue reconocido en forma más o menos imprecisa por los testigos y por otras personas.

"Por último, Eliseo Rincón Molina, que no estaba en el carro, oyó los disparos y vió salir a los fugitivos, lo mismo que a sus perseguidores, y de los primeros, o sea de los fugitivos, reconoció a RUBIO SALAZAR y así lo manisfestó a su compañero, quien declara sobre esa referencia.

"Fulgencio Rincón solo dice haber reconocido el sombrero de RUBIO. De los testigos que presenciaron los hechos o que fueron víctimas de los mismos, Hernando Bonilla, Londoño y Abdénago Quiñones reconocieron a Rubio y tra-

taron de identificar el sombrero. De los que no iban en la camioneta, Eliseo Rincón reconoció también a RUBIO SALAZAR.

"No obstante la fragilidad del testimonio humano, las declaraciones de cargo son siempre menos sospechosas que las de descargo, pues estas últimas llevan una intención determinada. Hay mayor dificultad en acusar que en defender. Dentro de la manera natural de proceder el hombre, una acusación es más verosímil que un descargo, inclusive por sus consecuencias, ya que el que acusa se expone a represalias del injustamente acusado.

"Si cuatro personas reconocieron a RUBIO entre los asaltantes, y si éste usaba sombrero que numerosas personas trataron de identificar, y si el sombrero quedó en el lugar de los acontecimientos, el último indicio tiende a darle mayor verosimilitud a los testimonios.

"Se ha sostenido que llevando los asaltantes antifaz, era difícil su reconocimiento. Pero se olvida que era de día y la distancia muy corta. Tampoco se tuvo en cuenta que un pañuelo nó es suficiente para impedir un reconocimiento de personas anteriormente conocidas: la forma de cara, la silueta, el color de la piel, la estatura, etc. etc., son detalles suficientes para identificar a una persona. Por último, uno de los testigos, Eliseo Rincón, lo reconoció también cuando ya no iba de espaldas y se había quitado el pañuelo. También debe tenerse en cuenta que los testigos de cargo aseguran que RUBIO miró hacia atrás cuando principió a huir con su compañero.

"En cuanto a las declaraciones de descargo o coartada, Juan Bautista Núñez no precisa con absoluta seguridad la fecha y emplea la frase 'me parece' El testimonio de CARRANZA tampoco dice nada, pues él se refiere a la noche anterior del asalto, y éste se efectuó entre las ocho y nueve de la mañana del día trece".

Ahora bien:

Los declarantes a que alude el Tribunal Superior de Ibagué dicen, en cuanto al cargo hecho a RUBIO SALAZAR, lo que pasa a transcribirse:

a). **José Londoño Jaramillo**, quien rindió testimonio el mismo día de los hechos (13 de noviembre de 1.960), refiere que inmediatamente después del asalto "salieron dos personas corriendo en cuatro patas; alcancé a conocer a Aurelio Rubio; al otro si no lo conocí". Agrega que en alguna ocasión estuvo en su hacienda el nombrado RUBIO, a quien le compró una escopeta, (fls. 1 y v., del Cdno. No. 1).

Ante el Juzgado 182 de Instrucción Criminal amplió su declaración, diligencia en la cual reconoció uno de los sombreros que los asaltantes dejaron en el lugar de los hechos, como de propiedad de AURELIO RUBIO. Al respecto, dice que "con este sombrero fue a mi casa a solicitarme trabajo y a venderme una escopeta de cápsula", (fls. 57 a 58 v., 2 de diciembre de 1.960).

b). **Hernando Bonilla**, quien rindió declaración el 15 de noviembre de 1.960, (fls. 4 y v., del Cdno. ibid.), afirma que conoció, de los dos asaltantes, a AURELIO RUBIO. "Lo conocí.....", dice....., "en el cuerpo, por detrás, porque yo lo tengo bien presente". Agrega que encontró "dos sombreros debajo del palo de café, y uno de ellos pertenece a Aurelio Rubio, porque yo se lo conocía".

En ampliación de su testimonio, refiere el 1o. de diciembre de 1.960 (fls. 53 v. a 54), que a Aurelio Rubio lo había visto por lo menos unas cincuenta veces, antes; que vió a los asaltantes como a unos diez metros de distancia.

c). **Abdénago Quiñones**, en su primera declaración, (fls. 5 a 6, de 18 de noviembre de 1.960), expresa haberse dado cuenta que uno "de los bandoleros" era Aurelio Rubio. Dice, asímismo, que "conocí un sombrero que era del individuo que volvió a mirar, es decir, el sombrero es de Aurelio Rubio". Agrega que "Aurelio Rubio fue un día a la hacienda a que don José le diera trabajo".

Posteriormente, el 2 de diciembre de 1.960, amplió su declaración ante el Juez 182 de Instrucción Criminal, (fls. 60 v. a 62 del Cdn. ibid.), diligencia en la cual, a una pregunta del investigador, dice lo siguiente:

"Lo identifiqué...." -al sindicado Aurelio o Aureliano Rubio- "como a seis metros de donde estábamos".

Cuando le pide el instructor que "explique cómo hizo para reconocer a Aureliano Rubio, si usted dice que tenía tapada la cara de la nariz para abajo y en la cabeza un costal", expresa que "al salir Aurelio Rubio de debajo del palo de café volvió a mirar, talvez para mirar a quien de nosotros había matado o herido, y yo lo conocí patentemente, porque nosotros conocemos al personal de San Antonio a la legua; para más prueba, el sombrero que encontró el señor Vicente Rodríguez y que lo cogí yo lo conocí que era el de Aurelio; claro está que si el otro tipo me voltea a mirar, lo reconozco también, porque yo conozco a todo el personal de San Antonio".

c). **Eliseo Rincón Molina**, (fls.89 a 90 v. del Cdno. No. 1), declara el día 6 de diciembre de 1.960 lo que pasa a trascribirse:

"Lo primero que oí ese día fue dos disparos duros, como de escopeta o fusil, más o menos como a las ocho y media de la mañana; en seguida oí como cinco o seis tiros de revólver o pistola. Yo estaba cuando eso en el corral de la hacienda listo para montar a caballo y venirme para el pueblo. En eso vi salir de los cafetales de Isaías Rodríguez a cuatro sujetos, dos que venían adelante huyendo y los otros dos gritándolos y persiguiéndolos y les gritaban la madre .....Los tipos que iban huyendo se sentaron como tres o cuatro minutos, cuando vieron que los que los perseguían siguieron hacia mi casa; yo todavía no conocía a ninguno de los cuatro, y al ver que dos se dirigían a mi casa, yo me monté en el caballo y me fuí a ver quiénes eran y llegué a la casa y ví que uno de ellos era mi hermano FULGENCIO y el otro era DAMAS MENDEZ; yo le pregunté a mi hermano qué le pasó, y me contestó: nos atacaron y me hirieron a mi.....Yo llegué a donde Fulgencio con CARLOS LESAMA, quien también venía a caballo. En seguida yo me voltié con Carlos Lesama a hacerles el atajo a los bandidos y los alcancé cuando venían saliendo del potrero de 'La Meseta' a los potreros de 'El Cairo', a cruzarse a los cafetales de la hacienda 'El Jardín'. Ahí nos encontramos: uno de los bandidos estaba como a sesenta metros y el otro como a ochenta metros, y ahí mismo yo saqué mi revólver y les grité alto, y no pararon, sino que arrancaron a correr a la derecha, y yo, entonces, les hice seis disparos y no le dí a ninguno, y en eso fue que conocí a uno de los bandidos, que era AURELIO RUBIO, que iba corriendo con una escopeta en el hombro, como de calibre doce o dieciseis. Al otro no le vi arma y no lo pude identificar, es decir, no sé quién sea, porque estaba muy lejos....",

Al interrogatorio del investigador, dice:

"Ellos, cuando yo los seguí, iban en ropa de trabajo, embarrados, sin sombrero. Aurelio llevaba una ruana cajetiada, una ruana a cuadros mona y el otro llevaba una gris. Don José Londoño me contó que cuando los bandidos lo atacaron llevaban unos costales, pero cuando yo los vi ya no llevaban costales; ya los habían botado....".

Agrega que "cuando reconocí a AURELIO RUBIO, ellos no llevaban nada en la cara, ni en la cabeza....".

Explica que reconoció a AURELIO RUBIO porque "cuando yo les grité alto, AURELIO voltió la cara hacia donde mi y echó a correr y el otro echó a correr sin voltiar a mirar".

d). DAMAS MENDEZ, (fls.3 y v.) y FULGENCIO RINCON, (fls. 6 v. a 7), quienes declararon el 15 y el 18 de noviembre de 1.960, respectivamente, no reconocieron a ninguno de los asaltantes. El primero expresa, en cambio, que "uno de los sombreros que se me ponen de presente se parece mucho al que usa Aurelio Rubio". Y Rincòn afirma que uno de tales sombreros "es de Aurelio Rubio".

Sin embargo, MENDEZ, en ampliaciòn de su testimonio ante el Juzgado 182 de Instrucción Criminal, (fls. 59 a 60, de 2 de diciembre de 1.960), dice que en el momento del asalto conoció "a Aurelio Rubio"; que en su anterior declaraciòn no lo dijo, "por el susto, pero yo dije en la Alcaldía que el sombrero, uno de los que se encontraron debajo del palo de café, era de Aurelio Rubio, porque yo se lo conocía".

Al insistir el investigador para que el declarante explique por qué motivo no dijo, en su primer testimonio, haber reconocido a AURELIO RUBIO como uno de los asaltantes, dice DAMAS MENDEZ que cuando estuvo "en la Alcaldía, todavía no me había pasado el susto".

La conclusión a que llegó el **ad quem** en la sentencia recurrida, con respecto a la credibilidad que le concedió a los anteriores declarantes para fundamentar en sus testimonios la responsabilidad penal de AURELIO o AURELIANO RUBIO en los hechos averiguados, no adolece de error protuberante, único que permite invalidar el fallo con apoyo en la causal segunda de casación.

En efecto, no solo fue reconocido Rubio por algunas de las personas que acompañaban al señor José Londoño Jaramillo en el momento del asalto, momento en que aquel procesado cubría su cara, de la nariz hacia abajo, con un pañuelo, sino que también lo identificó Eliseo Rincón Molina, cuando ya Aurelio o Aureliano no llevaba antifaz alguno. De otra parte, como señala el Tribunal Superior de Ibagué en el fallo impugnado, el reconocimiento del sombrero encontrado en el lugar de los hechos, como de propiedad de Aurelio o Aureliano Rubio, refuerza esa credibilidad otorgada por el **ad quem** a los testigos de cargo.

Por último, la coartada que propuso el sindicado RUBIO resulta deleznable, como observa el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal, quien dice, al respecto, lo siguiente:

"Se sabe que Rubio en su intento de demostrar el **alibi** o su negativa **loci**, o en su empeño de probar que se encontraba en el momento en que fue cometido el hecho, en lugar distinto al sitio donde fueron asaltados José Londo-

ño Jaramillo y sus acompañantes, recurrió al testimonio de Juan Bautista Núñez. Asimismo, cosa sabida es que posteriormente el defensor del acusado pretendió darle mayor robustez al indicio negativo en cuestión, solicitando una nueva declaración al citado Núñez y de José Isaías Carranza. Igualmente pidió que se le recibiera testimonio sobre el mismo particular al señor Ulpiano Salazar, (fl. 149).

"Pues bien: ocurrió que al testigo Núñez se le olvidó la lección inicialmente aprendida; la que supo dar cuando citado por el acusado en su indagatoria, declaró en los términos esperados por éste. Se le olvidó -se repite- porque al declarar por segunda vez ya no fue enfático en aseverar que Aurelio Rubio estuvo en su casa el día de los hechos y a la hora de suceder los mismos, sino que en forma manifiestamente vacilante intentó favorecer la causa de su amigo de veinte años atrás, diciendo que le parecía que la última vez que lo había visto 'fue el trece de noviembre cuando llegó a la casa mía', (fl. 158 v.).

"Si en tal forma dudó o vaciló; si poco o ninguno es el grado de persuación o de certeza que Núñez revela al anteponer a sus afirmaciones la dubitativa expresión 'me parece'; si en ese mismo 'me parece' se encuentra la prueba de su falta de constancia en sostener lo que antes refiriera sin ambage alguno, por imperativo de la lógica probatoria se infiere que Núñez no comprueba en manera alguna el alibi alegado por Aurelio o Aureliano Rubio.

"Y mucho menos lo prueba el testigo Carranza, pues, como bien lo anota el Tribunal, CARRANZA se refiere a las actividades realizadas por Rubio en la noche víspera del crimen de autos.

"Pero lo peor es que el declarante de apellido Salazar, cuya comparecencia ante la justicia solicitó el señor defensor del acusado durante la tramitación de la segunda instancia, resultó no ser hombre sino mujer, porque es cierto que la persona que efectivamente declaró se llama ULPIANA SALAZAR y no Ulpiano Salazar. Y como si esto fuera poco, es decir, como si la declaración de persona distinta a la precisamente señalada por la defensa no fuera cosa de por sí subrayable en contra de la prentensión de probar la coartada, se agrega de otro lado que la aludida Ulpiana, quien se dice viuda, al testificar contradice abiertamente a Juan Bautista Núñez, quien se dice soltero y quien nunca ha manifestado vivir en comunidad o en la misma casa con Ulpiana. Y lo contradice porque Ulpiana asegura que el día de autos, a las siete de la mañana, llegó a su casa Aureliano Rubio, quien 'se fue por ahí como a las ocho de la mañana', (fl. 159), al paso que Núñez sostiene que el acusado estuvo a las siete de la mañana y que le dijo 'que había estado tomando esa noche donde Isaías Carranza y que se sentía como enfermo, que si le daba permiso de arrecostarse un ratico mientras le pasaba la maluquera', a lo cual dice Núñez que le contestó 'que bueno y ahí permaneció todo el día y por la noche también se quedó ahí en mi casa.

"A quién creerle? A Núñez o a Ulpiana Salazar? A los dos, imposible, porque ello sería lo mismo que reconocerle al acusado el don de la ubicuidad del que ciertamente carece. A ninguno de los dos es posible prestarles crédito, porque el dicho de uno desvirtúa lo manifestado por el otro testigo. . . . ".

Resulta, por tanto, demostrado que la coartada propuesta por Aurelio o Aureliano Rubio es falsa, como lo expresa el Ministerio Público y como lo dedujo el ad quem, al rechazarla. Ello, en consecuencia, dá mayor fuerza a la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal Superior de Ibagué para condenar al recurrente.

En sentencia de casación de 28 de septiembre de 1.962, citada por el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal, dice esta Sala que "no se acomoda a las exigencias de la causal segunda simplemente formular reparos parciales al caudal probatorio o pretender hacer primar un criterio subjetivo de valoración opuesto al del Tribunal, porque este sistema de crítica que el actor pueda adoptar no se impondría sobre el que es del legal arbitrio de las instancias, ni enseñaría objetivamente la presencia del error de hecho".

Al oponerse simplemente el demandante al criterio del ad quem con respecto a la credibilidad que le concede a los testigos de cargo y al rechazo de la coartada, enfrentando su personal opinión, pero sin haber demostrado que el juzgador incurrió en un error manifiesto o protuberante en la apreciación de las pruebas, no ha comprobado los reparos hechos a la sentencia con invocación de la causal segunda de casación.

B. CAUSAL PRIMERA

Se limita el demandante, sin hacer demostración alguna, a afirmar que considera "que en el presente caso no se reúnen los elementos necesarios para considerar que el hecho criminoso a que se refieren los autos sea homicidio en el grado de tentativa. Se trata....", agrega....."simplemente de un caso de lesiones personales, por cuanto los medios empleados para la realización del crimen no tienen la idoneidad o la aptitud que exige el delito de homicidio".

Agrega que "una escopeta de cartucho cargado con munición, disparada sobre una camioneta en movimiento, no es arma idónea para causar la muerte a una persona. Lógicamente podría servir para herirla.....El disparo con cartucho tiene que ser tan a corta distancia, sin obstáculos intermedios y con absoluta precisión dirigida a una parte noble del cuerpo de la persona".

Al hacer estas consideraciones, olvida el impugnante que la camioneta estaba detenida, de una parte, y, de otra, que algunos de sus ocupantes ya se habían salido de èlla, cuando, a una distancia de unos diez metros, fueron hechos dos disparos sobre el señor Londoño Jaramillo y sus acompañantes, habiendo sido herido el señor Hernando Bonilla, quien sufrió una incapacidad de quince días, (fl.92 del Cdn. 1)

¿Cómo, pues, excluir el propósito de matar?. ¿Acaso puede asegurarse que un disparo de escopeta, hecho a unos diez metros de distancia contra personas no defendidas por obstáculo alguno -contra las que se habían salido de la camioneta, en el momento de ir a retirar las piedras que impedían la marcha de este vehículo- no es idóneo para causar la muerte de alguna o algunas de éllas?.

Asimismo, el propósito de cometer un robo, señalado por el demandante para excluir el animus necandi en Aurelio o Aureliano Rubio, porque, dice, únicamente quisieron intimidar, llevaría, de una parte, a que se excluya el homicidio intencional cuando quiera que el ladrón, para poder robar, causa la muerte de la víctima; y, de otra, a desconocer que los disparos alcanzaron a herir a una de las personas atacadas, lo cual demuestra que no fueron hechos solo para amedrentar, dado que en esta hipótesis tales disparos hubieran sido dirigidos al vacío.

Tampoco le asiste razón alguna al demandante cuando estima mal aplicado, para señalar la responsabilidad penal de RUBIO, la previsión contenida en el artículo 363 del Código Penal, pues el **ad quem**, para ello, tomó en cuenta la asechanza puesta en juego por este procesado y su compañero, para poner a las víctimas en condiciones de indefensión o inferioridad.

Esta circunstancia de asesinato es pertinente para el homicidio tentado, de acuerdo con la norma contenida en el artículo 16 del Código Penal, que dice: "El que con el fin de cometer un delito, diere principio a su ejecución pero no lo consumare por circunstancias ajenas de su voluntad, incurrirá en una sanción no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para el delito consumado".

En consecuencia, si para el delito consumado, en la hipótesis de que alguna de las personas atacadas hubiera resultado muerta por los disparos de escopeta, la pena imponible es la prevista en el artículo 363 del Código Penal -de quince a veinticuatro años de presidio-, para la tentativa de homicidio, por la cual fue condenado RUBIO, la sanción privativa de la libertad es la del delito consumado, disminuida en la forma señalada en el artículo 16 de la misma obra, antes transcrito.

Con respecto a este cargo, el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal hace la siguiente réplica a los argumentos del impugnante:

"El más desprevenido de los juzgadores, ciertamente encontraría demostrado en el caso de autos, la condición de asesinos que es propia de tales asaltantes, porque la cautela con que estos procedieron, obstaculizando el paso del vehículo con las piedras puestas en el camino, obligaron al conductor a detener la marcha y porque el empleo de armas de fuego que dispararon estando a cercana distancia de la misma camioneta, demuestra a las claras el designio de matar, abrigado, y la preparación ponderada del delito que se quiso cometer y que no se consumó efectivamente, por virtud de circunstancias ajenas a la voluntad de sus autores. Se trata aquí de un dolo que excede el de propósito, que aumenta la cantidad volitiva o la fuerza moral de la acción ilícita, dolo al cual precisamente se refiere el Código de las penas en su artículo 363".

Los cargos hechos con invocación de la causal primera de casación no aparecen demostrados.

C. CAUSAL CUARTA.

En cuanto al cargo que hace el actor con apoyo en la causal cuarta de casación, la Sala acoge las siguientes consideraciones del Ministerio Público:

"La omisión o informalidad denunciada por el señor demandante no ha sido expresamente prevista por la ley procedimental como equivalente a una causal de nulidad de lo actuado a partir de la sentencia del **ad quem**.

"Tampoco implica un quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución Nacional, porque si es cierto que en la parte resolutiva del fallo acusado no se dejó dicho que el procesado se le condenaba por cierto y determinado delito, no es menos evidente que esa omisión carece de importancia, precisamente porque en la parte motiva del mismo fallo se hacen extensas consideraciones sobre la conducta típica, antijurídica y culpable atribuída al señor Aurelio o Aureliano Rubio, y sin titubeo alguno se juzga que el hecho del cual es responsable dicho pro-

cesado constituye un delito tentado de homicidio agravado, por la concurrencia de las circunstancias consistentes en haber obrado sus ejecutantes con alevosia y asechanza. Esas consideraciones suplen esa deficiencia".

Este cargo, por tanto, no resulta demostrado.

CONCLUSION.

La sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, objeto del recurso de casación, no debe ser invalidada.

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, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, fechada el 21 de septiembre de 1.961, por la cual le fue impuesta a AURELIO o AURELIANO RUBIO la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de tentativa de homicidio agravado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. Gustavo Rendón Gaviria. - Simón Montero Torres. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

CONTRABANDO

Causal de casación prevista en el ord. 2o del art. 20 del Decreto 0188 de 1.958. La Inexequibilidad del Decreto 0700 de 1.954 determinó el regreso al procedimiento establecido sobre contrabando en el Decreto 3134 de 1.952. Pretermisión del precepto contenido en el art. 16 del Decreto 3134. Violación de las formas propias del juicio garantizadas en el art. 26 de la Carta.

1. La inexequibilidad del Decreto 0700 de 1.954, declarada en la sentencia del 23 de septiembre de 1.958, determinó el regreso al procedimiento que estableció, respecto a contrabando, el Decreto 3134 de 1.952.

Los hechos generadores del proceso en estudio, acaecieron con posterioridad a la fecha en que se declaró inexequible el predicho decreto 0700 de 1.954 y entonces, como era lógico, ha debido aplicarse el procedimiento especial que estableció el expresado Decreto 3134 de 1952.

En el citado Decreto 3134 se encuentra el art. 16, que ordena que recibida la indagatoria o cumplidos los requisitos del emplazamiento, "dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, el funcionario *abrirá el proceso a prueba por el término de diez (10) días* y decretará la retención de la mercancía, vehículos y demás elementos empleados para la comisión del delito, si no lo hubiere hecho antes". (Subraya la Sala).

En el proceso de que se trata, se pretermitió cumplir el indicado texto legal y, en esta suerte, no hubo apertura a prueba del negocio.

2. El término de prueba, en los procesos por contrabando, corresponde, sin duda, a una de las formas propias del juicio, cuyo sentido es garantizar, adecuada y eficazmente, el derecho de defensa, consagrado en el art. 26 de la Constitución Nacional, puesto que es, precisamente, en ese término, cuando el acusado puede "solicitar y hacer practicar las pruebas que han de servirle para ejercitar plenamente aquel derecho".

3. El ord. 2o del Art. 20. del Decreto 0188 de 1.958 erige, de manera expresa, en motivo de casación, el hecho de "no haberse notificado en debida forma el auto que señala término para pedir pruebas", auto que en el proceso de que se trata, ni siquiera se dictó.

De modo que el recurrente tiene perfecta razón en el cargo que sustenta en la impugnación y entonces, como es lógico, el fallo acusado debe ser invalidado, a efecto de que se reponga el procedimiento.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 11 de agosto del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior de Aduanas condenó al señor JANUARIO NIETO TENORIO, como responsable del delito de contrabando, a la pena principal de CUATRO (4) AÑOS DE PRISION, absolvió a los demás varios sindicados y adoptó otras determinaciones.

ACTUACION PROCESAL:

La investigación, referida al delito de contrabando, se inició conforme auto cabeza de proceso del 26 de enero de 1.959 y luego, al vencer el término de instrucción, se remitió al Juzgado Superior de Aduanas de Bogotá, donde se sometió a diversas ampliaciones hasta que, entendiéndola perfeccionada, se señaló fecha para audiencia, acto del que se pasó, al estimarse como formalmente cumplido, a dictar la sentencia del 18 de julio de 1.961, en la que se dispuso declarar, en el ordinal 1o., de contrabando la mercancía extranjera de que informa el proceso; declarar abandonada a favor del Estado, en el ordinal 2o., la mercancía Nacional a que alude el reconocimiento y avalúo de los fls. 134 y 135; absolver, en el ordinal 3o., a siete de los procesados, incluyendo al señor JANUARIO NIETO TENORIO; abstenerse de hacer declaración, en el ordinal 4o., respecto de cuatro de los acusados; y, por último, reconocer, en los ordinales 5o., 6o. y 7o., las participaciones del denunciante y los aprehensores. El Tribunal, en fallo del 11 de agosto del año pasado, confirmó los ordinales 1o., 4o., 5o. y 7o.; introdujo pequeñas reformas a los ordinales 2o. y 6o.; y, finalmente, revocó, en cuanto al predicho Nieto Tenorio, el ordinal 3o., sujeto al que, en su lugar, condenó, como responsable del delito de contrabando, a la pena principal de cuatro (4) años de prisión.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente, señor Januario Nieto Tenorio, por conducto de su apoderado, invoca como causal de casación, en el carácter de única, la prevista de el ordinal 2o. del artículo 20 del Decreto 0188 de 1.958, la que fundamenta diciendo que el proceso se inició conforme a auto del 26 de enero de 1.959, hecho que hacía necesario seguir el "procedimiento especial contenido en el Decreto 3134 de 1.952", el cual, al dejarse de aplicar, como ocurrió, particularmente en el artículo 16, referido a la apertura a prueba del negocio por el término de diez días, determinó la inexorable violación de las formas propias del juicio, garantizadas en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

a). La inexequibilidad del Decreto 0700 de 1.954, declarada en la sentencia del 23 de septiembre de 1.958, determinó el regreso al procedimiento que estableció, respecto a contrabando, el Decreto 3134 de 1.952.

b). Los hechos generadores del proceso acaecieron con posterioridad a la fecha en que se declaró inexequible el predicho Decreto 0700 de 1.954 y entonces, como era lógico, ha debido aplicarse el procedimiento especial que estableció el expresado Decreto 3134 de 1.952.

c). En el citado Decreto 3134 se encuentra el artículo 16, que ordena que recibida la indagatoria o cumplidos los requisitos del emplazamiento, "dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, el funcionario abrirá el proceso a prueba por el término de diez (10) días y decretará la retención de la mercancía, vehículos y demás elementos empleados para la comisión del delito, si no lo hubiere hecho antes". (Subraya la Sala).

d). En el proceso de que se trata, se pretermitió cumplir el indicado texto legal y, en esta suerte, no hubo apertura a prueba del negocio.

e). El término de prueba, en los procesos por contrabando, corresponde, sin duda, a una de las formas propias del juicio, cuyo sentido es garantizar, adecuada y eficazmente, el derecho de defensa, consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, puesto que es, precisamente, en este término, cuando el acusado puede "solicitar y hacer practicar las pruebas que han de servirle para ejercitar plenamente aquel derecho".

f). El ordinal 2o. del artículo 20 del Decreto 0188 de 1.958 erige, de manera expresa, en motivo de casación, el hecho de "no haberse notificado en debida forma el auto que señala término para pedir pruebas", auto que, en el proceso de que se trata, ni siquiera se dictó.

De modo que el recurrente tiene perfecta razón en el cargo que sustenta en la impugnación y entonces, como es lógico, el fallo acusado debe ser invalidado, a efecto de que se reponga el procedimiento, comenzando por abrir el proceso a prueba, por el término legal, a partir del auto del 20 de octubre de 1.960, en el que por primera vez se señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia pública, invalidación que, como es obvio, no podrá afectar a ninguno de los sindicados absueltos.

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, **INVALIDA** la sentencia recurrida, dejando a salvo las absoluciones que ella contiene, y **DISPONE** devolver el proceso, por conducto del Tribunal de origen, al Juzgado Superior de Aduanas de Bogotá, a efecto de que se reponga el procedimiento, comenzando por abrir el negocio a prueba, por el término legal, a partir del auto del 20 de octubre de 1. 960.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Humberto Barrera Domínguez. - Simón Montero Torres. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Srio.

HOMICIDIO EN LA MODALIDAD DE ASESINATO

Interpretación de los artículos 362 y 363 del Código Penal. En el régimen penal vigente no cabe hablar de la "teoría de la absorción" sino del sistema de la "acumulación jurídica" para la fijación de las sanciones. El móvil que haya determinado la conducta del delincuente no es elemento integrante del delito sino uno de los factores de éste. Modalidades que dan al delito la calidad de asesinato.

1. El asesinato no es una figura jurídica, "con entidad especial", ni tampoco "autónoma", sino el mismo homicidio, con todos y cada uno de sus elementos de integración a que se refiere el art. 362 del Código Penal, aunque consumado en las condiciones que señala, en forma taxativa, el art. 363 ibídem, que es lo que hace que tome aquella particular denominación.

Por otra parte, también es obvio que en el régimen penal vigente no cabe hablar de la llamada "teoría de la absorción", la cual, proscrita, por inconveniente y nociva, de las legislaciones modernas, supone reprimir, dentro del mismo proceso, el delito de mayor entidad, dejando en la impunidad los otros que a su lado puedan concurrir. El sistema que se acoge es el de la "acumulación jurídica", sistema que, sin llegar a los extremos del conocido como el de la "acumulación aritmética", donde la suma de las penas deducibles en particular para cada uno de los delitos es la que se aplica, toma el delito principal, determina la pena que le corresponde y luego la intensifica, por razón de los delitos menores, teniendo en cuenta la naturaleza específica del concurso en que obren con respecto a aquél.

Importa recordar, además, y en vía de despejar la confusión en que parece incurrir el demandante, que el móvil que haya determinado la conducta del delincuente no es elemento integrante del delito, sino uno de los factores que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 36 del C. Penal, debe tenerse en cuenta para la fijación en concreto de la sanción a que haya lugar.

2. En la motivación de las dos instancias del llamamiento a juicio, claramente se recabó en que el homicidio tomaba la denominación de asesinato porque su autor lo había consumado con "premeditación acompañada de motivos innobles"; "para preparar el robo" que llevó a cabo; y, por último, en "circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de inferioridad e indefensión". Estas modalidades, de suyo suficiente cada una para darle al delito la calidad de asesinato, según lo disponen los ordinales 2o., 3o. y 5o. del art. 363 del Código Penal, se propusieron al jurado, el cual las contestó afirmativamente, y entonces, como es obvio, los juzgadores en derecho, sin incurrir en acto arbitrario, no podían transformar ninguna de ellas en simple circunstancia de mayor peligrosidad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, primero de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 13 de febrero del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga condenó al procesado ABEL PABON MONSALVE, como responsable de los delitos de homicidio en el señor Antonio María Ortiz, y robo en bienes del señor Manuel Murillo, a la pena de VEINTIDOS (22) AÑOS DE PRESIDIO y accesorias consiguientes.

ACTUACION PROCESAL:

El procesado Pabòn Monsalve, llamado a juicio en orden a los delitos de homicidio en la modalidad de asesinato, consumado en el señor Antonio María Ortiz, y robo llevado a cabo en bienes del señor Manuel Murillo, fue condenado por el Juzgado 4o. Superior de Bucaramanga, en sentencia del 25 de agosto de 1.961, proferida con fundamento en el veredicto afirmativo que expidió el Jurado con respecto a las dos imputaciones, a la pena de veinte (20) años de presidio y accesorias del caso, fallo que el Tribunal Superior de la misma ciudad modificó en el suyo del 13 de febrero del año pasado en el sentido de elevar aquella pena principal a "VEINTIDOS (22) AÑOS DE PRESIDIO".

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, presentada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente, señor Abel Pabòn Monsalve, por conducto de su apoderado, invoca como causales de casación las previstas en los ordinales 4o. y 1o. del artículo 567 del C. de P. Penal. Con apoyo en la primera de ellas, formula al fallo acusado los siguientes dos cargos:

a). La sentencia impugnada es violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional, "por cuanto que el examen médico ahincadamente solicitado por el apoderado del procesado no le fue practicado a éste, conforme a la solicitud elevada por el doctor Gustavo Serrano Gómez, visible a folio 178 del 2o. cuaderno".

RESPUESTA:

El doctor Serrano Gòmez, en memorial que obra al folio 178 del 2o. cuaderno, solicitó que se practicara al procesado Pabón Monsalve un examen encaminado a determinar "las anomalías que padece", sugiriendo que se llevara a tèrmino por la "Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá" y, además, previo un examen de sangre y "del líquido medular del sindicado".

Esa petición fue atendida en auto del 16 de septiembre de 1.954, donde se dispuso practicar el examen requerido, no por la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá, sino por la de Bucaramanga, determinación en la que nada se advierte de irregular, precisamente en fuerza de que es de esas seccionales de las que deben valerse los jueces en casos como el indicado.

Como era obvio, el Juez, al decretar la prueba que se comenta, incluso por razones de respeto a la entidad técnico-científica cuyo concurso buscaba, no podía entrar a señalar pautas y condiciones para llevarla a cabo, como esa del previo examen de sangre y "del líquido medular del sindicado", cuestión que sólo podía quedar a la iniciativa de los científicos, teniendo en cuenta el cometido que debía cumplirse, el cual quedó señalado así:

"Póngase al sindicado Abel Pabón Monsalve a la orden de la Oficina Médico Legal de esta ciudad, para que se le practiquen cuidadosos y detenidos exámenes psico-físicos en camino a establecer si su personalidad corresponde a la de un sujeto normal, o si por el contrario sufre de enajenación mental, pues este dato es importante para su juzgamiento. Para tal fin, se dará en traslado el expediente a los señores Médicos Legistas, y se oficiará a la Dirección de la Cárcel, en el sentido de hacerle saber que Pabón Monsalve debe ser trasladado a la presencia de aquéllos siempre que lo soliciten para los estudios correspondientes".

La Oficina Médico-Legal de Bucaramanga, dentro de las circunstancias anotadas en la transcripción, llevó á cabo el examen que se le solicitó y en concepto que obra a los fls. 185 y 186 y 264 y 265, ampliamente motivado, afirmó que el procesado Pabón Monsalve "es un individuo psíquicamente normal".

En estos términos, el primer cargo que se formula a la sentencia al amparo de la causal 4ª., carece, sin duda, de todo fundamento.

b). La sentencia es también "violatoria de las normas procesales" y, a su vez, del "artículo 26 de la Constitución Nacional", en fuerza de que el doctor MIGUEL BOHORQUEZ PRADA, en su carácter de Magistrado del Tribunal de Bucaramanga, conoció de la segunda instancia del proceso, no obstante haber conocido, en su calidad de Juez 3o. Superior, de la primera, según "se demuestra con los autos de fecha 21 de abril de 1.954 (folio 158); mayo 15 de 1.954 (folio 159 vuelto); mayo 17 de 1.954 (folio 161); mayo 18 de 1.954 (folio 162); julio 1o. de 1.954 (folio 176); septiembre 17 de 1.954 (folio 179); septiembre 27 de 1.954 (folio 182)".

RESPUESTA:

En el auto del 21 de abril, el doctor Bohórquez Prada, como Juez 3o. Superior, dispuso que se avocara el conocimiento del negocio y que, en esa suerte, se radicase y se librara la respectiva boleta con relación al detenido Pabón Monsalve; en el del 15 de mayo decretó una ampliación de la investigación, comisionando, para que la llevara a cabo, al Juzgado 2o. de Instrucción Criminal del Departamento; en el del 1o. de julio, autorizó una hospitalización de Pabón Monsalve; en el del 16 de septiembre -no 17-, resolvió una petición de desembargo de la suma de $420.oo y ordenó el reconocimiento médico de que atrás se trató; y, por último, en el del 27 del mismo mes, concedió, en el efecto devolutivo, el recurso de apelación que se interpuso contra el auto del 16.

Estos fueron los autos que el doctor Bohórquez Prada dictó en el proceso en su carácter de Juez 3o. Superior, puesto que, en realidad, ni el 17 ni el 18 de mayo se emitieron providencias de índole alguna, ya que en esos días lo único que se hizo fue dar posesión al doctor Serrano Gómez, como apoderado de Pabón Monsalve, y remitir el proceso, con el respectivo Oficio, al Juzgado de Instrución que se comisionó para la práctica de las diligencias que se decretaron en la ampliación del 15 de mayo.

En los citados autos, como de suyo se comprende, ni siquiera se presentó la oportunidad para que el doctor Bohórquez Prada expresara opinión respecto de los hechos del proceso y, evidentemente, no la expresó, lo que tanto significa que el problema planteado en la impugnación, a través del segundo cargo que se formula a la sentencia al amparo de la causal 4ª., carece, incluso, de un principio de explicación.

Con invocación de la causal 1ª., se formulan al fallo acusado los siguientes tres cargos, así:

a). La sentencia es violatoria, por indebida aplicación, del artículo 33 del C. Penal, en fuerza de que "el delito de robo" fue el que hizo que el homicidio se elevara "a la categoría de asesinato", y entonces, lógicamente, aquél ha debido tomarse como "absorbido" por éste, vale decir, por el homicidio en la "categoría señalada en el artículo 363 del C. P. que es una figura jurídica con entidad especial y autónoma" para su configuración.

RESPUESTA:

El asesinato no es una figura jurídica, "con entidad especial", ni tampoco "autónoma", sino el mismo homicidio, con todos y cada uno de sus elementos de integración a que se refiere el artículo 362 del C. Penal, aunque consumado en las condiciones que señala, en forma taxativa, el artículo 363 ibídem, que es lo que hace que tome aquella particular denominación.

Por otra parte, también es obvio que en el régimen penal vigente no cabe hablar de la llamada "teoría de la absorción", la cual, proscrita, por inconveniente y nociva, de las legislaciones modernas, supone reprimir, dentro del mismo proceso, el delito de mayor entidad, dejando en la impunidad los otros que a su lado puedan concurrir. El sistema que se acoge es el de la "acumulación jurídica", sistema que, sin llegar a los extremos del conocido como el de la "acumulación aritmética", donde la suma de las penas deducibles en particular para cada uno de los delitos es la que se aplica, toma el delito principal, determina la pena que le corresponde y luego la intensifica, por razón de los delitos menores, teniendo en cuenta la naturaleza específica del concurso en que obren con respecto a aquél.

Importa recordar, además, y en vía de despejar la confusión en que parece incurrir el demandante, que el móvil que haya determinado la conducta del delincuente no es elemento integrante del delito, sino uno de los factores que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 36 del C. Penal, debe tenerse en cuenta para la fijación en concreto de la sanción a que haya lugar.

Sentadas las anteriores necesarias aclaraciones, cabe observar, en respuesta directa al cargo en examen, que si como aparece, el procesado Pabón Monsalve fue llamado a juicio por los delitos de homicidio y robo, dentro del preciso entendimiento de que obraban en concurso material, lógicamente, al ser condenado, en el veredicto del Jurado, conforme a esa misma especificación concreta, tenía que aplicarse, por los juzgadores de derecho, el artículo 33 del C. Penal, que es donde se encuentra consagrado el concurso en cuestión.

b). En el fallo acusado se violó el artículo 37 del C. Penal, puesto que si cualquiera de las tres modalidades que se tuvieron en cuenta para darle el

carácter de asesinato al homicidio, vale decir, la premeditación acompañada de motivos innobles, la indefensión e inferioridad de la víctima y el haber obrado para consumar otro delito, conducían al mismo resultado, necesariamente las otras dos se han debido tomar "como circunstancias de mayor peligrosidad" y de este modo la pena no habría sido la de 22 años de presidio, sino la de 18.

RESPUESTA:

En la motivación de las dos instancias del llamamiento a juicio, claramente se recabó en que el homicidio tomaba la denominación de asesinato porque su autor lo había consumado con "premeditación acompañada de motivos innobles"; "para preparar el robo" que llevó a cabo; y, por último, en "circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de inferioridad e indefensión". Estas modalidades, de suyo suficiente cada una para darle al delito la calidad de asesinato, según lo disponen los ordinales 2o., 3o. y 5o. del artículo 363 del C. Penal, se propusieron al Jurado, el cual las contestó afirmativamente, y entonces, como es obvio, los juzgadores en derecho, sin incurrir en acto arbitrario, no podían transformar ninguna de ellas en simple circunstancia de mayor peligrosidad.

c). La sentencia "también peca" contra el ordinal 6o. del artículo 159 del C. de P. Penal, "que obliga al fallador a decir" al procesado "si le otorga o no la condena condicional o el perdón judicial", aspecto en el que "guarda completo silencio".

RESPUESTA:

Si este reparo, en sentido estricto y de manera seria, pudiera tenerse como cargo, tendría que contestarse que, en razón de su naturaleza, no sería invocable al amparo de la causal 1ª., donde sólo procede tratar de la violación directa de la ley sustantiva.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación de que fue objeto el fallo de que se hace mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Simón Montero Torres. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. CAUSALES SEGUNDA Y PRIMERA DE CASACON PENAL

En los procesos tramitados de acuerdo con el Decreto 0012 de 1.959 es pertinente aducir la causal segunda de casación. La coparticipación criminal requiere concurso de acción y concurso de voluntad. Manifiesto error del ad quem en la apreciación de hechos de responsabilidad. Errada aplicación del ord. 9o. del art. 37 del C. P. en la sentencia impugnada.

1. En los procesos seguidos de acuerdo con el trámite señalado en el Decreto extraordinario No. 0012 de 1.959 es pertinente aducir la causal segunda de casación, por cuanto en el juzgamiento no interviene el jurado. Pero, como lo dice esta Sala en su providencia de 28 de septiembre de 1.962 (Casación de Rómulo Moreno Viuche, por homicidio), "es condición indispensable para que prospere el recurso, que el demandante compruebe o demuestre que los hechos fueron, de modo evidente, errónea e indebidamente interpretados por el sentenciador, bien atribuyéndoles un valor probatorio que no tenían, o negándoles el que en sana crítica probatoria debía darles. Un planteamiento de esta naturaleza presupone confrontar los elementos de prueba para señalar el error y surgir éste de modo tan nítido que resulte irrefragable la violación indirecta de la ley".

2. En providencia de 10 de agosto de 1.945 (G. J. Tomo LIX, página 414), esta Sala dice lo que pasa a transcribirse: "La responsabilidad proveniente de una coparticipación criminal en la ejecución de un delito, presupone necesariamente unidad de intención, tanto en los actos realizados, como en las personas que ejecutan los hechos tendientes a conseguir el resultado concreto de la actuación criminosa. De manera que faltando la unidad de intención y la voluntariedad respecto de uno o algunos de los copartícipes, no podría sostenerse en el campo de una lógica jurídica que realmente se es responsable. . .".

Asímismo, en sentencia de 29 de mayo de 1.953, expresa la Corte que "la figura del concurso o coparticipación criminosa implica o exige conjunto de propósitos y de actividades de los partícipes o concurrentes hacia un fin previamente querido y determinado que -penalmente- es el delito", (G. J. T. LXXV, pág. 218).

La complicidad requiere, pues, concurso de acción y concurso de voluntad, en el alcance de los arts. 19 y 20 del Código Penal colombiano. Vale decir, que la ayuda prestada para la comisión del delito lo sea con el conocimiento del fin ilícito buscado por el autor. A este respecto, tienen plena atinencia las siguientes palabras de CARRARA: "Ante la ley penal no cabe res-

ponsabilidad de un hecho en el cual no concurre la responsabilidad moral. Y ésta no existe donde no se determina intención encaminada al fin criminal. La conplicidad no puede resultar de una convergencia eventual de hechos sin positiva convergencia de voluntades". (*"Teoría de la Tentativa y de la complicidad"*, Editorial "Gòngora", Madrid, 1.926, P. 199 a 200).

3. En cuanto a la errada aplicación del ordinal 9o. del art. 37 del Código Penal en la sentencia impugnada, es obvio que este cargo que presenta el demandante resulta probado, si se atiende a que LOPEZ DUQUE no es cómplice del delito de homicidio imputado a OSPINA GIRALDO. Este procesado, en efecto no ejecutó el "delito con la complicidad de otro, previamente concertada", circunstancia de mayor peligrosidad a que alude el citado art. 37 del Código Penal en su ordinal 9o.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá marzo seis de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por los procesados LUIS EDUARDO OSPINA GIRALDO y PABLO EMILIO LOPEZ DUQUE contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el 28 de septiembre de 1.961, por la cual les fue impuesta la pena principal de quince años y dos meses de presidio, como responsables del delito de homicidio cometido en la persona de Luis Eduardo Giraldo Restrepo.

En el fallo recurrido se confirma la absolución decretada por el a quo, con respecto al mismo delito, en favor de los sindicados Ramón Villegas Ortiz, Arnoldo Antorio Valencia Gallego, Josè Mateo Restrepo Restrepo, José Neftalí Torres Sepùlveda, Francisco Ortiz Ospina, Alcides López Quintero y Carlos Molina Quintero.

HECHOS Y TRAMITE DEL PROCESO.

El señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal hace el siguiente resumen de lo ocurrido:

"Siendo aproximadamente las ocho de la mañana del 16 de junio del año de 1.960, el señor Luis Eduardo Giraldo Restrepo salió de su casa de habitación situada en el paraje denominado 'Potosí', perteneciente a la vereda llamada 'California Baja', de la jurisdicción del municipio de Samanà, Departamento de Caldas. Giraldo Restrepo al salir se proponía llegar al citado municipio, cabalgando una bestia mora, con el fin de asistir a la celebración de la misa en el poblado, por ser el día indicado de celebración religiosa. Minutos después de haber salido de su casa, Giraldo Restrepo fue víctima de alevoso ataque.....", habiendo sido muerto de varios disparos de revólver.

La Alcaldía de Samaná, primero, y el Juzgado 133 de Instrucción Criminal, después, adelantaron la averiguación, la cual fue clausurada por el Juzgad perior de Manizales, mediante auto de 27 de febrero de 1.961.

Agotado el trámite señalado en el Decreto Extraordinario No. 0012 de 4 de junio de 1.959, el a quo dispuso, en el fallo de 27 de abril de 1.961, lo siguiente:

a). Absolver a los procesados Pablo Emilio López Duque, Ramón Villegas Ortiz, Arnoldo Antonio Valencia Gallego, José Mateo Restrepo Restrepo, José Neftalí Torres Sepúlveda, Francisco Ortiz Ospina, Alcides López Quintero y Carlos Molina Quintero, y,

b). Sobreseer temporalmente en favor de Luis Eduardo Ospina Giraldo.

Este proveído, como se dejó anotado, sufrió la modificación que le introdujo el ad quem, en el sentido de condenar a los procesados OSPINA GIRALDO y LOPEZ DUQUE por el delito de homicidio cometido en la persona de Luis Eduardo Giraldo Restrepo.

DEMANDAS DE CASACION.

Los doctores Carlos de la Cuesta Betancur y Carlos E. Camacho Espinosa, como apoderados de López Duque y Ospina Giraldo, respectivamente, presentaron sendas demandas de casación, las que apoyan en los preceptos contenidos en los ordinales 2o. y 1o. del artículo 567 del C. de P. P.

Como se dejó dicho, al proceso se le dió el trámite señalado en el Decreto Extraordinario No. 0012 de 1.959, por lo cual el juzgamiento de los recurrentes se hizo sin intervención del jurado. Procede, pues, el estudio de la causal segunda de casación aducida por los demandantes, con la advertencia de que la causal primera, también propuesta, tiene el carácter de consecuencial de aquélla.

a). Causal segunda:

Los demandantes presentan las siguientes consideraciones:

1o. Expresa el señor apoderado de LOPEZ DUQUE que el ad quem incurrió en error al darle a ciertos hechos el alcance de indicios sin tener ese alcance, pues "para que un hecho pueda ser apreciado como indicio, debe estar probado plenamente", de acuerdo con lo que señala el artículo 223 del C. de P. P.

Hace, luego, una crítica a las circunstancias (ocho en total) tomadas en cuenta en el fallo impugnado para fundamentar la responsabilidad de su mandante, de la cual saca las siguientes conclusiones:

"El ciudadano Luis Eduardo Ospina Giraldo fue condenado por el H. Tribunal Superior como autor material de la muerte del señor Giraldo Restrepo. López Duque, como cómplice necesario, es decir, como coautor. Entonces preguntamos: Tomados todos los hechos que el H. Tribunal Superior califica de 'indicios', puede decirse que ellos demuestran lógicamente la responsabilidad de López Duque como cómplice necesario?.

"Está probada la enemistad como una pasión violenta, mortal, capaz de inducir a López Duque a causar un mal grave a Giraldo Restrepo?. Está probado plenamente este 'indicio' de que habla el H. Tribunal Superior?. O lo que se ha establecido es que hace mucho tiempo hubo algunas 'diferencias' entre procesado y occiso, diferencias que no llegaron a tornarse en enemistad grave, pues de ser así hace mucho tiempo hubiera llevado al procesado a ofender irreparablemente a su enemigo, y que llegaron hasta suavizarse en tal forma, que al decir de algunos

testigos, al momento de los hechos investigados, ya no existían. Lo que ocurre es que el H. Tribunal Superior, como antes dije, no dá crédito sino al dicho de la infiel esposa del occiso.

"Puede notarse que el resto de los llamados indicios, tienen origen en una misma prueba. Todos nacen de las distintas indagatorias que rinde el procesado Lòpez Duque. Fuera de ello, esos 'indicios' constituyen momentos sucesivos de un mismo hecho, cual es el préstamo que Julio Ospina Cardona hizo del revólver al señor López Duque. Vuelvo, pues, a repetir, que estos hechos no pueden llamarse indicios.

"Ahora sí, veamos si esos 'indicios', por reunir los requisitos que exige la ley para que sean prueba eficaz para convencer de la responsabilidad, tienen esos requisitos. Todos, excepto la 'enemistad', dependen unos de otros y tienen, como ya dije, el mismo origen respecto a la prueba; todos, menos la 'enemistad', son momentos sucesivos de un mismo hecho, ya que todos pertenecen al hecho inicial del préstamo del revólver por parte de Ospina Cardona. Ellos, en su conjunto, no convergen al punto que podemos llamar 'responsabilidad'. Cabe entonces preguntar nuevamente: ¿De ellos se deduce, se infiere, con lógica, el que sea responsable el señor López Duque como coautor?. Yo creo, HH. Magistrados, que a esta conclusión no puede llegarse en manera alguna, a no ser que se proceda como procedió el H. Tribunal Superior en su sentencia: interpretando o apreciando erróneamente los hechos, dando a unos el valor que no tienen y negando a otros el valor probatorio que sí tienen".

2o. El señor mandatario de OSPINA GIRALDO señala los siguientes cargos al fallo recurrido, con apoyo, asimismo, en la causal segunda de casación:

I. Que "la sentencia recurrida es violatoria del principio 'in dubio pro reo', que nuestro código procesal penal consagra en su artículo 204, por cuanto que la duda surgida en cuanto a la responsabilidad penal de Luis Eduardo Ospina Giraldo en relación con la muerte del señor Luis Eduardo Giraldo Restrepo, no fue resuelta por el H. Tribunal sentenciador a favor del procesado".

Manifesta que ninguna de las pruebas "valoradas por el H. Tribunal Superior reúne los presupuestos exigidos por el artículo 203 del C. de P. P., para dictar sentencia condenatoria... Ninguna relación de causalidad puede existir entre la muerte violenta que sufriera el señor Giraldo Restrepo y las relaciones sexuales existentes entre la esposa de éste y el procesado Ospina Giraldo. Entre el hecho físico de la consumación del homicidio de Giraldo Restrepo y las amenazas proferidas por el presunto autor del delito, de que si 'lo seguía jodiendo lo mataba', ninguna relación de causalidad existe. Esto puede ser un indicio remoto de una posible culpabilidad, pero de ninguna manera un indicio necesario que sirva para fundar una sentencia condenatoria. La afirmación vertida por el procesado LOPEZ DUQUE de que éste le había prestado el revólver 'no creyendo ni teniendo malicia de que fuera a ocurrir tal cosa o que no fuera a ocurrir tal vaina por ahí con el tal revólver' tampoco constituye un indicio necesario de que Ospina Giraldo haya sido el autor de la muerte de Giraldo Restrepo. Esto puede ser una sospecha mas o menos probable, atinente a la posible culpabilidad del procesado, pero de ninguna manera indicio necesario para fundamentar una sentencia condenatoria".

Y luego de citar las sentencias de casación de Luis Alfredo Matoma Tique, (G. J. Nos. 2233 y 2234), y de Felipe Hurtado Ibarbuen, (G. J. Nos. 2230

y 2231, p. 763 y sgs.), de 14 de noviembre y 30 de septiembre de 1.960, respectivamente, repite que "los hechos tomados en cuenta por el H. Tribunal sentenciador para fundar la sentencia condenatoria contra Ospina Giraldo, no reunen las exigencias del artículo 203 del C. de P. P..... Ellos no comportan la gravedad de uno o varios indicios graves, cuya concurrencia son los (sic) que la ley exige para dictar sentencia condenatoria. En el peor de los casos, vendrían a ser ellos indicios remotos que en su esencia no tienen la calidad de necesarios. Colocando en uno de los platillos de la balanza de la justicia la presunción de inocencia que ampara a Luis Eduardo Ospina Giraldo, su pasado honesto, sin antecedentes judiciales ni de policía, y en el otro las diferentes sospechas elevadas a la categoría de indicios necesarios por el H. Tribunal sentenciador, el ánimo del juzgador necesariamente vacila y surge la duda que necesariamente tendría que resolverse a favor del procesado, conforme al mandato legal contenido en el artículo 204 del C. de P. P.".

II. Que el ad quem "incurrió en un gravísimo error de derecho al atribuirle el valor de plena prueba a los siguientes hechos procesales:

"A). Haber existido enemistad entre el occiso y el procesado;

"B). Haber recibido en calidad de préstamo un revólver de manos del señor Julio Ospina Cardona, como ocho días antes de la muerte del señor Restrepo Giraldo, provisto de cinco proyectiles y haberlo devuelto con dos de ellos, solamente;

"C). Haber manifestado primero que había salido (el procesado) el día de autos, a las cinco y media de la mañana con intención de asistir a la misa de esa hora, y para luego afirmar el procesado Pablo Emilio López Duque, 'a renglón seguido, que Ospina se había quedado en la pieza de mi casa, cuando yo salí con mi familia para la misa de cinco de la mañana';

"D y E). Haber dicho el procesado que había tenido únicamente relaciones de amistad con la esposa del occiso, para luego comprobarse que había tenido relaciones sexuales por más de diez meses con ella;

"F). No haber demostrado su aserto de que el día de autos a las siete y media de la mañana sí había entrado a la tienda de Tulio Villada;

"G). Haberle manifestado a la esposa del hoy occiso, que 'le pidiera a la Virgen que mi esposo se muriera', y que posteriormente le había prometido que si 'enviudaba él se casaría conmigo'. Igualmente, de haberle manifestado al hoy occiso, 'que si lo seguía jodiendo lo mataba';

"H). Afirmar el sindicado López que él le había prestado el revólver a Ospina Giraldo 'no creyendo ni teniendo malicia de que con él fuera a ocurrir tal cosa o que no fuera a ocurrir tal vaina por ahí con el tal revólver';

"I). Ser suficiente el tiempo que se emplea para hacer el recorrido de la cabecera de Samaná hasta el sitio de la ocurrencia de los hechos, según la constancia dejada por el señor funcionario instructor;

"K). Haberse casi comprobado que los proyectiles extraídos del cadáver del señor Restrepo Giraldo habían sido disparados con el mismo revólver que figura en autos, y

"L). Haber manifestado el procesado que èl solamente habia tenido informaciones sobre la muerte del señor Restrepo el día de autos, 'como a las once'".

Anota que "ninguno de los anteriores hechos tiene el valor de indicio necesario de la consumación del homicidio, ya que ellos, de conformidad con el mandato contenido en el artículo 222 del C. de P. P., todos ellos no constituyen más que un solo indicio. Y no siendo más que un solo indicio, él no hace plena prueba, presupuesto necesario para la legitimidad de una condena".

Agrega, luego de una cita del tratadista FRAMARINO DE MALATESTA, ("La lógicas de las Pruebas en materia criminal", p. 181 y 188), que "las amenazas lanzadas por el procesado contra el señor Restrepo Giraldo no tienen la virtualidad de indicio necesario, porque como lo dice FRAMARINO, 'han podido ser fruto de una ira súbita, para luego ser abandonada en virtud del triunfo de las buenas intenciones ingénitas en el hombre'".

Para concluir, expresa que "la sentencia es claramente violatoria del artículo 222 del C. de P. P., por cuanto que los hechos tomados en cuenta por el H. Tribunal sentenciador no reunen las exigencias determinadas por la previsión contenida en el artículo 203 del código citado, para que sea procedente una condena, por cuanto que siendo èste un solo hecho indiciario, no hace jamás plena prueba conforme a la previsión del artículo 217 del código en mención. Estas son las normas que señalo como quebrantadas por el H. Tribunal Superior en la sentencia recurrida".

b). Causal primera:

Como fundamento de esta causal los demandantes dicen lo siguiente:

1o. El doctor Carlos de la Cuesta Betancur expresa que "admitido el error en que incurrió el Tribunal al estimar las pruebas en el proceso, se impone por la Corte corregir el yerro de la sentencia impugnada, de acuerdo con lo establecido en el ordinal a) del artículo 570 del C. de P. P. De manera que la causal de casación que he invocado es consecuencia de la segunda, porque al prosperar ésta, la sentencia es violatoria de la ley penal por indebida aplicación de ella".

Agrega que el fallo acusado "infringió los siguientes textos legales:

"El artículo 216 del C. de P. P., porque se elevò a categoría de indicios hechos de los cuales no se infiere lògicamente la responsabilidad de López Duque;

"El artículo 223 de la misma obra, porque se apreciaron como indicios hechos que no están probados plenamente;

"El art. 255 de la misma obra citada, ya que se desatendió la confesión del procesado, especialmente en manifestaciones aclaratorias y explicativas que no tienen prueba en contrario;

"El artículo 224 del C. de P. Penal, porque para apreciar la credibilidad de un testigo, la esposa del occiso, no se tuvo presente esta norma;

"El artículo 203 de la obra mencionada, porque sin estar producida la plena prueba de la responsabilidad de López Duque como coautor, se le condenó como tal;

"El artículo 204 de la obra citada, porque, no aceptando la inocencia del procesado López Duque ni estando plenamente probada su responsabilidad, debió aplicarse esta disposición legal;

"El artículo 19 del C. Penal, porque: Quien, según el H. Tribunal Superior en su sentencia, mató a Giraldo Restrepo, fue el procesado Ospina; por parte alguna aparece que el procesado López Duque haya tomado parte en la ejecución del hecho en sí, es decir, en el acto físico de darle muerte a Giraldo; ¿prestó el señor López Duque al autor material un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el delito?. En primer lugar no está probado que el señor López Duque hubiera prestado el revólver a Ospina, a sabiendas de que era para matar a Giraldo, y en segundo lugar, queriendo matar el procesado Ospina al señor Giraldo Restrepo, no por no prestarle el revólver López Duque hubiera quedado imposibilitado para hacerlo, pues revólveres hay muchos, estaba en un pueblo donde hay muchas gentes conocidas de él y no es nada extraordinario prestar un revólver a un amigo. Y por último, en manera alguna puede decirse que López Duque determinó a Ospina a cometer el delito, más que todo porque ni para este caso, ni para los anteriores que contempla el artículo citado, López Duque tenía motivo que lo determinara a querer eliminar a Giraldo, no pudiéndose decir lo mismo de Ospina, quien, como aparece claro en el proceso, tenía un motivo pasional tremendo".

2o. De su parte, el doctor Carlos E. Camacho no solo propone el cargo de indebida aplicación de la ley penal, como consecuencia de la impugnación que hace a la sentencia recurrida a través de la causal segunda de casación, sino que también considera, en el supuesto de su mandante sea responsable, indebidamente aplicados el ordinal 5o. del artículo 363 del Código Penal, el ordinal 9o. del artículo 37 de la misma obra y el 159 del C. de P. P.

Dice, en efecto, que "la sentencia demandada no expresa cuáles fueron las circunstancias aprovechadas por el agente del delito para abusar de las circunstancias de inferioridad personal del ofendido", pues la diligencia de inspección ocular "se limita a una serie de divagaciones sin respaldo procesal alguno...", sin que se sepa "si la víctima estuvo o no en condiciones para repeler el ataque, o que se le haya llevado al sitio de sacrificio mediante engaños". Anota, asímismo, que "no está demostrado procesalmente que Luis Eduardo Ospina Giraldo haya obrado en la comisión del delito con la complicidad previamente concertada de Pablo Emilio López Duque", por lo cual no procede la circunstancia de mayor peligrosidad señalada en el ordinal 9o. del artículo 37 del Código Penal, tomada en cuenta por el *ad quem*. Expresa, por último, que en el fallo impugnado no se menciona quién fue la víctima del delito de homicidio agravado por el cual se condena a Ospina Giraldo y López Duque, quebrantándose, así, el precepto contenido en el artículo 159 del C. de P. P.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal considera que los cargos hechos a la sentencia recurrida no aparecen demostrados.

Anota, en efecto, que "es indudable que tanto uno como otro de los autores de las demandas de que se trata, al recurrir, en favor de sus representados, a la causal segunda, todo lo que hacen es formular una serie de acusaciones al fallo recurrido que no recibe demostración alguna, y que aún en el caso de que la

hubiera recibido, no daría pie para reconocer que el fallador al apreciar las pruebas de autos incurrió en un error protuberante o manifiesto que por ser de tal condición, obligaría a esa Superioridad a subsanarlo. Vistas las cosas desde otro ángulo, cabe agregar que con las alegaciones hechas por los distinguidos apoderados De la Cuesta y Camacho, se pretende oponer el criterio que los mismos adoptar al apreciar las probanzas del expediente, al criterio adoptado por el sentenciador. Oposición que es sencillamente inútil porque de ella no puede derivarse fruto o beneficio ante un Tribunal de casación. Se repite que no se evidencia yerro grave o notable en el juicio elaborado por el **ad quem** al dictar su sentencia. Por consiguiente, no es el caso de que la H. Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de casación que es y no de instancia, se detenga a considerar una y otra de las razones expuestas en las demandas de que se habla".

Y, en cuanto a la causal primera de casación propuesta por los demandantes, dice el señor Agente del Ministerio Público lo que pasa a transcribirse:

"Se impone que la Procuraduría destaque separadamente las razones ofrecidas por los señores apoderados De la Cuesta y Camacho al presentar y sustentar esta otra causal de casación".

"Con respecto a lo argüido por el apoderado del acusado López Duque, es suficiente observar que su pretensión no puede prosperar porque no siendo viable la causal segunda y habiendo sido invocada la primera como consecuencial de la misma segunda, uno y otro motivo de impugnación deben correr la misma adversa suerte.

"Y por lo concerniente a lo argumentado por el representante de Ospina Giraldo, vale anotar que este demandante simplemente se limita a negar que esté probado plenamente que la circunstancia a que alude el ordinal 5o. del artículo 363 del C. P., concurrió en la comisión del homicidio. Esta simple negativa ninguna consecuencia jurídico penal puede aparejar, pues apenas equivale a una discrepancia manifestada con respecto al criterio del fallador, siendo forzoso desecharla por ser lo cierto que la diligencia de inspección ocular a que alude el doctor Camacho, pone muy en claro que la infortunada víctima de autos fue vista por su victimario desde el momento en que salía de su casa de habitación y empezaba a hacer camino para dirigirse a la población vecina. Y al ser vista con suficiente anticipación, el asesino estuvo en condiciones de parapetarse adecuadamente para estar listo a disparar el arma de fuego que portaba, como en efecto lo hizo por varias veces tan pronto como el señor Giraldo Restrepo llegó a colocarse desprevenidamente a cercanísima distancia. Todo esto precisamente corresponde a aprovecharse de las condiciones de inferioridad o de indefensión de la víctima que halló existentes el fallador.

"En cuanto a la circunstancia de mayor peligrosidad a que se refiere el ordinal 9o. del artículo 37 del C. P., circunstancia cuya existencia desconoce gratuitamente el señor demandante, vale observar que por estimar la Procuraduría que es jurídica la inferencia hecha por el Tribunal de instancia en el sentido de considerar que el crimen de autos tuvo un autor intelectual y otro material, era más que lógico que se diera por concurrente en el hecho homicida dicha circunstancia".

LA SALA CONSIDERA.

En los procesos seguidos de acuerdo con el trámite señalado en el Decreto Extraordinario No. 0012 de 1.959 es pertinente aducir la causal segunda de casación, por cuanto en el juzgamiento no interviene el jurado. Pero, como lo dice esta Sala en su providencia de 28 de septiembre de 1.962 (casación de Rómulo Moreno Viuche, por homicidio), "es condición indispensable para que prospere el recurso, que el demandante compruebe o demuestre que los hechos fueron, de modo evidente, errónea e indebidamente interpretados por el sentenciador, bien atribuyéndoles un valor probatorio que no tenían, o negándoles el que en sana crítica probatoria debía darles. Un planteamiento de esta naturaleza presupone confrontar los elementos de prueba para señalar el error y surgir éste de modo tan nítido que resulte irrefragable la violación indirecta de la ley".

En esa misma sentencia se indica lo que pasa a transcribirse:

"Pero no se acomoda a las exigencias de la causal segunda simplemente formular reparos parciales al caudal probatorio o pretender hacer privar un criterio subjetivo de valoración opuesto al del Tribunal, porque este sistema de crítica que el actor pueda adoptar no se impondría sobre el que es del legal arbitrio de las instancias, ni enseñaría objetivamente la presencia del error de hecho.

"En el caso de autos, el demandante no ha demostrado el error. Simplemente se deduce de su escrito que discrepa del criterio valorativo del Tribunal, reduciendo su crítica a algunos de los medios de prueba que obran en el proceso.

"En tales circunstancias la Corte no tiene obligación de ocuparse de un examen a fondo de las pruebas y formar nuevo juicio sobre ellas para buscar un error cuya demostración competía al demandante. La casación no es una instancia más, se repite. Es un recurso extraordinario sometido a una severa técnica y a inflexibles presupuestos jurídicos que los recurrentes deben observar para que prospere cuando hay lugar a ello".

Pues bien:

¿Incurrió el **ad quem** en manifiesto error en la apreciación de las pruebas tomadas en cuenta para condenar a los procesados Luis Eduardo Ospina Giraldo y Pablo Emilio López Duque?.

La respuesta de la cuestión anterior implica señalar los elementos de juicio citados en la sentencia recurrida con respecto a uno y otro sindicado, a saber:

1o. Prueba de cargo contra OSPINA GIRALDO.

Se indican los siguientes hechos:

a). "Haber dicho que las relaciones que tuvo con la esposa del occiso eran únicamente de amistad, cuando la verdad es que, según ésta, desde el mes de julio de 1.959, se habían dado a la práctica de actos sexuales, acerca de los cuales sospechaba aquél, siendo ésta la causa para que celara a su mujer con dicho sindicado, como también para que con uno y otro tuviera disgustos";

b). "Haber tenido en su poder -el mismo día y antes de sucederse los hechos- el mismo revólver de que dan cuenta los autos, conforme lo dice el sindicado Pablo Emilio López Duque, bajo juramento, arma que recibió de éste, como a

las cinco y media de la mañana de la susodicha fecha, dotada de cinco proyectiles en completo buen estado, habiéndosela devuelto, a eso de las ocho y media de la mañana, esto es, poco después de haber sido ultimado Giraldo Restrepo, no ya con los citados cinco cartuchos, sino con dos únicamente, y uno de los cuales perforado, sin explicar a López Duque en forma alguna que había hecho los otros tres";

c). "Haber manifestado en su segunda indagatoria que entró a misa a las ocho de la mañana con López Duque, pero que a poco éste se salió de la iglesia, porque dizque ya había ido a la de cinco, resultando en este punto en abierta contradicción con López Duque, ya que éste afirma que Ospina Giraldo solo lo acompañó hasta la plaza cuando él y su familia iban para tal acto religioso, es decir, que no estuvieron juntos en dicha ceremonia";

d). "No haber dicho lo anterior en su primera injurada, sino al mes y días después, en la segunda, como tampoco haber manifestado en esta misma quiènes eran testigos de su aserto, lo que vino a hacer posteriormente en su tercera indagatoria";

e). "No haber comprobado, aunque pretendió hacerlo, que realmente estuvo en misa de ocho de la mañana en compañía de López Duque";

f). "No haber demostrado -como lo sostuvo- que a las siete y media de la mañana de la fecha que tanto se ha citado, entró por primera vez en la tienda de Tulio Villa, ya que tanto éste como otros testigos, aunque afirman haberlo visto allí, citan horas distintas a aquélla, en todo caso después de haber sido muerto Giraldo Restrepo";

g). "Haberle dicho a la esposa de éste -así lo afirma ella- después de iniciadas las relaciones carnales de que se ha hablado, que 'le pidiera a la Virgen para que mi esposo se muriera', y posteriormente 'que si yo llegaba a enviudar él se casaría conmigo', y haberle dicho al mismo occiso que 'si lo seguía jodiendo lo mataba'. Sobre esto último habla también el menor Fernando López López, cuñado del muerto";

h). "Decir la misma esposa de éste, con base en los antecedentes y circunstancias concomitantes al hecho, que no fue otro sino Ospina Giraldo quien dió muerte a su esposo";

i). "Expresar el sindicado López Duque que le prestó el revólver a Ospina Giraldo 'no creyendo ni teniendo malicia de que con el fuera a ocurrir tal cosa o que no fuera a ocurrir tal vaina, por ahí con el tal revólver'. Lo cual quiere decir que implícitamente acepta que con tal arma fue que ultimaron al occiso Giraldo Restrepo";

j). "Decir -indagatoria de fls. 121 y sgs- que 'hay malicia de que fue Luis Eduardo Ospina Giraldo' el autor del crimen, 'pero yo no lo he visto' y 'yo lo he maliciado por las enemistades que había entre' Ospina Giraldo y Giraldo Restrepo";

k). "Ser suficiente media hora para ir del lugar donde ocurrieron los hechos a la cabecera de Samaná, según la constancia dejada por el funcionario instructor a fl. 88 vt., circunstancia ésta que le permitía al autor material del ilícito ser visto en este último lugar poco después de consumado";

l). "Haberse evidenciado con la diligencia de fl. 136 que los proyectiles extraídos al cadáver de Giraldo Restrepo habían sido disparados con el mismo revólver que figura en los autos";

ll). "Haber dicho -fl. 66 vt.- que solo vino a saber la muerte del citado individuo, el mismo día en que ocurrió, como a las once, por informes que le dieron en casa de la suegra de aquél, afirmación que resulta en total desacuerdo con lo declarado por el testigo Luis de la Cruz García Alvarez, fl. 165, ya que éste asevera que como a las ocho y media de la mañana del expresado día, Ospina Giraldo, en charla que sostuvieron en cantina de Daniel Ortiz, le dijo que 'dizque por ahí abajo habían matado a Eduardo Giraldo....',".

Sin embargo de la irrefragable fuerza indicadora de los anteriores hechos respecto de la responsabilidad de OSPINA GIRALDO en el delito de homicidio cometido en la persona de Giraldo Restrepo, su apoderado expresa, sin hacer demostración alguna, que "ellos no comportan la gravedad de uno o varios indicios graves...", sino que "en el peor de los casos, vendrían a ser indicios remotos que en su esencia no tienen la calidad de necesarios".

Si López Duque afirma (fl. 121) que pocas horas antes de los hechos, por solicitud de Ospina Giraldo, dió a éste en préstamo un revólver con cinco proyectiles; si de acuerdo con la pericia balística (fls. 136 a 137) ese revólver fue empleado para disparar, por tres veces, contra la víctima; si Ospina Giraldo, el mismo día de los hechos, devolvió a López Duque ese revólver, pero solo con dos proyectiles; si de la necropsia resulta que el occiso recibió tres impactos de arma de fuego; si Ospina Giraldo incurre en serias contradicciones, y, si además, resulta que pudo encontrarse, en la hora de ser muerto Giraldo Restrepo, en el lugar donde se cometió el delito, es obvio que en ningún yerro ha incurrido el ad quem al estimar tales hechos como prueba plena de la responsabilidad penal de LUIS EDUARDO OSPINA GIRALDO, y mucho menos que se trate de un error protuberante o manifiesto, único que permite invalidar la sentencia con fundamento en la causal segunda de casación.

2o. Elementos de juicio tomados en cuenta para responsabilizar a LOPEZ DUQUE.

Señala el ad quem los siguientes indicios:

a). "Existir entre él y el occiso, desde tiempo atrás, serias enemistades por cuestiones de linderos y otras causas....".

b). "Haber recibido en calidad de prèstamo, de manos del señor Julio Ospina Cardona, un sábado, ocho días antes de la muerte de Giraldo Restrepo, el mismo revólver de que hablan los autos .....dizque con el fin de hacer un viaje a Norcasia; arma que le devolvió el día viernes siguiente al jueves de Corpus del año citado..." (1.960)..... "como a las ocho de la noche, luego de haberla retirado de la casa del señor Adelmar Lòpez, donde el día anterior -jueves- precisamente cuando ocurrió el insuceso de que se viene hablando, la había dado a guardar por la mañana.....";

c). "Negar -segunda indagatoria- haber tenido en su poder el prealudido revólver (se le mostró), como también que lo hubiera solicitado en calidad de préstamo a persona alguna";

d). "Haber dicho en su tercera injurada que tal revòlver se lo había entregado Julio Ospina, un sábado, para que se lo guardara, no en préstamo, provisto de cinco cartuchos, sin disparar, acerca de lo cual no hubo testigos; pero admitiendo que sí lo dió a guardar en casa de Adelmar López, el jueves de Corpus, y asimismo, que se lo entregó el día siguiente a Julio Ospina, a quien inmediatamente después de esto, en su casa -la del sindicado- le entregò dos cartuchos de la misma arma, no así los otros tres, porque se le habían perdido del

bolsillo izquierdo del pantalón. (En esta vez y contra lo que había dicho antes, sí reconoció que dicha arma la tuvo en su poder, advirtiendo que era la misma que se le puso a la vista)";

e). "Haber dicho en nueva injurada (fls. 121 y 122), que el jueves de Corpus citado, entre cuatro y media y cinco de la mañana, en su propia casa de habitación, en la cual se había quedado a dormir en la noche anterior Luis Eduardo Ospina Giraldo, le había prestado a éste el prementado revólver', 'no creyendo ni teniendo malicia de que con él fuera a ocurrir tal cosa (la muerte de Giraldo Restrepo) o que no fuera a ocurrir tal vaina por ahí con el tal revólver'; el cual le entregó 'sin cartuchos'; para decir más adelante que se lo entregó dotado de cinco cartuchos y que al regresar a su casa, después de haber estado en misa de cinco de la mañana, y también ayudando a construir unos altares, allí, Luis Eduardo Ospina Giraldo, como a las ocho y media de la mañana, le devolvió el revólver, solamente con dos cartuchos, los cuales él guardó en el bolsillo y que los otros tres que se le perdieron de éste 'fueran otros cartuchos de mi propiedad, que eran de otro calibre y no correspondían al calibre del revólver que me había prestado el señor Julio Ospina' ";

f). "Haber manifestado primero, que cuando él salió de su casa para la misa de cinco y media de la mañana, con su familia, Ospina Giraldo 'se quedó en la casa con el revólver en su poder"; luego que '..Ospina Giraldo salió conmigo a la misa de las cinco de la mañana -se entiende que en la fecha de autos- y con él subimos hasta la plaza..'; para a renglón seguido decir, que Ospina Giraldo 'se quedó en la pieza de mi casa, cuando yo salí con mi familia para la misa de cinco de la mañana.";

g) "Haberle reconocido al señor Julio Ospina Cardona la suma de $2.80 por cada uno de los proyectiles que dejó de devolverle junto con el revólver (tres), y que a su vez dejó de entregarle el sindicado Ospina Giraldo, según lo asevera aquel y lo confiesa dicho sindicado", y

h). "Haber incurrido en tantas y tan protuberantes contradicciones, hasta el punto de no haber podido dar explicaciones claras acerca de los graves cargos que le resultan a través de las pruebas de este proceso".

La Sala estima que el ad quem, al apoyar en los anteriores hechos la responsabilidad, como cómplice necesario, de Pablo Emilio López Duque en el delito de homicidio cometido en la persona de Giraldo Restrepo, incurrió en manifiesto error, pues tales indicios no acreditan que este procesado, con previo conocimiento del propósito homicida de OSPINA GIRALDO, le hubiera entregado el revólver de que se ha hecho referencia, conocimiento necesario para que se le pueda cargar penalmente ese delito en el grado de complicidad aludido.

En providencia de 10 de agosto de 1.945, (G. J. t. LIX, p. 414), esta Sala dice lo que pasa a transcribirse:

"La responsabilidad proveniente de una coparticipación criminal en la ejecución de un delito, presupone necesariamente unidad de intención, tanto en los actos realizados, como en las personas que ejecutan los hechos tendientes a conseguir el resultado concreto de la actuación criminosa. De manera que faltando la unidad de intención y la voluntariedad respecto de uno o algunos de los copartícipes, no podría sostenerse en el campo de una lógica jurídica que realmente se es responsable.....".

Asimismo, en sentencia de 29 de mayo de 1.953, expresa la Corte que "la figura del concurso o coparticipación criminosa implica o exige conjunto de propósitos y de actividades de los partícipes o concurrentes hacia un fin previamente querido y determinado que -penalmente- es el delito", (G. J. t. LXXV, p. 218).

La complicidad, requiere, pues, concurso de acción y concurso de voluntad, en el alcance de los artículos 19 y 20 del Código Penal Colombiano. Vale decir, que la ayuda prestada para la comisión del delito lo sea con conocimiento del fin ilícito buscado por el autor. A este respecto, tienen plena atinencia las siguientes palabras de CARRARA: "Ante la ley penal no cabe responsabilidad de un hecho en el cual no concurre la responsabilidad moral. Y esta no existe donde no se determina intención encaminada al fin criminal. La complicidad no puede resultar de una convergencia eventual de hechos sin positiva convergencia de voluntades", ("Teoría de la tentativa y de la complicidad", Editorial "Góngora", Madrid, 1.926, p. 199 a 200).

La afirmación del procesado de que le prestó a OSPINA GIRALDO el revólver que aquel mantenía desde ocho días antes "no creyendo ni teniendo malicia de que con el, fuera a ocurrir tal cosa (la muerte de Giraldo Restrepo) o que no fuera a ocurrir tal vaina por ahí con el tal revólver", no resulta desvirtuada con la negación que, en un principio, hizo LOPEZ DUQUE de tal hecho, ni con las contradicciones en que incurre en este particular, pues todo ello se explica, obviamente, con la convicción en que pudo estar este sencillo campesino, sometido a indagatoria por la muerte de Giraldo Restrepo, de que sería responsabilizado penalmente por tal hecho si aceptaba que el arma empleada en el delito había sido entregada por él, así no tuviese conocimiento alguno del propósito homicida de Ospina Giraldo.

¿Cómo aceptar que entre López Duque y Ospina Giraldo existió acuerdo previo para dar muerte a Giraldo Restrepo, cuando precisamente López Duque señala a aquél como posible autor del delito?. En efecto, al preguntarle el funcionaro de instrucción a López Duque "si sabe quién fue la persona que dió muerte a Luis Eduardo Giraldo Restrepo.....", contesta que "hay malicia de que Luis Eduardo Ospina Giraldo fue quien mató al señor Luis Eduardo Giraldo Restrepo, pero yo no lo he visto; y yo lo he maliciado por las enemistades que había entre....." los dos, (fl.122 del Cdno. No. 1).

De otra parte, la enemistad que se dice existía entre López Duque y Giraldo Restrepo no es un hecho que permita concluir en que aquél le prestó a Ospida Giraldo el aludido revólver, con conocimiento de que éste iba a dar muerte a Giraldo Restrepo, pues tal conocimiento de López Duque implicaba que Ospina Giraldo le hubiera confiado su propósito homicida, lo cual resulta bastante extraño, pues quien va a cometer un delito obviamente procura que nadie lo sepa, para así asegurar la impunidad.

Prospera, en consecuencia, la causal segunda de casación, en cuanto al procesado Pablo Emilio López Duque.

En cuanto a los cargos hechos a la sentencia recurrida, con invocación de la causal primera de casación, la Sala considera lo siguiente:

En cuanto a López Duque, es evidente que por prosperar la causal segunda de casación también prospera la señalada en el ordinal 1o. del artículo 567 del C. de P. P., pues esta fue invocada como subsecuente de aquella.

No ocurre lo mismo con respecto al procesado OSPINA GIRALDO, en aquello que fue aducido como consecuencia de la causal segunda de casación. Y en cuanto a los demàs cargos hechos por el señor apoderado de Ospina Giraldo, se tiene lo siguiente:

Ninguna demostración hace el impugnante en relación con la tacha que presenta contra el fallo recurrido, por haberse tomado en él en cuenta, para indicar el grado de responsabilidad de Ospina Giraldo, el precepto contenido en el ordinal 5o. del artículo 363 del Código Penal. En efecto, como observa el señor Agente del Ministerio Público, el demandante "se limita a negar que esté probado plenamente....." este motivo de agravación del delito de homicidio.

Agrega el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal que "ninguna consecuencia jurídico-penal puede aparejar la simple negativa que hace el demandante, pues apenas equivale a una discrepancia con el criterio del fallador, siendo forzoso desecharla por ser lo cierto que la diligencia de inspección ocular a que alude el doctor Camacho, pone muy en claro que la infortunada víctima de autos fue vista por su victimario desde el momento mismo en que salía de su casa de habitación y empezaba a hacer camino para dirigirse a la poblaciòn vecina. Y al ser vista con suficiente anticipación, el asesino estuvo en condiciones de parapetarse adecuadamente para estar listo a disparar el arma de fuego que portaba, como en efecto lo hizo por varias veces tan pronto como el señor Giraldo Restrepo llegó a colocarse desprevenidamente a cercanísima distancia. Todo esto precisamente corresponde a aprovecharse de las condiciones de inferioridad o de indefensión de la víctima que halló existentes el fallador".

Con este respecto, la Sala comparte las consideraciones del señor Agente del Ministerio Público.

En cuanto a la errada aplicación del ordinal 9o. del artículo 37 del Código Penal en la sentencia impugnada, es obvio que este cargo que presenta el demandante resulta probado, si se atiende a que LOPEZ DUQUE, como se indica atrás, no es cómplice del delito de homicidio imputado a OSPINA GIRALDO. Este procesado, por tanto, no ejecutó el "delito con la complicidad de otro, previamente concertada", circunstancia de mayor peligrosidad a que alude el citado artículo 37 del Código Penal, en su ordinal noveno.

CONCLUSIONES.

De conformidad con lo antes examinado, corresponde casar parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, objeto del recurso, a fin de disponer:

a). La absolución del procesado PABLO EMILIO LOPEZ DUQUE, en cuanto al cargo de còmplice necesario en el delito de homicidio agravado cometido en la persona de Luis Eduardo Giraldo Restrepo.

La cancelación de la fianza prestada por el citado LOPEZ DUQUE, por cincuenta pesos ($50-oo), relacionada con la libertad que le fue concedida al ser revocado el auto de detención preventiva proferido en su contra, (fl. 194 v. del Cdno. 1o.).

b). La rebaja de la pena impuesta al procesado LUIS EDUARDO OSPINA GIRALDO, a fin de indicar la mínima señalada en el artículo 363 del Códi-

go Penal, esto es, la de quince (15) años de presidio, en lugar de la de quince (15) años y dos (2) meses de presidio que le había sido fijada en la sentencia recurrida.

En lo demás rige el fallo del Tribunal Superior de Manizales, de que se ha hecho referencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema - SALA PENAL -, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo, en parte, con el concepto del señor Procurador 1º. Delegado en lo Penal, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de 28 de septiembre de 1.961, a fin de resolver, como en efecto resuelve: 1º. ABSUELVESE al procesado PABLO EMILIO LOPEZ DUQUE con respecto al cargo de cómplice necesario en el delito de homicidio agravado cometido en la persona de Luis Eduardo Giraldo Restrepo, y cancèlase la fianza que prestó para disfrutar del beneficio de libertad. 2o. REBAJASE la pena impuesta al procesado LUIS EDUARDO OSPINA GIRALDO en el sentido de fijar en quince (15) años de presidio la sanción principal que le corresponde, como responsable del delito de homicidio agravado cometido en la persona de Luis Eduardo Giraldo Restrepo. 3o. En lo demás, rige la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. Gustavo Rendón Gaviria. - Simón Montero Torres. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

COLISIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA JURISDICCION ORDINARIA Y LA JUSTICIA PENAL CASTRENSE

La Corte reitera la doctrina relativa al fuero penal castrense sentada en providencia de 27 de julio de 1.961 en el sentido de que la Policía Nacional es una institución de carácter civil y de que el juzgamiento de sus miembros por infracciones penales, corresponde a la justicia ordinaria.

El Decreto legislativo No. 1705 de 1.960 (art. 40), señala que la Policía Nacional es "una institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales bajo la inmediata dirección y mando del Ministro de Guerra. ....".

En ese mismo Decreto se desincorpora la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, de las cuales venía haciendo parte como cuarto componente, quedando éstas formadas sólo por el Ejército, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea

En consecuencia, dado que la Constitución Nacional (art. 170) ha previsto el funcionamiento de cortes marciales o de tribunales militares para conocer "de los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio", es obvio que el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional, por infracciones penales cometidas luego de que dejaron de hacer parte de las fuerzas militares, no corresponde a la jurisdicción penal castrense sino a la ordinaria.

En este sentido se pronunció esta Sala en la providencia de 27 de julio de 1.961, doctrina que ha reiterado en numerosos fallos proferidos a partir de entonces.

Es de lógica elemental que si la Policía Nacional estuvo sometida al fuero penal castrense, porque se la incorporó, como cuarto componente, a las fuerzas militares, al dejar de hacer parte de éstas, para volver a su antiguo y natural carácter de institución civil, también dejó de estar sujeta a la justicia penal militar, en cuanto al juzgamiento de sus miembros.

El precepto constitucional citado (art. 170), como se dejó dicho, únicamente ha previsto la competencia de la jurisdicción penal castrense con relación al conocimiento de "los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Bogotá, marzo seis de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver la colisión de competencias planteada entre la jurisdicción penal ordinaria -Juzgado 2o. Superior de Santa Marta- y la Justicia pe-

nal castrense -Juzgado 45 de Instrucción Penal Militar-, para conocer del proceso adelantado contra los agentes de la Policía Nacional, señores SILVIO AUGUSTO CASTAÑO GRAJALES, CESAR SALUSTINO CALDERON PEÑA y JOSE PABLO DIAZ RODRIGUEZ, por los delitos de homicidio y lesiones personales.

Los hechos tuvieron ocurrencia el día 7 de diciembre de 1.961, en el corregimiento de "Dibulla", de la jurisdicción municipal de Riohacha.

Pues bien:

Como lo anota el señor Juez 2o. Superior de Santa Marta, es incuestionable que el conocimiento de este proceso le corresdonde a la jurisdicción penal ordinaria, dado que los miembros de la Policía Nacional no están sometidos, en su juzgamiento, a la justicia penal militar.

En efecto, el Decreto Legislativo No. 1705 de 1.960 (artículo 40), señala que la Policía Nacional es "una institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales bajo la inmediata dirección y mando del Ministro de Guerra.....".

En ese mismo decreto se desincorpora la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, de las cuales venía haciendo parte como cuarto componente, quedando éstas formadas solo por el Ejército, la Armada Nacional y la Fuerza Aèrea.

En consecuencia, dado que la Constitución Nacional (art. 170) ha previsto el funcionamiento de Cortes Marciales o de Tribunales Militares para conocer "de los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio", es obvio que el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional, por infracciones penales cometidas luego de que dejaron de hacer parte de las Fuerzas Militares, no corresponde a la jurisdicción penal castrense, sino a la ordinaria

En este sentido se pronunció esta Sala en la providencia de 27 de julio de 1.961, doctrina que ha reiterado en numerosos fallos proferidos a partir de entonces.

Es de lógica elemental que si la Policía Nacional estuvo sometida el fuero penal castrense, porque se la incorporó, como cuarto componente, a las Fuerzas Militares, al dejar de hacer parte de éstas, para volver a su antiguo y natural carácter de institución civil, también dejó de estar sujeta a la justicia penal militar, en cuanto al juzgamiento de sus miembros.

El precepto constitucional citado (art. 170), como se dejó dicho, únicamente ha previsto la competencia de la jurisdicción penal castrense con relación al conocimiento de "los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio".

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias de que se ha hecho mérito, en el sentido de declarar que el conocimiento del proceso seguido a los agentes de la Policía Nacional, señores SILVIO CASTAÑO GRAJALES, CESAR SALUSTINO CALDERON PEÑA y JOSE PABLO DIAZ RODRIGUEZ, por los delitos de homicidio y lesiones personales, corresponde a la jurisdicción penal ordinaria y no a la castrense.

Envíese información de lo resuelto al señor juez 45 de Instrucción Penal Militar de Santa Marta y devuélvase el proceso al señor Juez 2o. Superior de la misma ciudad.

Cópiese y notifíquese. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria.- Humberto Barrera Domínguez. - Simón Montero Torres. - Primitivo Vergara Crespo. - Pio quinto León L., Srio.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL EN PROCESO POR DELITO DE CONTRABANDO.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Bogotá, once de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

En auto del 26 de noviembre del año pasado se dispuso correr traslado de este negocio al señor Procurador a efecto de que emitiera concepto "sobre la prescripción que plantean los recurrentes, por conducto de sus apoderados, en las respectivas demandas".

El proceso se contrae al delito de contrabando en cuantía de $923.042,95, entrado al país, por el puerto de Buenaventura, el 1o. de noviembre de 1.957, fecha desde la cual han transcurrido más de cinco años, tiempo que, conforme al artículo 7o. del Decreto 1432 de 1.940, es el exigido para que se produzca la prescripción de la acción penal, hecho que procede, por lo tanto, declarar, no sin dejar constancia de que a la Corte le fue absolutamente imposible evitar ese fenómeno, precisamente en razón de que a su conocimiento llegó el proceso cuando ya estaba para cumplirse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal- acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley DECLARA PRESCRITA la acción penal a que se contrae este proceso y, en consecuencia, ORDENA CESAR EL PROCEDIMIENTO respecto de los acusados HUNALDO ROCHA ALARCON y JUAN ANDRES FORTICH HERNANDEZ.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Humberto Barrera Domínguez. - Simón Montero Torres. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

COMPETENCIA DE LA CORTE PARA JUZGAR, EN UNICA INSTANCIA, A MAGISTRADOS DE TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS.

Infundada e injusta imputación de abuso de autoridad y falsedad hecha por Fiscal del Tribunal Superior de Manizales a Magistrado del Tribunal Administrativo de la misma ciudad.

Aunque en un principio, y aún después de la vigencia de la Ley 167 de 1.941, y hasta el auto de 5 de julio de 1.944, la Sala Penal de la Corte sostuvo la tesis de que no le correspondía la facultad de juzgar privativamente y en ùnica instancia a los Magistrados de los Tribunales Administrativos, ya que en ninguna parte del C. de P. P., se le concedìa dicha facultad; posteriormente, y a partir del auto de 14 de octubre, ha venido sosteniendo lo contrario, es decir, que sí le corresponde juzgar a dichos Magistrados, fundándose para ello, en que de acuerdo con el art. 45 de la citada ley, "éstos tienen los mismo derechos y prerrogativas que los de los Tribunales Superiores, entre los cuales figura el de ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia por cargos de responsabilidad".

Estima la Sala que la tesis de la competencia de la Corte para juzgar a los Magistrados de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo es la acertada, por cuanto ella se ajusta al texto y al contenido de los arts. 151 de la Constitución, ordinal 6o. del art. 42 del Código de Procedimiento y del art. 45 de la Ley 167 de 1.941, "sobre organización de la jurisdicción contencioso administrativa", en cuanto esta disposición les otorga a dichos Magistrados los mismos "derechos y prerrogativas" acordadas a los de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, y una de las principales prerrogativas de que éstos disfrutan, de acuerdo con la Constitución y la Ley, es la del fuero especial de ser juzgados en primera y única instancia por la Corte, cuando se trata de delitos de responsabilidad, o sea los cometidos por motivo o con ocasión del ejercicio de funciones propias de su cargo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Bogotá, marzo veinte de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Procede la Sala a decidir lo que sea del caso en relación con la denuncia criminal formulada ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales, por el doctor Gamaliel Valencia Restrepo, en su condición de Fiscal 1o. del Tribunal Superior del Distrito Judicial de dicha ciudad, contra el Dr. SAMUEL BUITRA-

GO HURTADO, Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, a quien acusa de haber cometido los delitos "Del abuso de autoridad" y "Del de falsedad en documentos", en el ejercicio de sus funciones.

El Juez Segundo Penal del Circuito de Manizales, a quien correspondió, por reparto, conocer de la denuncia contra el magistrado Buitrago Hurtado, resolvió, en providencia del 8 de mayo pasado, no admitir dicha denuncia.

Contra lo resuelto por el Juzgado interpuso el denunciante, verbalmente, los recursos de reposición y subsidiariamente el de apelación, recursos de los cuales se abstuvo de conocer el Tribunal Superior de Manizales, en providencias del 5 de julio y 10 de octubre del año pasado, por estimar, en la primera providencia, que el recurso principal no había sido debidamente tramitado y por considerar, en la segunda, que carecía de competencia para resolver acerca de dicha denuncia, ya que la competente para ello es la Sala Penal de la Corte Suprema, según lo dispuesto en el artículo 45 de la ley 167 de 1.941 "sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa", que establece que los Magistrados de los Tribunales Administrativos "gozan de los mismos derechos y prerrogativas acordadas a los miembros de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial".

El Juzgado referido, en obedecimiento a lo resuelto por su superior jerárquico decidió enviar la denuncia, con las pruebas a élla acompañadas, a esta Sala de la Corte.

Antes de decidir acerca de la denuncia presentada contra el Magistrado doctor Samuel Buitrago, y para poder fijar la competencia de la Corte, se solicitaron copias de los documentos con los cuales se establece que cuando el denunciado ejecutó los hechos que el denunciante le atribuye y estima como delictuosos, ejercía el cargo de magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas.

COMPETENCIA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE.

Aunque en un principio, y aún después de la vigencia de la ley 167 de 1.941, y hasta el auto de 5 de julio de 1.944, la Sala Penal de la Corte sostuvo la tesis de que no le correspondía la facultad de juzgar privativamente y en única instancia a los magistrados de los Tribunales Administrativos, ya que en ninguna parte del C. de P. P. se le concedía dicha facultad; posteriormente, y a partir del auto del 14 de octubre, ha venido sosteniendo lo contrario, es decir, que sí le corresponde juzgar a dichos magistrados, fundándose para ello, en que de acuerdo con el artículo 45 de la citada ley, "estos tienen los mismos derechos y prerrogativas que los de los tribunales superiores, entre los cuales figura el de ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia por cargos de responsabilidad".

Estima la Sala que la tesis de la competencia de la Corte para juzgar a los Magistrados de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo es la acertada, por cuanto ella se ajusta al texto y al contenido de los artículos 151 de la Constitución, ordinal 6o. del artículo 42 del código de procedimiento y del artículo 45 de la ley 167 de 1.941, "sobre organización de la jurisdicción contencioso administrativa", en cuanto esta disposición les otorga a dichos Magistrados los mismos "derechos y pregorrativas" acordadas a los de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, y una de las principales prerrogativas de que estos disfrutan, de acuerdo con la Constitución y la ley, es la del fuero

especial de ser juzgados en primera y única instancia por la Corte, cuando se trata de delitos de responsabilidad, o sea los cometidos por motivo o con ocasión del ejercicio de funciones propias de su cargo.

CARGOS FORMULADOS AL MAGISTRADO SAMUEL BUITRAGO H.

El Fiscal denunciante doctor Gamaliel Valencia Restrepo acusa en su denuncia al magistrado Samuel Buitrago de haber cometido en el ejercicio de su cargo, y en un juicio de impuestos nacionales, en el que figura como actor Jaime Jiménez Montoya, los delitos de abuso de autoridad y de falsedad en documentos.

El primer delito lo hace consistir el denunciante, en que el Dr. Buitrago rechazó un memorial suyo "dizque por irrespetuoso" y por medio de un auto con "Cúmplase", omitiendo así "..... lo dispuesto por el artículo 19 del Código Administrativo que ordena notificar toda providencia al Agente del Ministerio Público, desconociéndole el derecho de interponer recursos contra el expresado auto.

A juicio del denunciante el delito de falsedad documentaria por éste atribuído al magistrado Buitrago Hurtado, lo hace consistir en que éste, en el oficio No. 044 del 24 de marzo de 1.962, dirigido al Procurador General de la Nación, faltó a la verdad cuando afirmó que el denunciante doctor Valencia Restrepo, en su condición de Fiscal del Tribunal se había negado a dar concepto de fondo, imputación falsa puesto que, no solamente no se negó a emitir concepto, sino que por el contrario "..... lo emitió en la medida que su deber le imponía y según las circunstancias del proceso".

El Juez Segundo Penal del Circuito de Manizales, al estudiar los cargos formulados en su denuncia por el Fiscal Valencia Restrepo contra el magistrado Buitrago Hurtado, consideró que dichos cargos no eran constitutivos de delito alguno y que, por la tanto, no había motivo para acoger la denuncia, fundándose para ello en las siguientes razones:

"En lo tocante al primer cargo que se le formula al H. Magistrado Dr. SAMUEL BUITRAGO HURTADO, en el sentido de que cometió el delito "Del abuso de autoridad" que define y sanciona el Art. 172 del Código Penal, por cuanto al rechazar un memorial del Sr. Fiscal Dr. VALENCIA RESTREPO, lo hizo por medio de un auto que no notificó a éste, omitiendo lo dispuesto por el Artículo 19 del Código Contencioso Administrativo y desconociéndole, por tanto, el derecho de interponer los recursos que concede la ley, el Despacho estima que el denunciado en tales términos no cometió el citado delito: a) Porque mediante el referido auto, el Dr. BUITRAGO HURTADO no estaba rechazando el memorial calificado de irrespetuoso, pues, apenas si estaba autorizando al señor Secretario del Tribunal para que lo rechazara y ello con fundamento en claras disposiciones del Código de Procedimiento Civil -Art. 121, numeral 17-, que autoriza a los Secretarios para rechazar tales memoriales, consultando previamente al Juez o Magistrado, "..... para evitar abusos y dificultades"; b) Porque el auto dictado por el Dr. BUITRAGO HURTADO no estaba destinado a ser notificado, toda vez que no se relacionaba con la tramitación misma del negocio, sino con un asunto de régimen interno de la oficina, fuera de que, el memorial considerado de irrespetuoso y su nota de rechazo -suscrita por el secretario- debía ser devuelto a su signatario; c) Porque si bien es cierto que, el Artículo 19 del Código

Contencioso Administrativo, dispone que "todas las providencias en los juicios administrativos que se sigan ante estas entidades, deberán ser notificadas al respectivo agente del Ministerio Público", también es verdad que la expresión "todas las providencias", empleada por la citada norma, sólo parece y debe referirse a las sentencias recaídas en aquellos juicios, a los autos interlocutorios y a los autos de sustanciación, o sea, aquellos que impulsan el proceso o que dan "curso progresivo a la actuación", y no a las disposiciones que se dictan en relación con el régimen interno y buena marcha de los despachos, como es el auto en el cual quiere hacer residir el Dr. VALENCIA RESTREPO un supuesto delito "Del abuso de autoridad"; d) Porque la falta de notificación de las providencias que se dicten dentro de los juicios civiles, administrativos y laborales y procesos penales, sólo está sancionada, por regla general, con la nulidad de la actuación, y de manera excepcional, penalmente, pero sólo cuando aparece de manera evidente la intención de causar daño o perjuicio con la no notificación, "pues, como sostiene la H. Corte Suprema de Justicia, si apenas consiste en una simple informalidad que no reporta perjuicio para el objeto que el legislador persigue, sería excesivo deducir de ese incumplimiento una infracción penal", y e) Porque el deber de notificar las providencias corresponde al Secretario del Despacho y no al Juez o Magistrado que conoce del asunto, según se desprende de lo estatuído en el numeral 4o. del artículo 121 del C. de Procedimiento Civil. Ahora bien si la providencia de que se viene hablando no debía ser notificada, tampoco al Secretario del Tribunal le cabría responsabilidad, y

"2a. Por lo que hace a la imputación que sobre "Falsedad en documentos" se hace al Dr. SAMUEL BUITRAGO HURTADO, el Juzgado considera que tampoco cometió el delito de la referencia, al afirmar, en el oficio dirigido al Señor Procurador General de la Nación que el Dr. VALENCIA RESTREPO en su calidad de Agente del Ministerio Público se había negado a emitir concepto de fondo en el Juicio de IMPUESTOS NACIONALES seguido por JAIME JIMENEZ MONTOYA, puesto que tal aseveración es cierta si se tiene en cuenta el texto del escrito por medio del cual el Sr. Fiscal descorrió el traslado, en cuya copia se lee: "Hago referencia -dice el señor Fiscal- al Juicio de Impuestos Nacionales del señor Jaime Jiménez Montoya, en el cual es apoderado el Dr. Tulio Gómez Estrada, para manifestar que, dadas las características especiales del referido negocio, la Fiscalía no considera necesario hacer uso del derecho de alegar" (Subraya el Juzgado).

"Sin que al Despacho corresponda, en manera alguna, emitir juicio acerca de si el señor Fiscal, Dr. GAMALIEL VALENCIA RESTREPO, tenía o no obligación de formular alegato o concepto de fondo, lo evidente es que, el mencionado escrito no lo contiene. Y cuando el Honorable Magistrado Dr. SAMUEL BUITRAGO HURTADO, afirmó que el señor Fiscal se había negado a emitir concepto de fondo, no estaba falseando la verdad. Porque decir que no se considera "necesario hacer uso del derecho de alegar", es tanto como negarse o abstenerse -que es lo mismo- de emitir concepto de fondo".

Son tan claras y valederas las razones transcritas y tan fundadas en las copias que el propio Fiscal Valencia Restrepo acompañó a su denuncia, para convencer de que los ilícitos imputados al Magistrado Buitrago Hurtado no pueden tener, ni remotamente, el carácter de una infracción penal que justifique el que contra éste se abra un proceso penal, que la Sala considera que nada tiene que añadir en el estudio de la denuncia, para concluír que ella debe rechazarse, abste-

niéndose, por lo tanto, de abrir investigación, contra este magistrado con base en esta denuncia.

En efecto, a folio 7 vto. de estas diligencias aparece la copia de la providencia proferida por el Secretario del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, señor Ricardo Arias Trujillo, quien habiendo consultado previamente con su superior el escrito presentado por el Fiscal Gamaliel Valencia, rechazó por irrespetuoso este escrito en dicha providencia y dispuso devolverlo al signatario, en ejercicio de la facultad que le confiere el ordinal 17 del artículo 121 del Código Judicial.

De modo que fue en realidad el Secretario del Tribunal Administrativo de Caldas, y no el Magistrado denunciado, quien con facultad legal para ello, rechazó el escrito irrespetuoso presentado a dicho Tribunal por el Fiscal denunciante.

También a folio 6 vto., aparece copia del concepto emitido por el Fiscal acusador en el juicio de impuestos nacionales del señor Jaime Jiménez Montoya, en el que este funcionario expresa unicamente que, "dadas las características especiales del referido negocio, la Fiscalia no considera necesario hacer uso del derecho de alegar".

Cuando el denunciado doctor Samuel Buitrago Hurtado, en su carácter de Presidente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, envió al Procurador General de la Nación, por vía de información, copia del memorial injurioso presentado por el Fiscal de dicho Tribunal Dr. Gamaliel Valencia, con el oficio Nº. 044 (marzo 24 de 1.962) cuya copia obra al fl. 8 de estas diligencias, oficio en el que se afirmaba que el Fiscal "se habia negado a emitir concepto de fondo", el magistrado denunciado de ninguna manera estaba faltando a la verdad, cuando afirmaba la falta de cumplimiento del denunciante al negarse a emitir concepto de fondo en el aludido juicio de impuestos nacionales. Lo dicho por el propio Fiscal al contestar el traslado que se le dió en este juicio, manifestando "que no consideraba necesario hacer uso del derecho de alegar", está confirmado lo que el Magistrado denunciado le informó al respecto al señor Procurador General de la Nación.

Además este funcionario confirma lo dicho por el Magistrado Buitrago Hurtado respecto al Fiscal denunciante, pues en el oficio del 6 de abril de 1.962, dirigido a este Fiscal por su superior (fl. 9), el señor Procurador expresa lo siguiente:

"Ciertamente la afirmación del Tribunal, en el sentido de que extrañaba la ausencia de concepto de la Fiscalía, que dió origen a su descompuesto mensaje, es a juicio de esta Procuraduría justa, pues es deber de los Fiscales emitir sus conceptos en todos los juicios en que intervienen y no es aceptable la disculpa de que el elevado número de asuntos que llega para su estudio impide el cumplimiento elemental de sus funciones".

"No quiero dejar pasar por alto que a juicio de la Procuraduría los Fiscales, por su elevada investidura, están en la obligación de emplear los términos más serios en sus actuaciones así como la de mantener las mejores relaciones con los funcionarios de la rama jurisdiccional, de la que son estrechos colaboradores en el empeño de impartir pronta y eficaz justicia".

"No sobra advertir que, en opinión del suscrito, era procedente que el Tribunal, como lo hizo, rechazara su insólito memorial".

Como se deduce de lo expuesto, las imputaciones que el Fiscal denunciante le hace al Magistrado Samuel Buitrago Hurtado, de haber cometido en el ejercicio de su cargo los delitos de abuso de autoridad y falsedad, son completamente infundados y aparecen desvirtuados hasta por el propio superior jerárquico de aquel funcionario.

Por el contrario, es el Fiscal denunciante, el que en concepto del mismo señor Procurador General de la Nación, que es su superior, incurrió en el juicio de impuestos a que se refiere en su denuncia, en omisiones y actuaciones reprobables, y no el magistrado denunciado, el que notoriamente aparece exento de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, que le pudieran aparejar sanción alguna.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de abrir causa criminal contra el Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, doctor Samuel Buitrago Hurtado, con fundamento en la denuncia a que se ha hecho mérito, formulada por el Fiscal 1°. del Tribunal Superior de Manizales, doctor Gamaliel Valencia Restrepo.

Cópiese, notifíquese y archívense las correspondientes diligencias. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Humberto Barrera Domínguez. - Simón Montero Torres. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

ESTAFA

Causales 4ª., 2ª. y 1ª. de casación penal. Competencia de los Jueces Superiores para conocer del ilícito por razón de la cuantía. Interpretación del precepto contenido en el art. 1769 del Código Civil. Artificios y maniobras engañosas eficaces para inducir en error a la víctima. Circunstancia de menor peligrosidad. Evento de fraude previsto en el art. 411 del C. P. Indebida aplicación del art. 36 del Código Penal. Pena imponible.

1. En varios fallos ha dicho la Sala que para que prospere la causal segunda de casación "es condición indispensable que el demandante compruebe o demuestre que los hechos fueron, de modo evidente, errónea e indebidamente interpretados por el sentenciador, bien atribuyéndoles un valor probatorio que no tenían, o negándoles el que en sana crítica probatoria debía darles. Un planteamiento de esta naturaleza presupone confrontar los elementos de prueba para señalar el error y surgir éste de modo tan nítido que resulte irrefragable la violación indirecta de la ley".

2. El precepto contenido en el art. 1769 del Código Civil citado por el impugnante a fin de que se le tome en consideración, no permite darle a un delito de estafa el carácter de un hecho jurídico ausente de dolo. Si la víctima precisamente llevada a error por los procesados, manifiesta que les entregó en calidad de "préstamo", en diferentes sumas, la cantidad de cuatro mil setecientos setenta pesos, no porque el denunciante hable de "préstamo" deja de constituir la actividad de los sindicados un delito de estafa, si se atiende a los hechos acreditados en el proceso

3. De conformidad con los arts. 408 del C. P. y 1o. del Decreto extraordinario 2184 de 1.951, la sanción mínima prevista para el delito de estafa es la de dos años de prisión.

Esta represión mínima como las que son señaladas para cualquier delito, sólo puede aplicarse "cuando concurren únicamente circunstancias de menor peligrosidad", (art. 39 del C. P.). Y con respecto al procesado Rojas López es cierto qne no obran en su contra circunstancias de mayor peligrosidad y sí la de menor peligrosidad, por su buena conducta anterior, como se desprende de los testimonios allegados al proceso. La sanción básica, de acuerdo con el art. 410 del Código Penal, debe ser la de dos años de prisión y no la de treinta meses de la misma pena, como lo hace el ad quem.

La gravedad del hecho delictuoso imputado a Rojas López, fundada en la cuantía del ilícito, no puede ser tomada en cuenta, de una parte, para aumentar ese mínimo de dos años de prisión con fundamento en el precepto contenido en el art. 36 del Código Penal y, de otra parte, para señalar

una sanción mayor, con base en lo que dispone el art. 410 de la misma obra, pues se viola el principio *non bis in idem.*

En este particular, el cargo propuesto por el demandante resulta demostrado. No, así, en cuanto a la aplicación que el *ad quem* hizo del citado art. 410 del C. P., puesto que la cuantía de la estafa de que se hizo víctima al denunciante es superior, en mucho, a la suma de diez mil pesos.

4. Pretende el impugnante que se dé aplicación al art. 411 del Código Penal, pues considera que el *ad quem* incurrió en error al tomar en cuenta para reprimir a Rojas López el precepto contenido en el art. 408 de la misma obra.

La tacha que hace aquí el demandante al fallo recurrido no tiene apoyo procesal alguno. La peritación médica no habla de "enfermedad o deficiencia psíquica" del señor Zea Fernández -cuestión esta a la que se refiere el art. 411 del C. P., a más del abuso de las necesidades, de las pasiones o de la inexperiencia de la víctima-, sino de "edad avanzada, de un bajo nivel cultural y mental y extraordinaria sugestionabilidad".

Además, el evento de fraude previsto en el art. 411 del Código Penal no requiere que se induzca en error al sujeto pasivo, mediante artificios o engaños, sino que basta que se abuse de las condiciones antes indicadas de la víctima para inducirla "a realizar un acto capaz de producir efectos jurídicos que la perjudiquen". Y el proceso da cuenta de que los sindicados pusieron en juego medios artificiosos para inducir en error al citado Zea Fernández sobre una fementida negociación, en la que habría de obtener una inesperada utilidad con la venta de su hacienda.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Agotado el trámite correspondiente, procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de 7 de diciembre de 1.961, por la cual les fue impuesta a los procesados PABLO EMILIO MUÑOZ y CARLOS ARTURO ROJAS LOPEZ la pena principal de cuarenta y ocho y de cuarenta y dos meses de prisión, respectivamente, como responsables del delito de estafa cometido en perjuicio del señor Fernando Zea Fernández.

Si bien ambos procesados recurrieron en casación, solo ROJAS LOPEZ presentó, mediante abogado inscrito en la Corte, la correspondiente demanda de casación. El memorial allegado por MUÑOZ CANO no puede ser tomado en cuenta, pues no está firmado por abogado inscrito en la Corporación, siendo del caso declarar desierto el recurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 565 del C. de P. P., en cuanto a este procesado.

HECHOS:

El señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"El señor Fernando Zea Fernández denunció ante la Alcaldía Municipal de Pereira, el 27 de marzo de 1.961, a PABLO EMILIO MUÑOZ CANO y CARLOS ARTURO ROJAS LOPEZ, por el delito de estafa. En su denuncia, Zea manifestó que es propietario de una finca llamada 'La Carmelita'; que a principios del mes de febrero se presentó a su casa un individuo de nombre Carlos Rojas, persona que hasta ese momento le era desconocida, y quien le preguntó si se encontraba dispuesto a vender la finca. Zea le contestó que claro, pero siempre que el valor de la venta se hiciera de contado, a lo cual le manifestó Rojas que él tenía un cliente sumamente rico y al que podía pedirle, como valor de la finca, por lo menos cuatrocientos treinta mil pesos ($430.000-oo). En charlas preliminares a este comentario habían fijado el precio del inmueble en la cantidad de trescientos veinte mil pesos ($320.000-oo), conviniendo que cuanto excediera de esta suma pasaría a poder de Rojas, como valor entendido de su comisión.

"Al día siguiente nuevamente volvió Rojas a la casa de Zea, pero esta vez ya acompañado por el presunto comprador. A éste, de acuerdo con lo convenido, Rojas le pidió la cantidad de cuatrocientos treinta mil pesos, pero luego de los altibajos de la negociación llegaron a convenir el precio por la suma de trescientos setenta mil pesos. Con el objeto de asegurar la venta y previendo las demoras para la expedición de los certificados competentes, previos a la confección de la escritura, decidieron formalizar promesa de venta, haciendo el correspondiente documento e incluyendo en él una cláusula penal que disponía que aquella de las partes que no diera cumplimiento pagaría como multa la suma de cien mil pesos ($100.000-oo). El comprador, de nombre Pablo Emilio Muñoz Cano, aseguró a Zea que poseía la suma de trescientos ochenta mil pesos depositados en el banco, con la cual respondía ampliamente del futuro del negocio. Covinieron, además, como día para hacer la escritura el 28 de febrero, pero, antes de cumplirse este plazo, Rojas y Muñoz se presentaron otra vez a la finca de Zea y le dijeron que no podría llevarse a cabo la firma de la escritura por inconvenientes que se habían presentado en la Oficina de Registro, dificultades que podían salvarse consiguiendo que ésta expidiera el certificado de tradición rapidamente, mediante el pago de una extra por valor de un mil pesos moneda corriente. Zea les entregó esta suma, no sin que antes Rojas le hubiera dicho que estos gastos corrían por cuenta de él y que serían descontados de la comisión que le correspondía, o sea del excedente de trescientos veinte mil pesos.

"Pocos días después Muñoz, el comprador, se presentó a Zea y le contó que se encontraba en el problema de necesitar mil quinientos pesos para gastos urgentes, por razón de que su hermano no le había cumplido en algún negocio. El vendedor, Zea, le dijo que no poseía esa suma, suplicándole Muñoz a la esposa de Zea que intercediera a su favor, y convenciéndola de que así el negocio no correría la contingencia de dañarse. Ante la insistencia de su señora, Zea acudió a Guillermo Mejía Robledo para que le suministrara ese dinero, lo cual así se hizo, entregándoselo a Muñoz.

"Para los efectos de confeccionar el documento sobre promesa de venta, se valieron de los servicios..." de un abogado. "Allí le fue solicitada a Zea la suma de mil novecientos cincuenta pesos, explicándosele que ella correspondía al pago de derechos de certificados y confección de la escritura. Posteriormente a esta entrega, y en un café cercano a la oficina del abogado, Rojas le pidió a Muñoz que le prestara la cantidad de cuatrocientos sesenta pesos, los que debían emplearse en gastos de transporte de la esposa de Muñoz Cano, el comprador,

desde Palmira hasta Pereira, con el objeto de que ella trajera sesenta mil pesos y a fin de acompañarla para que no corriera peligro durante el viaje. Zea también entregó este dinero.

"Como si fuera poco, al día siguiente Rojas visitó nuevamente a Zea explicándole que no había podido viajar a Palmira porque le habían robado, y rogándole que prestara trescientos pesos más. A este requerimiento sí se negó Zea.

"Agrega el denunciante que estando convencido que el comprador Muñoz poseía dinero en el banco para pagarle de contado la finca, les firmó una letra por valor de cuarenta y cinco mil pesos, que correspondía a la comisión, con el descuento de los cinco mil pesos para gasto de escritura. Esta letra fue cedida por igual valor recibido a Luis Carlos García, quien enderezó acción ejecutiva contra Zea ante el juzgado 2o. Civil del Circuito de la ciudad de Pereira.

"Sintetiza el ofendido su denuncia diciendo que con estas maniobras relatadas, Muñoz y Rojas obtuvieron de su peculio la cantidad de cuatro mil setecientos setenta pesos ($4.770-oo) en dinero efectivo, más la letra por cuarenta y cinco mil pesos ($45.000-oo)".

A lo anterior, agrega la Sala que Pablo Emilio Muñoz Cano, mediante apoderado y con fundamento en la cláusula penal prevista en el contrato de promesa de compraventa de que se ha hecho mención, adelantó juicio ejecutivo contra el denunciante, señor Fernando Antonio Zea Fernández, por la suma de cien mil pesos ($100.000-oo), juicio que, como el propuesto por Luis Carlos García, se adelantó ante el citado Juez 2o. Civil del Circuito de Pereira. De los dos se dispuso, por el Juzgado 1o. Superior de la misma ciudad, la suspensión, en la providencia por la cual este Despacho condena a los procesados Muñoz Cano y Rojas López, (v. fls. 162 v y 195).

DEMANDA DE CASACION.

El doctor Carlos E. Camacho, en su condición de apoderado de CARLOS A. ROJAS LOPEZ, propone los siguientes motivos de casación de la sentencia recurrida:

a). Causal cuarta.

Dos cargos formula el demandante, así:

1o. Nulidad por incompetencia de jurisdicción, (ordinal 1o. del artículo 198 del C. de P. P.), pues considera que la cuantía del delito de estafa imputado a su mandante no llega a una cantidad que exceda de cinco mil pesos y por consiguiente el Juzgado 1o. Superior de Pereira, de acuerdo con el artículo 2o. del Decreto Extraordinario No. 3347 de 1.950, no era el competente para conocer del negocio, sino el Juez Penal del Circuito de la misma ciudad.

Anota, con respecto a este cargo, que "dentro de la más ortodoxa legalidad, es necesario excluir de la cuantía la letra de cuarenta y cinco mil pesos ($45.000-oo) que determinó el juicio ejecutivo, por cuanto que de ella no obtuvieron ningún beneficio los procesados. Si a esta consideración se atendiera, también hubiera sido pertinente sumar a la cuantía del ilícito el valor de la cláusula penal estipulada en la referida promesa de compra-venta, que fue de cien mil pesos, moneda legal, ($100.000-oo), según certificado expedido por el señor Juez 2o. Civil del Circuito de

Pereira y que obra al folio 162 del informativo. La letra aludida no tiene la virtualidad suficiente para acumularla al delito de estafa imputado al procesado Carlos A. Rojas López, por cuanto que él no obtuvo ningún provecho de dicha letra. Si el señor Zea Fernández le giró dicho instrumento fue para pagarle la comisión del negocio que este había celebrado con Pablo Emilio Muñoz Cano. Y Carlos A. Rojas López la recibió de buena fe, como pago de unos servicios causados por la gestión que había hecho sobre la venta de la finca 'La Carmelita', resultando que, por este aspecto, su actuación no está viciada de dolo".

Cita, luego, la sentencia de esta Sala (casación de Luis Alfredo Tobón Osorio, de mayo 8 de 1.962), en la cual se dice que "la cosa objeto de los delitos de hurto y robo debe tener, per se, un valor económico", a fin de sostener que esta doctrina es aplicable a la estafa, la que, en concepto del demandante, no puede existir cuando lo que el agente obtiene es solo un documento de obligación o de crédito.

2º. Con argumentos que atañen a la causal segunda de casación, el impugnante afirma que el proceso penal es nulo, por cuanto a Carlos Rojas López se le condenó "por un hecho que no está previsto expresamente como infracción por la ley vigente al tiempo en que se cometió", esto es, que la conducta imputada a su representado no constituye delito alguno.

Anota que el **ad quem** estimó como demostrado el cuerpo del delito de estafa, sin que las pruebas permitan afirmar la existencia de los elementos que tipifican esta infracción penal.

b). **Causal segunda.**

Cuatro cargos presenta el demandante, a saber:

1º. Que "el H. Tribunal Superior de Pereira, en la sentencia recurrida, le atribuyó un valor probatorio que realmente no tiene a la actividad desarrollada por el comisionista CARLOS A. ROJAS LOPEZ, para obtener que culminara exitosamente la venta de la finca denominada 'La Carmelita', de la cual es propietario el denunciante, señor Zea Fernández".

Para demostrar este cargo, el demandante se limita a hacer una crítica al concepto del médico legista, doctor Arturo Castaño, pues no señala éste "sobre cuales bases científicas apoya sus conclusiones". En esta peritación dice el doctor Castaño que el señor Zea Fernández es "un individuo de edad avanzada, de un bajo nivel cultural y mental y extraordinariamente sugestionable", (fl. 32).

Afirma el impugnante que a pesar de las "graves fallas de que adolece el dictamen del médico legista, el Tribunal Superior le atribuyó un valor probatorio que en realidad no tiene, para fundar la condena contra Carlos A. Rojas López".

2º. Que "el testimonio del denunciante, señor Fernando Antonio Zea Fernández no reúne los serios motivos de credibilidad exigidos por la crítica testimonial, para fundar sobre él una sentencia condenatoria. En el presente negocio el H. Tribunal Superior de Pereira le atribuyó un valor probatorio que no tiene al dicho del denunciante y sobre él fundó la sentencia condenatoria contra Carlos A. Rojas López".

Como prueba de este cargo, el señor apoderado dice que el nombrado Zea Fernández es "un hombre de vasta experiencia en los negocios; sabedor de las

obligaciones contraídas en una promesa de compraventa". Por tanto, agrega, no puede creérsêle cuando expresa que atendió "el acuerdo verbal sobre el aplazamiento de la firma de la escritura", tanto más, cuanto que contraría "el espíritu mismo del artículo 91 de la Ley 153 de 1.887, que le niega valor al testimonio humano para modificar el acto o contrato. Y esa modificación tiene incidencia en la situación procesal de Carlos Rojas López, por cuanto que el H. Tribunal la califica como un artificio de su parte para consumar una supuesta estafa en contra de los intereses de Zea Fernández, quien entre otras cosas no es tan ingenuo ni tan candoroso como nos lo pinta el H. Tribunal, porque precisamente en su denuncia se apresuró a dejar establecido que sí había estado presente en la Notaría Segunda de Pereira el día dos de marzo, para firmar la escritura y hace mención al certificado expedido en tal sentido por el Notario".

En fin, que "la sola afirmación del denunciante no basta para invalidar el contrato, ni para comprobar la responsabilidad penal de Carlos A. Rojas López en el caso sub judice".

3o. Que "la prueba testimonial traída a los autos por el denunciante no reúne las exigencias previstas en el art. 224 del C. de P. P., para fundar sobre ella la certeza legal para dictar sentencia condenatoria en contra de Carlos A. Rojas López".

Para fundar este cargo, el impugnante reitera la supuesta ausencia de credibilidad de lo aseverado por el denunciante. Con apoyo en la opinión del tratadista MIRA y LOPEZ ("Manual de Psicología Jurídica"), afirma que "por la edad del....." señor Zea Fernández....., "su versión está tildada de sospecha". Cita luego a MITTERMAIER, de quien transcribe el siguiente párrafo: "El denunciador es un testigo sospechoso. Demasiado sabido es que empleará todos sus esfuerzos en sostener su denuncia y demostrar su sinceridad", ("La Prueba en Materia Criminal", p. 239). Asimismo anota que NICOLAS FRAMARINO DE MALATESTA expresa en su "Lógica de las pruebas en materia criminal", (p. 303), que "son sospechosos los dependientes del acusado y del ofendido, y a veces sus próximos parientes; por la misma razón son sospechosos los testigos que están bajo el influjo de la posible obtención de un bien deseado y bajo el temor de la amenaza de un mal cualquiera". Por tanto, observa el doctor Carlos E. Camacho, "los testimonios de los peones de la finca del denunciante, señores Eustorgio Matías, Alfredo Cataño, Luis Eduardo, José Héctor y Guillermo Matías, Abel Pineda y Tomás Tabares, son de dudosa veracidad..... y no pueden servir de fundamento para adquirir de ellos la certeza legal que la ley exige para la legitimidad de una condena".

Dice el demandante que ha debido tomarse en cuenta el precepto contenido en el artículo 204 del C. de P. P., pues su representado "tiene magníficos antecedentes personales y de familia que constituyen una valla moral y jurídica para que sea considerado como un delincuente vulgar". Anota que "con razón dice FRAMARINO que, 'como es sabido, para legitimar la absolución no se espera la certeza de la inocencia, bastando que esta aparezca como posible y que la criminalidad resulte incierta',".

4o. Que "la sentencia demandada es violatoria de la ley de procedimiento civil, que manda tener como indivisible la confesión que alguien hiciere en juicio".

El mandatario de Rojas López sustenta este cargo, así:

"El artículo 1769 del Código Civil, que prevalece sobre las disposiciones de cualquier otro código, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5o. de la ley 57 de 1.887, dice lo siguiente: '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 fè contra ella, y no se admitirá prueba contra tal confesión sino en el caso de que se justifique debidamente que la parte que la rindió sufrió un error de hecho, o que no estaba en completo uso de sus sentidos al tiempo de rendirla'. Pues bien: En el escrito denuncia presentado por el señor Fernando Antonio Zea Fernández, ante el señor Alcalde Mayor de la ciudad de Pereira, afirma que los dineros que suministró a los señores Pablo Emilio Muñoz Cano y Carlos A. Rojas López, lo hizo en calidad de 'prèstamo'. Y 'como yo hubiera dicho que no tenía plata, entonces Carlos dijo que él los pagaría de su comisión, siempre que se los prestara. Y así se convino....Pero entonces don Carlos no fue a ninguna Parte, pues al otro día volvió y dijo que le habían robado la plata y el revólver, y por ese nuevo motivo me pidió prestados trescientos pesos más, pero yo no quise prestarle más'. Que Zea Fernández suministró dineros en calidad de préstamo a los señores Pablo Emilio Muñoz Cano y Carlos A. Rojas López, es un hecho cierto, como se desprende de las anteriores afirmaciones del denunciante. Tal afirmación tiene el valor que el Código Civil le asigna al dicho del confesante y produce plena fé contra el ya tantas veces citado Fernando Antonio Zea Fernández, conforme a la previsión contenida en el ya citado artículo 1769 del Código citado. Este hecho, debidamente acreditado dentro del expediente, fue desconocido por el H. Tribunal sentenciador en la sentencia recurrida y debe ser valorado por la H. Corte Suprema de Justicia al desatar la impugnación de la sentencia".

c). Causal primera.

Tres cargos aduce el demandante a través de la causal prevista en el ordinal 1o. del artículo 567 del C. de P. P., así:

1o. Que "la sentencia recurrida que condenó a Carlos A. Rojas Lòpez..... es violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma".

Al respecto, señala el doctor Carlos E. Camacho que "erró el sentenciador al dosificar la pena a Carlos Rojas Lòpez, al tomar en cuenta el aumento previsto en el artículo 410 del Código Penal, en razón de que la cuantía del delito que se juzga no es la de cuarenta y nueve mil o más pesos, para que sea procedente dicho aumento, sino la de cuatro mil setecientos setenta pesos, tal como lo dejé convenientemente analizado en la fundamentación de la causal cuarta de casación".

2o. Que "el Tribunal sentenciador incurrió en errónea interpretación de la ley penal sustantiva, en su artículo 36 del C. Penal, tomándolo como base para elevar la pena impuesta a Carlos A. Rojas López.....", cuando dice que "son 'los elementos de peligrosidad determinados en el artículo 36 ibidem' los que se toman en cuenta para señalar la represión, pues esos motivos de mayor peligrosidad están señalados en el artículo 37 y no en el 36 del Còdigo Penal. Por tal motivo, el H. Tribunal no podía partir de la base de 36 meses de prisión, sino de la de 24 meses, que es lo que manda el artículo 408 del citado código, en armonía con lo dispuesto en el Decreto 2184 de 1.951. Por esta razón, incurrió el Tribunal sentenciador en indebida aplicación del artículo 36 del C. P., al tomar como circunstancias de mayor peligrosidad la gravedad y modalidades del delito".

3o. Que "si tomamos en cuenta que Zea Fernández firmó un documento de promesa de venta de su finca 'La Carmelita', inducido por Pablo Emilio Muñoz

Cano y Carlos Rojas López, y aceptando, también, en gracia de discusión, que tales sujetos abusaron de la avanzada edad e inexperiencia del anciano Zea Fernández, tenemos que dicha modalidad delictuosa encaja precisamente dentro de la previsión contenida en el ya citado artículo 411 del C. Penal, que como ya dijimos, es una estafa degradada, con pena mucho menor que la calificación hecha al presente negocio con base en el artículo 408 del mismo código. La deficiencia síquica de que habla el artículo 411 del Código citado tiene su equivalencia a la ancianidad y el bajo nivel cultural de que habla el médico legista que lo examinó y al espíritu demasiado sujestionable del señor Fernando Zea Fernández. Por ser norma más favorable al procesado, por tal motivo considero procedente la invocación a su favor".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

El señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal, luego de un atento examen de los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, objeto del recurso, estima que ninguna de las causales de casación aducidas por el demandante prospera.

La Sala habrá de referirse al concepto del señor Agente del Ministerio Público, al hacer el examen de la demanda presentada por el señor apoderado de Carlos A. Rojaz López.

Pues bien: Corresponde estudiar los reparos señalados por el impugnante en el mismo orden de las causales de casación aducidas, así:

A. CAUSAL CUARTA:

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

El demandante, como se dejó anotado, considera que la cuantía del delito imputado a ROJAS LOPEZ es sólo de cuatro mil setecientos setenta pesos ($ 4.770-oo) m/cte. y, por tanto, el Juzgado 1o. Superior de Pereira no era el llamado a conocer del negocio, habiéndose incurrido en el caso de nulidad previsto en el ordinal 1o. del Art. 198 del C. de P. P., esto es, en el de "incompetencia de jurisdicción".

De otra parte, como segundo cargo, afirma que el proceso es nulo, pues se profirió fallo condenatorio contra su mandante sin que los hechos a él atribuídos configuren infracción penal, resultando, así, violado el precepto contenido en el artículo 1o. del Código Penal.

A las anteriores tachas responde el señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal en la siguiente forma:

"La alegación que produce el demandante para fijar la competencia por razón de la cuantía, aparentemente es acertada; pero en la realidad del expediente no puede aplicarse con la ortodoxia con que se pretende. Veámoslo: ROJAS LOPEZ y MUÑOZ CANO para perpetrar el ilícito de estafa contra los intereses de ZEA, lo hicieron con perfecto inteligenciamiento mutuo y absolutamente acordes para el fin proditorio que se proponían. Tanto es así, que fueron condenados como coautores del delito genérico de estafa. Las pruebas surtidas al expediente dan fé plena y demuestran fehacientemente sobre la intención

compartida y la actividad coordenada de ROJAS y MUÑOZ en la empresa que se propusieron para defraudar los intereses de ZEA, mediante el empleo de maniobras engañosas capaces de inducir en error a este último, y artificios o engaños suficientes para desorientarle racionalmente y obligarle a vender su finca rural.

"Como consecuencia de estos manejos habilidosos, ZEA entregó a Rojas y a Muñoz la suma en efectivo de cuatro mil setecientos setenta pesos, y a Rojas, especialmente, por concepto de comisión por la venta de la finca, una letra por cuarenta y cinco mil pesos. No puede argüirse que no existiera ánimo doloso en Rojas al hacerse a esta letra, o al aceptarla, pues bien demostrado está que obraba en connivencia con MUÑOZ, y, por ende, sabía que no podía recibir de buena fé el instrumento como pago de unos servicios causados por una gestión. Admitirlo, sería tanto como aceptar, contraviniendo todas las demostraciones procesales, que ROJAS en la misión de acercamiento de MUÑOZ y ZEA, en el ofrecimiento al dueño, de la compra, y al otro, de su venta, en el precisamiento de valores, y en general, en la gestión como agente comisionista, obró con absoluta honestidad. Sobre el particular, recuérdese que fue Rojas quien ofreció sus servicios a ZEA para la venta del predio; quien le dijo que le pusiera a éste un valor de cien mil pesos más de lo real; quien desde un principio le alucinó (a ZEA) diciéndole que tenía el cliente 'pisado de plata, para la compra, y, finalmente, quien acompañado siempre de MUÑOZ solicitó dineros a ZEA en calidad de anticipos de préstamos sobre su comisión o de gastos de viajes, de transporte de la señora de Muñoz, y, a la postre, no debe dejarse de lado el muy interesante aspecto anotado por el abogado que les hizo el documento de promesa de venta, de que tanto Rojas como Muñoz concurrieron a su oficina mostrándole una promesa en la que se fijaba como fecha para la firma de la escritura el día 31 de febrero, fecha de imposible cumplimiento.

"¿Puede creerse que esta conducta sinuosa y artera de Rojas, compartida por Muñoz, sea calificada como leal y de buena fé?. Esto no deja de ser, simplemente, sino una impresión discutible emitida por el opositor.

"No es posible excluir la letra de cambio por valor de $ 45.000-oo del monto general o cuantía de la defraudación sufrida por Zea, porque si bien éste, ante la justicia civil podía oponerse a su pago mediante las acciones legales del caso, no es menos cierto que se le había causado un perjuicio en sus intereses y en beneficio de un tercero cuando con base en dicha letra se procedió a ejecutarlo y a embargarle sus bienes.

"Es artificioso el argumento del demandante cuando afirma que Rojas no obtuvo ningún provecho de esta letra; este sujeto la vendió a menos precio a un tercero, quien fue el que instaurò la acción civil ejecutiva contra Zea, obteniendo por la letra la suma de treinta mil pesos, por cesión que hiciera a Luis Carlos García. Tan sospechosa es la conducta de este último sujeto que se ordenó sacar copias de lo conducente para averiguarla penalmente.

"El fallo que aduce como favorable a su tesis no es operante para el caso de autos", (se refiere el señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal a la sentencia de casación citada por el doctor Carlos E. Camacho). "Basta leerlo concienzudamente para darse cuenta que contempla situaciones diferentes en derecho y distintas en el hecho. Prosperaría la tesis del opositor si se permitiera desvincular la partida de cuatro mil y más pesos de la de cuarenta y cinco mil, correspondientes a la letra,

pero para el caso sub-judice se cumplieron maniobras o artificios posteriores que permitieron suplantar al beneficiario nominativo de tales documentos..... Los cargos, con base en la causal cuarta están huérfanos de toda seriedad, no logrando comprobarse la nulidad prevista en el art. 198 del C. de P. P., en su numeral 1o.".

Y en cuanto al segundo cargo propuesto por el impugnante, el señor Agente del Ministerio Público expresa que es una tacha temeraria, pues cuál "interés podían tener distinto al de decir la realidad que les constó, los trabajadores de ZEA que depusieron ante la autoridad?. Por qué motivo se debe desatender sus testimonios, juzgándoseles atados a los intereses del denunciante, si los mismos procesados Rojas y Muñoz aceptan haber recibido los dineros de manos de ZEA, la letra de manos del mismo, firmado la promesa de venta de la finca 'La Carmelita'?. El cargo es inocuo e intonso. En lo que compete a la actividad 'honorable' de Rojas el proceso demuestra el elemento doloso que la inspiró en todo momento y mal hace el impugnador en proponerla como intachable y ofrecerlo como hombre 'útil a la sociedad'. El Ministerio Público se exonera de comentar la irresponsabilidad de estos asertos".

Pues bien:

El segundo de los cargos propuestos a través de la causal cuarta de casación resulta improcedente, pues atañe a un supuesto error en la apreciación de las pruebas, tacha que, como se dejó dicho, corresponde ser presentada dentro de la causal segunda de casación, también aducida por el señor apoderado de Carlos A. Rojas López.

Y en cuanto al primero, la Sala no lo encuentra probado, por las siguientes razones:

1a. De la declaración rendida por Luis Carlos García González y de la misma del procesado Carlos Arturo Rojas López (fls. 45 v. y 49 v., respectivamente), se desprende que éste obtuvo un provecho económico al endosar, por valor recibido, a favor de aquél la letra de cambio girada por el señor ZEA FERNANDEZ, como pago de la gestión adelantada por Rojas López en el negocio de la hacienda 'La Carmelita', del cual se ha hecho referencia.

En efecto, Luis Carlos García expresa que compró ese instrumento negociable a Rojas López por la suma de treinta mil pesos, y éste declara que "la empeñé en tres mil quinientos pesos al señor Carlos Garcia...". De consiguiente, la cuantía del delito de estafa excede en mucho la cantidad de cinco mil pesos, que es lo que señala el artículo 2o. del Decreto 3347 de 1.950 para fijar la competencia de los jueces superiores respecto de los delitos contra la propiedad, si se tiene en cuenta que en dinero efectivo el señor Zea Fernández también entregó al procesado Rojas López la cantidad de cuatro mil setecientos setenta pesos.

2ª. En los delitos de hurto y robo, por cuanto el interés tutelado es el de la posesión de las cosas muebles, es obvio que si éstas, per se, no representan un valor económico, no se puede calificar la sustracción o apoderamiento de ellas como alguna de tales infracciones penales. Así ocurre, por caso, cuando lo sustraído es un título nominativo, pues la desposesión del valor que representa exige una actividad posterior del agente (endoso falso, por ejemplo), constitutiva de un delito distinto.

En el fallo mencionado por el demandante (Casación de Luis Alfredo Tobón Osorio y otros, por el delito de robo, mayo 8 de 1.962) se indica que "los títulos al portador y demás documentos que en sí representan un valor utilizable por quien los detente, pueden ser materia de tales infracciones penales..." (hurto y robo)..... "Pero cuando el título es nominativo, vale decir, cuando es conferido a determinada persona, la realización del aprovechamiento económico ilícito por parte de quien lo sustraiga o de él se apodere implica inducir a alguien en error mediante el empleo de artificios o engaños (endoso falso, por ejemplo), lo cual lleva a que el delito o delitos sean otros, si esto último es realizado".

Pero esta doctrina no puede dar respaldo al cargo que hace el demandante a la sentencia recurrida, puesto que la imputación hecha a Rojas López no es la de hurto o robo, sino la de estafa. El giro de la letra de cambio a su favor tuvo como causa el error a que fue llevado el señor Zea Fernández mediante el fementido negocio de su hacienda 'La Carmelita'. No se trata de que Rojas López se hubiera apoderado o hubiera sustraído dicho instrumento negociable.

Si Rojas López, como expresa Luis Carlos García, negoció con éste dicha letra de cambio por la suma de treinta mil pesos, habiéndosela endosado aquél por valor recibido, es evidente que el procesado obtuvo un beneficio ilícito, en dicha cuantía. Mas si los antes nombrados Rojas López y García, de común acuerdo y con conocimiento de la procedencia ilícita de ese instrumento negociable, buscaron su cobro mediante el juicio ejecutivo que el último adelantó contra Zea Fernández, es obvio que se propuso, por ambos, cometer el delito de estafa en lo concerniente a la cantidad señalada en la varias veces aludida letra de cambio.

En cualquiera de las dos hipótesis, es incuestionable que la cuantía del delito es, por lo menos, la que representa el guarismo por el cual fue girada dicha letra de cambio, esto es, la suma de cuarenta y cinco mil pesos. Ella es suficiente para afirmar que la competencia para conocer de este proceso corresponde a los jueces superiores. Y con tanto mayor razón, si se tiene en cuenta que el señor Zea Fernández también entregó, en efectivo, la suma de cuatro mil setecientos setenta pesos a Rojas López.

Este cargo, por tanto, no está demostrado.

B. CAUSAL SEGUNDA.

"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuido un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre 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".

En varios fallos ha dicho la Sala que para que prospere la causal segunda de casación "es condición indispensable que el demandante comprueba o demuestre que los hechos fueron, de modo evidente, errónea e indebidamente interpretados por el sentenciador, bien atribuyéndoles un valor probatorio que no tenían, o negándoles el que en sana crítica probatoria debía darles. Un planteamiento de esta naturaleza presupone confrontar los elementos de prueba para señalar el error y surgir éste de modo tan nítido que resulte irrefragable la violación indirecta de la ley".

En el fallo impugnado, el Tribunal Superior de Pereira no incurre en error manifiesto en la apreciación de las pruebas. Antes bien, el examen que de los elementos de juicio allegados al proceso lleva a cabo el ad quem conducen a responsabilizar al procesado Carlos Arturo Rojas López del delito de estafa cometido contra los intereses del señor Fernando Zea Fernández.

Se tiene, en efecto:

1. Que la denuncia del señor Zea Fernández resulta respaldada con numerosos testimonios, cuya credibilidad no ofrece tacha alguna.

2. Que resulta acreditado que Pablo Emilio Muñoz Cano y Carlos Arturo Rojas López eran antiguos conocidos.

3. Que el presunto comprador de la hacienda 'La Carmelita' no contaba con dinero alguno en la institución bancaria donde expresò tener consignada una suma superior a trescientos mil pesos. Ni tampoco en su casa de habitación, como quiso hacerlo creer, pues, como observa el ad quem, "la coartada que estableció en su injurada (sic), falló en todas sus líneas, al tratar de demostrarla la defensa, porque las personas que fueron citadas como testigos de que parte de la suma de trescientos setenta mil pesos la había ganado al dado corrido en una Feria de Manizales, dijeron no haber presenciado tal cosa, y en cuanto a que José Tamel Gómez le ayudó a contar tan bonita suma de dinero, también fracasò el intento, pues mientras el sindicado Muñoz Cano expresa que esto ocurrió el 28 de febrero, fecha señalada para celebrar la escritura, el famoso contador Gómez dice que fue a fines de diciembre, y en tanto que Muñoz afirma que todo estaba en billetes de cincuenta y cien pesos, Tamel Gómez manifiesta que había desde billetes de diez pesos, hasta de cien". Agrega el juzgador de segunda instancia, con este particular, que el testigo Fidel Gil Londoño, vecino de Muñoz y traído por la defensa para demostrar las grandes cantidades de dinero que su defendido manejaba, dice que cuando màs dinero le vió a Muñoz, fueron cien o doscientos pesos".

4. Que resulta evidenciado que Muñoz Cano y Rojas López obraron de común acuerdo para inducir en error a Zea Fernández respecto del negocio de su hacienda 'La Carmelita', ilusionándolo el primero con un precio muy superior al que realmente tiene la finca y haciéndole creer que el presunto comprador era persona muy rica, capaz de cubrir de contado hasta una suma cercana a los cuatrocientos mil pesos, cuando en realidad era insolvente.

5. Que Rojas López procuró asegurar cuanto antes el beneficio económico ilícitamente buscado, pues mediante distintos engaños consiguió que Zea Fernández entregara, ya para gastos de escrituras, ora para viajes que no se hicieron, la suma de cuatro mil setecientos pesos, y, asimismo, obtuvo que la víctima le girara una letra de cambio, por el valor de su comisión como intermediario en el negocio de la hacienda 'La Carmelita', por la cantidad de cuarenta y cinco mil pesos, antes de que tal operación fuera realizada, letra de cambio que endosó, por valor recibido, a Luis Carlos García, quien de inmediato adelantó su cobro por la vía ejecutiva, bien porque la hubiera negociado de buena fé con Rojas López, ya porque, obrando dolosamente y de acuerdo con aquel, procuraron hacerla efectiva, con beneficio ilegítimo para ambos.

6. Que mediante tales artificios procuraron que el citado Zea Fernández aceptara, en el contrato de promesa de compra venta de la hacienda 'La Carmelita',

una cláusula penal de cien mil pesos, para el caso de incumplimiento, cuyo cobro también se apresuró a realizar el procesado Muñoz Cano, mediante acción por la vía ejecutiva.

7. En fin, que los citados Rojas López y Muñoz Cano, mediante los engaños de que hicieron víctima a Zea Fernández, consiguieron que éste entregara una cantidad de dinero y suscribiera documentos de obligación (la promesa de compra venta y la letra de cambio) que fueron aprovechados por aquèllos para buscar el pago de la suma de ciento cuarenta y cinco mil pesos, mediante los dos juicios ejecutivos de que se ha hecho mención, en los cuales se hizo el embargo de la citada hacienda 'La Carmelita'.

Ahora bien:

Ni los reparos hechos a la pericia mèdica a que alude el demandante; ni la tacha propuesta contra la credibilidad de la denuncia del señor Zea Fernández; ni el cargo que presenta contra la sinceridad de los testigos, fundada en que son trabajadores de la hacienda de la víctima; ni la pretensión de que, con fundamento en el precepto contenido en el artículo 1769 del Código Civil, la "confesión" de Zea Fernández de que las distintas sumas de dinero que entregó a los procesados correspondieron a "préstamo" que les hizo, es decir, a un hecho lícito entre aquél y éstos, sirven para comprobar que el *ad quem* incurrió en error manifiesto en la estimación de los elementos de juicio tomados en cuenta en la sentencia recurrida para condenar a Rojas López.

Las conclusiones de la pericia médica sobre la edad avanzada del señor Zea Fernández, su bajo nivel cultural y mental y su extraordinaria sugestionabilidad, no son indispensables para que, dadas las maniobras engañosas de los procesados, se tenga como cometido el delito de estafa de que fue víctima el denunciante, pues los artificios puestos en fuego por Muñoz Cano y Rojas López tienen idoneidad suficiente aún para llevar a error a una persona de mayor nivel cultural y mental de la que fue examinada por el señor médico legista. Basta con señalar que el halago de una fácil y crecida ganancia ofusca al màs experimentado hombre de negocios. Por ello se explica que individuos de poca cultura y de mediana inteligencia puedan hacer víctima de sus engaños a personas mentalmente superiores y poco sugestionables.

La tacha propuesta con respecto a la credibilidad que el Tribunal Superior de Pereira le dá al denunciante y a los trabajadores de su hacienda, que también declararon en este proceso, no ofrece consistencia alguna. Son numerosos los hechos que aquél y éstos refieren que son admitidos por los procesados.

Por último, el precepto contenido en el artículo 1769 del Código Civil, citado por el impugnante a fin de que se le tome en consideración, no permite darle a un delito de estafa el carácter de un hecho jurídico ausente de dolo. Si el señor Zea Fernández, precisamente llevado a error por los engaños de que lo hicieron objeto Rojas López y Muñoz Cano, manifiesta que entregó en calidad de "prèstamo", en diferentes sumas, la cantidad de cuatro mil setecientos setenta pesos a los antes citados, no porque el denunciante hable de "préstamo" deja de constituír la actividad de los sindicados un delito de estafa, si se atiende a los hechos acreditados en el proceso.

Con toda razón afirma el señor Agente del Ministerio Público que los cargos formulados por el demandante, con invocación de la causal segunda de casación, no tienen comprobación alguna. Así, también, lo expresa la Sala.

C. CAUSAL PRIMERA.

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errònea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

En cuanto a los tres cargos señalados por el señor apoderado de Rojas Lòpez, la Sala considera lo siguiente:

1o. El demandante estima que el ad quem aplicó indebidamente los artículos 36 y 410 del Código Penal. El primero, porque lo cita en la sentencia recurrida para indicar "elementos de peligrosidad determinados..." en ese precepto. Y el segundo, por cuanto la cuantía del delito de estafa solo llega a la suma de cuatro mil setecientos setenta pesos, como lo afirma al referirse a la supuesta incompetencia de jurisdicción.

Pues bien:

Para señalar la sanciòn al procesado Rojas López, el Juzgado 1o. Superior de Pereira considera lo siguiente, criterio que fue acogido por el ad quem en la sentencia impugnada:

"En cambio, contra el procesado Carlos Rojas López no aparecen constancias para deducirle circunstancias de mayor peligrosidad, pero sí lo comprenden los elementos de peligrosidad determinados en el artículo 36 del C. P. De ahí que ha de partirse de una pena mínima de 36 meses de prisión para el acusado Pablo Emilio Muñoz y de treinta meses, de la misma pena, para Carlos Rojas López. Ahora, como quiera que la cuantía en mucho (sic) de diez mil pesos, ha de hacerse un aumento, no del doble, como lo dispone el artículo 410 del C. P., que al suscrito juez le parece excesivo, sino de un año más, Quedando, así, en definitiva, la pena que deben purgar estos reos en cuarenta y ocho meses de prisión para Muñoz Cano, y cuarenta y dos meses de la misma pena para Rojas Lòpez.....", (fl. 192 del informativo).

De conformidad con los artículos 408 del C. P. y 1o. del Decreto Extraordinario No. 2184 de 1.951, la sanción mínima prevista para el delito de estafa es la de dos años de prisión.

Esta represión mínima, como las que son señaladas para cualquier delito, solo puede aplicarse "cuando concurran unicamente circunstancias de menor peligrosidad", (Art. 39 del C. P.) Y con respecto al procesado Rojas Lòpez es cierto que no obran en su contra circunstancias de mayor peligrosidad y sí la de menor peligrosidad, por su buena conducta anterior, como se desprende de los testimonios de Alfonso Angel Abadía (fl.114), Alejandro Romero (fls. 119 y 119 v) y José Román Echeverri Arèvalo, (fls. 119 v a 120). La sanción básica, para graduarla de acuerdo con el artículo 410 del Código Penal, debe ser la de dos años de prisión y no la de 30 meses de la misma pena, como lo hace el ad quem.

La gravedad del hecho delictuoso imputado a Rojas López, esto es, la cuantia del ilícito en este caso, no puede ser tomada en cuenta para aumentar ese mínimo de dos años de prisión con fundamento en el precepto contenido en el artículo 36 del Código Penal y, asimismo, para señalar una sanción mayor, con base en lo que dispone el artículo 410 de la misma obra, esto es, por tratarse de que la cuantía de lo estafado es superior a diez mil pesos.

En este particular, el cargo propuesto por el demandante resulta demostrado. No, así, en cuanto a la aplicación que el **ad quem** hizo del citado artículo 410 del C. P., puesto que la cuantía de la estafa de que se hizo víctima al señor Zea Fernández es superior, en mucho, a la suma de diez mil pesos, como se dejó establecido antes.

2o. Repite el doctor Carlos E. Camacho el cargo que hace al fallo recurrido, por indebida aplicación del artículo 36 del Código Penal, al señalar como pena básica para su mandante la de "36 (sic) meses de prisión".

La Sala, como se dijo al estudiar el primer cargo, encuentra demostrada esta tacha, pues ciertamente el Tribunal Superior de Pereira, al indicar como sanción básica para fijar la represión penal del recurrente la de treinta (30) meses de prisión, hizo una indebida aplicación del artículo 36 del Código Penal.

3o. Pretende el impugnante que se dé aplicación al artículo 411 del Código Penal, pues considera que el **ad quem** incurrió en error al tomar en cuenta, para reprimir a Rojas López, el precepto contenido en el artículo 408 de la misma obra.

La tacha que hace aquí el demandante al fallo recurrido no tiene apoyo procesal alguno. La peritación médica no habla de "enfermedad o deficiencia psíquica" del señor Zea Fernández -cuestión ésta a la que se refiere el artículo 411 del C. P., a más del abuso de las necesidades, de las pasiones o de la inexperiencia de la víctima-, sino de "edad avanzada, de un bajo nivel cultural y mental y extrordinaria sugestionabilidad".

Además, el evento de fraude previsto en el artículo 411 del Código Penal no requiere que se induzca en error al sujeto pasivo, mediante artificios o engaños, sino que basta que se abuse de las condiciones antes indicadas de la víctima para inducirla "a realizar un acto capaz de producir efectos jurídicos que la perjudiquen". Y el proceso da cuenta de que los sindicados pusieron en juego medios artificiosos para inducir en error el citado Zea Fernández sobre una fementida negociación, en la que habría de obtener una inesperada utilidad con la venta de su hacienda 'La Carmelita'.

Por último, el demandante entra en contradicción, pues al ocuparse del primer cargo que hace a la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, con apoyo en la causal segunda de casación, tacha de ineficaz el peritaje del médico legista, doctor Arturo Castaño, pues éste "no dice sobre cuáles bases científicas apoya sus conclusiones".

Se repite que este cargo no aparece probado.

Atendida la conclusión de la Sala sobre la demostración del cargo hecho por el demandante a la sentencia, por indebida aplicación del precepto contenido en el artículo 36 del Código Penal, corresponde invalidar parcialmente el fallo recurrido, a fin de imponer la sanción que legalmente le corresponde al procesado Rojas López, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos 408, 410 y 39 del Código Penal y 1o. del Decreto 2184 de 1.951.

La sanción básica es la mínima prevista para el delito de estafa, es decir, la de dos años de prisión y no la de treinta meses señalada por el **ad quem**. A esos dos años de prisión cabe agregar doce meses de la misma pena, como lo hace el Tribunal Superior de Pereira al dar aplicación al precepto contenido en

el artículo 410 del Código Penal. La represión imponible a Rojas López es, por tanto, la de tres años de prisión y no la de "cuarenta y dos meses...", indicada en la sentencia recurrida.

Ahora bien:

Atendido que el recurrente Pablo Emilio Muñoz Cano no presentó, mediante abogado inscrito en la Corte, la correspondiente demanda de casación, corresponde declarar desierto el recurso y condenarlo en costas, de acuerdo con lo señalado en el artículo 565 del C. de P. P.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo, en parte, con el concepto del señor Procurador 2º. Delegado en lo Penal, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de que se ha hecho mérito, en el sentido de IMPONER al procesado CARLOS ARTURO ROJAS LOPEZ la pena principal de tres (3) años de prisión y no la de cuarenta y dos meses de la misma pena, a la que había sido condenado.

Igualmente, declara desierto el recurso de casación interpuesto contra el mismo fallo por el procesado PABLO EMILIO MUÑOZ CANO y lo condena en costas.

En lo demás, rige la sentencia recurrida.

Cópiese, Notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. Simón Montero Torres. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

HOMICIDIO. CAUSAL SEGUNDA.

Análisis exhaustivo de la prueba testimonial. Apreciación de la prueba pericial. Elementos constitutivos de la defensa legal o legítima.

1. El dictamen del perito no es plena prueba. El Juez debe apreciarlo, para "acogerlo o desecharlo, ya en todo, ya en parte.....".

"La prueba pericial no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la valuación jurídica del juez, que es al que en definitiva corresponde determinar el valor probatorio del peritazgo, pues no es éste un elemento de convicción judicial que obra automáticamente, sino un factor de orden legal que sirve al fallador para fundar sus conclusiones". (Cas. LXXXII, 692).

No siendo el Juez experto en todas las materias, necesita en ocasiones del auxilio de quien conoce de determinadas ciencias o artes. Pero el concepto del científico no obliga al fallador, sino que sirve de ayuda para explicar suficientemente las conclusiones que se den en un caso determinado y también el "sistema de apreciación de la prueba pericial, es -según el art. 268 del C. de P. P.- el de la libre convicción; y el dictamen, emítanlo uno o más peritos conjuntamente, no es por sí, plena prueba; el Juez o Tribunal -conforme a la prescripción citada- puede acogerlo o desecharlo, parcial o totalmente, con la obligación de fundar con claridad y precisión las razones de su decisión".

2. Los elementos constitutivos de la defensa legal o legítima han sido presentados por los expositores, así:

a) La necesidad de la defensa. Es preciso que, dentro de una libertad opinativa, el procesado se sienta ante la necesidad de defender su derecho. "Para que la necesidad subjetiva se admita -dice Ferri- es necesario que se presente un estado tal de cosas que constituya al menos el comienzo de una agresión, una creencia razonable y sincera según la experiencia ordinaria, a no ser que resulte probado un exceso de loco terror en el que se defiende".

b) La existencia de una violencia actual, esto es, que no dé tiempo para esperar la protección social.

c) Que esa violencia sea injusta, o sea, que vaya contra derecho, que no se haya dado campo a ella por parte de quien dice defenderse.

d) Que tal violencia actual e injusta ponga en peligro el derecho. Si, por tanto, el bien jurídico protegido no se encuentra amenazado realmente, no hay lugar a la defensa legal.

e) Que sea proporcionado el acto de defensa al acto de agresión.

Tales elementos estructurales deben estar demostrados plenamente en el proceso, o mejor, deben aparecer de bulto en el mismo, para que, no se coloque al agredido en el campo del agresor, para que situaciones aparentemente confusas no den lugar a la impunidad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

El 27 de septiembre de 1.960, el Tribunal Superior de Pereira confirmó la sentencia proferida por el señor Juez Superior de Armenia, el 22 de febrero del mismo año, y en la cual impuso a Francisco Urbano Ortiz la pena de ocho (8) años de presidio y sanciones accesorias correspondientes, por el delito de homicidio en la persona de Marco Tulio Alvarez.

Tanto el procesado como su defensor interpusieron recurso de casación contra el fallo de segunda instancia.

Es el momento de decidir, pues se ha obtenido la demanda del caso, así como el concepto del señor Agente del Ministerio Público.

HECHOS:

Son así:

"El señor Márco Tulio Alvarez se hallaba departiendo con varios amigos en el café 'Globo' de Calarcá, situado en la carrera 27 entre calles 38 y 39, frente a la plaza de mercado, en la noche del 27 de diciembre de 1.959, cuando se le ocurrió gritar un viva a su partido político, lo que dió lugar a que el señor Francisco Urbano Ortiz que se hallaba allí presente y en avanzado estado de embriaguez, pagara la cuenta y saliera del establecimiento en forma inmediata. Alvarez hizo lo mismo en esos momentos o un poco después, con tan mala suerte que al salir al andén del café, se encontró con el citado Ortiz, quien le hizo un disparo de revólver que le produjo la muerte en corto lapso".

El hecho anterior fue investigado oportunamente. Se demostró la materialidad u objetividad del delito de homicidio, con el acta del levantamiento del cadáver (fl. 1), con la diligencia de necropsia, en donde se habló de una "herida necesariamente mortal en la arteria pulmonar" y se indicó que "la muerte se debió a anemia aguda" (fl. 15) y con la partida de defunción de Alvarez (fl. 31 vto.), identificada a fl. 34.

De la misma suerte, con la indagatoria del procesado y las múltiples declaraciones recibidas en este expediente, se comprobó que el autor responsable de la lesión, que causó la muerte de Alvarez, fue el señor Francisco Urbano Ortiz, como se verá posteriormente.

Con estas bases, tanto el señor Juez Superior de Armenia, como el Tribunal Superior de Pereira dictaron las sentencias de que se habló anteriormente

El proceso fue adelantado en los términos del Decreto 0012 de 1.959.

LA DEMANDA:

Fue apoderado de Francisco Urbano Ortiz, y como tal presentó demanda de casación, el doctor Pablo Alzate Fernández.

Dicha demanda comprende una parte general, en donde se señalan los "Antecedentes" de este proceso y se hace alguna crítica a varias de las pruebas a él aportadas; una parte especial, que es propiamente la "DEMANDA DE CASACION"; y finalmente, una "SINTESIS Y CONCLUSIONES" del alegato presentado.

En la "DEMANDA DE CASACION" se hecen dos cargos contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, con base en la causal segunda del art. 567 del C. de P. P.

"CARGO PRIMERO. Errada interpretación de los hechos que, en sentir del Tribunal, acreditan la responsabilidad del procesado y determinan las sanciones que fueron impuestas en la sentencia que acuso".

"CARGO SEGUNDO. Errada interpretación de los hechos, o no haber tenido en cuenta los hechos que demuestran que no está probada la responsabilidad del sindicado".

Al estudiar el "Cargo Primero", el demandante copia la argumentación del Tribunal, y luego, examina una a una las pruebas en que se basó aquella Corporación para confirmar la sentencia del señor Juez Superior de Armenia, en la que se impuso a Francisco Ortiz ocho (8) años de presidio y sanciones accesorias.

Al concluír su examen, el demandante dice:

"El Tribunal debió rechazar todo ese conjunto de declaraciones contradictorias y hacer caso omiso de quienes comparecieron para decir que nada sabían, como Roberto Rodríguez y Fabio Enrique Barbosa, que fueron declarantes pero no testigos.

"Dejo así satisfactoriamente demostrado que hubo errada interpretación de los hechos que en sentir del Tribunal acreditan la responsabilidad del procesado y determinan las sanciones impuestas en la sentencia. Con esta exposición del primer cargo contra el fallo, demostrada la acusación, habría ya suficiente motivo para invalidar la sentencia y absolver al acusado, como lo demando con todo respeto".

Al sustentar el "cargo segundo", el demandante estudia la indagatoria del procesado frente a la doctrina; rechaza la apreciación que el Tribunal hizo de la diligencia de necropsia; y dedica una última parte a consideraciones sobre el hallazgo de una navaja en el sitio en donde se cometió el delito, navaja que, se ha dicho, estuvo posiblemente en manos del occiso, al recibir éste el disparo que le causó la muerte.

La "SINTESIS Y CONCLUSIONES" es de esta suerte:

"Del primer cargo:

"a). No está demostrado que Francisco Urbano se hubiera paseado por los andenes inmediatos al Café Globo llevando en sus manos un revólver, y muchí-

simo menos que lo hubiera llevado 'en alto', como singularmente y solidariamente lo afirma el señor Juez Superior de Armenia, porque era imposible que se paseara y al mismo tiempo estuviera por cuatro o por cinco minutos, como dijeron otros declarantes, paseándose por la Farmacia Blanca. El dón de la omnipresencia no es para el procesado.

"b). Francisco Urbano no disparó por motivos fútiles o egoistas sino por la necesidad de conjurar un peligro para él fundadamente presentido. El hubo de confesarlo sin interès de mentir o de engañar y todos los hechos por él relacionados fueron positivamente verificados. Que lo ratifiquen José María Santander, Omar Bonilla, Ana Alvarez y Rosa Rodríguez. Es un indicio respaldante, plenamente comprobado, (arts. 218 y 223 del C. de P. P.).

"c). Consecuencialmente, Maro Tulio Alvarez no fue una víctima inofensiva, ni recibió el disparo en estado inocente de sosiego y pacifismo, sino cuando acometía, con navaja en mano, que a muchos les pareció que eran 'puños', contra Francisco Urbano que de buena fe creyó que iba a ser muerto o lesionado.

"d). En el peor de todos los casos, dadas las circunstancias analizadas y las conclusiones comprimidas, por la calidad de la navaja, es posible que Francisco Urbano se haya excedido o traspasado en el ejercicio de su legítima defensa.

"Del Segundo Cargo:

"a). Dada la personalidad del procesado, apenas insinuada en el proceso, sin pasado judicial, de limpios antecedentes, su confesión no debió rechazarse sin un recaudo probatorio robustecido como para demostrar lo contrario, en concreto, contra la presunción legal de veracidad que en abstracto establecé la ley.

"b.) Aquello de la falta de tatuajes, o quemaduras de pólvora o caprichosa dirección de la bala, no pasa de ser uno como relleno de corazonadas contra los dictados de la ciencia, los mandatos de la ley y la realidad procesal.

"c). Lo de la navaja, su hallazgo y las sospechas de haber sido esgrimida, contra las claras constancias del proceso, todo eso debe recibir un nombre bautismal: alquimias del procedimiento".

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

Amplio concepto sobre la demanda dió el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal. Pacientemente examinó el funcionario las razones del recurrente y en forma, por demás, clara, hizo el análisis de las declaraciones tachadas de contradictorias y, por tanto, carentes de valor.

Y como en parte principal se tomarán en este fallo las páginas de aquel estudio, basta decir, por el momento, que el señor Agente del Ministerio Público juzga que el recurso de casación intentado contra la sentencia del Tribunal de Pereira no puede prosperar, por lo cual el expediente debe volver a la oficina de origen para lo que sea del caso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Estos hechos están demostrados:

1o. En el café "Globo", en Calarcá, Marco Tulio Alvarez, el occiso, se dedicó a ingerir licor, en las horas de la tarde del 27 de diciembre de 1.959. En ese lugar, lanzó un viva al partido político de sus simpatías.

2o. En el mismo establecimiento, estuvo Francisco Urbano Ortiz dedicado a la ingestión de bebidas embriagantes, en la tarde de aquel día. Había bebido desde las horas de la mañana.

3o. Cuando Alvarez dió un viva a su partido, Ortiz canceló la cuenta debida y se retiró momentáneamente de las cantina. Pero volvió a poco a ella y pidió un trago de aguardiente, que pagaría posteriormente, pues no tenía dinero.

4o. Ya, en este momento, Ortiz se retiró de la cantina y siguió a la calle. Detrás, salió Marco Tulio Alvarez. Pasaron unos segundos, y Urbano Ortiz disparó contra Alvarez.

5o. Alvarez y Ortiz, unidos, fueron al suelo. Aquél encima de éste. Al llegar la policía, levantó el cadáver de Alvarez y trasladó a Ortiz, primero al hospital de la ciudad y luego, a un lugar de detención.

Cómo se desarrollaron los hechos?. Qué circunstancias especiales movieron a Francisco Urbano Ortiz a ultimar a Marco Tulio Alvarez?. Hubo lucha entre ellos?. Se vió el victimario en la necesidad de defenderse de alguna violencia actual e injusta, cuando tomó su revólver y disparó contra Marco Tulio Alvarez?. O se trata de un homicidio simplemente voluntario, cometido a impulsos de la pasión política.

Estos interrogantes serán los que reciban respuesta de las pruebas que se trajeron al expediente, las que serán analizadas, siguiendo el orden que les imprimió el demandante, al tratar de desvirtuarlas.

El Tribunal Superior de Pereira, en la sentencia acusada, tuvo en cuenta como base de incriminación, y por el valor que ellas reportan, las declaraciones de José Diógenes Santander (fl. 2), de Rosa Rodríguez (fl. 2 vto.), de Esther Suárez Rodríguez (fl. 3), de Roberto Rodríguez (fl. 5), de José María Santander (fl. 9), de Fabio Enrique Barbosa (fl. 17), de Ana Alvarez (fl. 18), de Alicia Rodríguez (fl. 19), de Omar Bonilla (fl. 25) y de Joaquín Garzón (fl. 28). De la misma suerte, se consideró la indagatoria del procesado Francisco Urbano Ortiz (fl. 6), la que fue atendida en cuanto no se encontraba en contradicción con los demás elementos probatorios del juicio.

El experticio médico-legal fue apreciado por el Tribunal de instancia para señalar la posición en que debieron hallarse agresor y agredido, en el instante en que aquél disparó sobre éste, así como para indicar la distancia posible que mediaba entre ellos.

No aceptó, en cambio, el Tribunal la prueba tendiente a demostrar el hallazgo de una navaja, en el lugar en donde se cumplió el hecho, pues no juzgó digna de credibilidad la declaración de la persona que dijo haberla encontrado.

Sobre los considerandos anteriores, la Corte entra al examen de los dos cargos hechos a la sentencia, por el demandante, con base en la causal 2a. de casación.

Primer cargo. El primero de ellos consiste en haber interpretado el Tribunal erradamente los hechos que "acreditan la responsabilidad del procesado y determinan las sanciones que fueron impuestas en la sentencia que acuso".

Inicia el recurrente el examen de la prueba en estos términos:

"Uno a uno vamos a seguir el curso de esos declarantes, en el mismo riguroso orden seguido por el sentenciador, a efectos de saber si en dichos deponentes hay fijeza, persistencia en su sostenimiento y si, por lo mismo, sirven sus exposiciones para formarse un criterio de certeza, para dar por demostrada la responsabilidad o la justificación del hecho, para condenar o para absolver, pero sin incertidumbre ni vacilación".

Pues bien. El primero de los declarantes mencionados es DIOGENES SANTANDER ANDRADE, quien fue requerido a rendir testimonio en tres ocasiones. (Fls. 2, 12 y 89).

Para el recurrente el dicho de éste es inaceptable por los siguientes motivos:

a). Porque "cuando ocurrieron los hechos él se encontraba jugando un chico de billar y por lo mismo estaba ausente, en bulto y en espíritu, del escenario trágico".

b). Porque "tampoco podía darse cuenta (el testigo), según los términos de su propia exposición, porque en esos precisos momentos estaba sirviendo dos tintos para dos agentes de policía".

Para saber si evidentemente la declaración de Diógenes Santander Andrade fue correctamente apreciada por el Tribunal Superior de Pereira, como base de responsabilidad penal, será necesario presentarla aquí, no en su primer momento, sino en su conjunto.

Dijo el declarante a folio 2:

".....y al principio de esas cosas yo no me dí cuenta porque estaba jugando billar en ese momento, únicamente cuando dejé el juego de billar me acerqué a lo máquina a servir un tinto para servirle a un señor que no sé quién sería y oí de la persona que murió un viva así: Viva el partido liberal pero sin echar abajos y en ese momento estaba el agresor que no sé quién sea, sólo sé que le dicen Pacho paseando por fuera del café, o sea en la calle con un revólver en la mano, no sé què marca será, al rato salió el que echó el viva a la calle cuando en eso oí un disparo, cuando me asomé a la puerta y miré para la calle, el que salió para afuera estaba abrazado del que tenía el revólver, entonces retrocedió el que tenía el revólver, o sea el agresor y se fue de para atrás hasta llegar al andén donde cayeron ambos, en ese momento llegó la policía y ellos mismos se dieron cuenta que el mismo agresor tenía el revólver en la mano, eso es todo".

Luego, a folio 12, indicó:

".....Yo estaba jugando billar a eso de las nueve a diez de la noche del día domingo 27 de los corrientes, luego que terminé de jugar billar, como yo soy el cantinero del café Globo, tomé la máquina para sacar unos tintos para un señor que no sé quién fue, luego de esto, me di cuenta de un señor que llaman Pacho no sé cuál es su apellido, solamente lo conocía de vista, estaba fuera del café cerca al andén del mismo café como paseándose con un revólver en la mano, luego había un señor que estaba dentro del café que oí cuando echó un viva al partido liberal sin echar abajos a ningún otro partido, después salió el tipo que gritó para la calle y luego oí un disparo brinqué a la puerta del café

y vi cuando el señor Pacho tenía un revólver en la mano y el que gritó antes un viva lo teñía abrazado a don Pacho y se fueron retrocediendo hasta caer al suelo, el señor Pacho quedó con el revólver sobre el pecho de él y el otro quedó encima sin valor de nada porque ya estaba muerto....".

Finalmente, a folio 89 vuelto, el declarante expresó, ante las preguntas que le hizo el defensor de Francisco Urbano Ortiz, en memorial de 18 de abril de 1.960:

PREGUNTADO: "A cuánta distancia de ellos, aproximadamente, estaba don Francisco Urbano cuando dicen que tenía un revólver en la mano y cuántas veces miró a dicho sujeto cada uno de estos declarantes?". Contestó: "No me di cuenta alguna de lo que se me pregunta, pues yo me encontraba trabajando dentro del mostrador junto con el hermano mío y sólo me di cuenta cuando él entró al café se acercó al mostrador y le pidió un aguardiente al hermano mío, diciendo que no tenía plata que mañana se lo pagaba, el hermano mío le contestó que con mucho gusto y le sirvió el aguardiente se lo tomó y se fue sin saber què rumbo tomaría, a un segundo más o menos oí un tiro y como yo estaba tan ocupado no salí inmediatamente, y cuando lo hice ya estaban cerca aquí al andén en donde ellos cayeron, el occiso encima de Pacho Urbano. En este estado quedaron Urbano y el muerto, éste encima del primero, cuando llegó la autoridad le quitaron el revólver a Urbano y el muerto de encima".

Con notoria sinceridad, y a pesar de haber sido interrogado el testigo frente a numerosas personas y meses después de la ocurrencia, contesta que él no se dió "cuenta alguna de lo que se me pregunta", quizás porque la misma interrogación que se le hacía encerraba varios hechos y se prestaba a confusión, sobre todo para un hombre ignorante, no acostumbrado a estas actividades. Lo que sí aparece notorio es que el declarante, después de haber dicho que vió en manos del agresor un revólver, antes de sonar el disparo que causó la muerte de Alvarez, vuelve sobre sus pasos y afirma que Francisco Urbano Ortiz tenía la mano en el bolsillo y que el revólver fue visto, después de sonar el disparo mortal.

Obró la imaginación del testigo? Posiblemente. El sitio y la época eran propicios para pensar en armas, máxime cuando el agresor paseándose en la calle o acera, conservaba tercamente su mano adentro del bolsillo del saco y luego esgrimía el revólver para matar.

En cuanto a las ocupaciones del empleado del café "Globo", ello carece de la importancia que se le quiere dar. Era día domingo y varias personas entraban a la cantina, unas a pedir licor y otras en demanda de café. Cuántas pidieron cerveza y cuántas tinto? A cuántos atendió el declarante? La respuesta no tendría ninguna implicación en lo esencial: Diógenes Santander Andrade vió al agresor y al agredido, antes del disparo fatal. Y los vió a poco de sonar éste, cuando ambos venían al suelo y el herido quedaba sobre el cuerpo del heridor.

La segunda declaración tachada por el demandante es la de FABIO ENRIQUE BARBOSA (fl. 17), de la cual dice:

"... este declarante NO ES TESTIGO DE VISU, como lo califica el Tribunal en su sentencia. Admitirlo es lo mismo que equivocarse en materia grave".

Conviene, pues, copiar el dicho de este testigo, para saber si el Tribunal sentenciador estaba en lo cierto al darle valor como prueba de la responsabilidad de Francisco Urbano Ortiz.

"... estaba yo sentado a un lado de la radiola del café Bar Cinco de Mayo... desde allí pude ver que llegaron los amigos del que estaba en la puerta que era el occiso y se lo llevaron para la mesa donde estaban tomando, don Francisco quedó afuera mirando hacia adentro del café, y como metiendo la mano como por dentro del saco, allí se estuvo como cinco minutos parado, luego resolvió pasarse para el frente del Bar Cinco de Mayo, de allí siguió mirando don Francisco para el café Globo y se ponía las manos como cogiéndose el saco y miraba para abajo y para arriba, luego resolvió volverse para el café Globo, allí ya no pude ver más porque no me quedaba ya visibilidad para observarlos debido a que ya se hizo en otra puerta, al momento sentí el disparo y salí inmediatamente a ver qué había ocurrido, y vi que el muerto le echó mano a don Francisco como de los hombros y se fue encima de él cayendo luego al suelo encima de don Francisco". Al preguntarle al testigo si don Francisco le hizo el disparo a Alvarez, "estando ambos de pies o ya en el suelo", contestó: "Estando de pié y no fue sino un solo tiro".

Sí observó el testigo en forma directa los sospechosos movimientos de Francisco Urbano Ortiz, a tal punto que el declarante los grabó en su mente. Supo además que sólo hubo un tiro, hecho estando agresor y agredido de pies, pues así los vió inmediatamente sonó aquél y cuando el herido se echaba encima de su heridor.

Por consiguiente, esta deponencia tenía qne ser considerada por el Tribunal, en orden a establecer la resposabilidad del procesado.

Examina luego el recurrente la declaración de ROSA RODRIGUEZ -fl. 2- para concluir que "esta deponente si nos obliga a registrar un hecho trascendental: Francisco Urbano Ortiz sí fue a tierra, y otro, el mismo que resultó muerto, le acometió a golpes y puños. Eso mismo explicó el procesado. Luego el sentenciador no tuvo en cuenta esta declaración en su sentido obvio, o la interpretó erróneamente".

El señor Procurador Delegado, en su concepto, estudia exhaustivamente este testimonio:

"ROSA RODRIGUEZ.

"Dice la testigo a folio 2:

" 'Yo estaba parada en la puerta del café Casa Blanca, cuando ví que un tipo vestido de un color oscuro, en ese momento el de vestido Blanco lo dejó que se parara y lo cogió a pegarle y el de vestido blanco le tiró un puño y el de vestido de paño le pegó al de blanco en la cabeza y seguidamente oí un disparo y el de vestido blanco le cogió la mano como a quitarle el arma y fue cuando se fueron contra el andén y cayeron, así el de vestido blanco encima y el de vestido oscuro debajo. Eso es todo'.

"Con el aparte trascrito el abogado recurrente creyó encontrar dos hechos 'trascendentales': 'Francisco Urbano Ortiz sí fue a tierra, y otro, el mismo que resultó muerto, le acometió a golpes y puños. Eso mismo explicó el procesado. Luego el sentenciador no tuvo en cuenta esta declaración en su sentido obvio, o la interpretó erróneamente'.

"Por parte alguna se dice, ni está establecido en el proceso, que 'Francisco Urbano sí fue a tierra' a consecuencia de golpes propinados por el occiso.

En cambio, sí se encuentra establecido por confesiòn del procesado y por las afirmaciones de José María Santander Andrade (fl. 9 v.), que el estado de embriaguez alcohòlica era supremamente avanzado. Dice el procesado:

"'Agrego que yo llegué a ese (sic) borracho, porque había estado tomando trago desde las nueve de la mañana (los hechos acaecieron más o menos a las nueve y media de la noche del mismo día)'.

"Y el deponente Santander Andrade expone:

"'...yo salí a llamar a Francisco (Urbano), para que se fuera para la casa, entonces él me atendió y arrimó conmigo hasta el mostrador donde se halla el teléfono, entonces yo le dije a don Francisco 'lo mejor es que se vaya para la casa que usted ya està muy embriagado', entonces él me dijo, sí me voy y se despidió y se fue para la calle y se puso a pasearse afuera de la calle, entonces volvió y entró al café y me dijo que le sirviera un aguardiente pero que no tenía plata que luego me lo pagaba, yo se lo servì, en ese momento después de tomarse el aguardiente tuvo una conversación con el muerto de eso no me di cuenta qué hablarían, ellos salieron para la calle, yo seguí en el mostrador atendiendo la cantina..".

"Entonces, se piensa si hubo traspiés y caídas por parte de Francisco Urbano la noche de autos, lo más probable es que ello se hubiera debido a su abanzadísimo estado de embriaguez alcohólica y no a hipotèticos y supuestos golpes que le propinara la vìctima. Pero, para abundar en razones, se toman otros apartes de la diligencia de indagatoria:

"'Yo me tomé unas cervezas el domingo 27 de diciembre de los corrientes y estando en el café Globo no recuerdo la hora, allí llegó un tipo y gritó que viviera el partido liberal, yo salí, pagué las cervezas y me fuì, el tipo me siguió detrás a lo que yo voltié a mirar dì un traspiés y me caí, cuando vi el tipo que iba encima de mí con una navaja, yo estando en el suelo le hice un disparo, yo me quedé ahí quieto cuando ese hombre cayó encima de mí, de ahí me dí cuenta nos levantaron y nos llevaron al hospital.....'.

"Màs adelante, en la misma diligencia, repite lo concerniente al traspiés y a la caída involuntaria. Y se nota que en su relato breve de los hechos el victimario, sin que denote una fuerza superior que lo obligue a hacerlo, en una como especie de obedecimiento a su conciencia, no hace alusiòn, ni lo intenta, a lucha real alguna, ni a cambio de golpes con su pretendido contendor. El se limita a decir que su víctima lo persiguió con navaja en mano. Es nítida la descripción que el homicida hace de sus actos y de los de su víctima en la noche de autos: persecución, traspiés, caída involuntaria, disparo y homicidio. Nada de lucha bilateral; nada de heridas, ni corto-punzantes ni contundentes, del occiso al matador.

"Es importante, para el caso de posteriores y oportunas aclaraciones, tener presente esta respuesta del procesado al funcionario instructor:

"'PREGUNTADO: Según lo manifiesta usted que el occiso tenía una navaja cuando ustedes estaban en el suelo por qué no hizo el deber de quitarse para que no lo fuera a herir?. CONTESTO: porque cuando él cayó encima de mí no me dí cuenta si la tenia o no la tenía'.

"Y esta otra respuesta guarda relación con la anterior:

"'CONTESTO: El me tiró en el suelo estando yo caído, no me acuerdo con qué me tiró si fue con la mano o con la navaja, y fue cuando le hice el disparo'.

"Y la siguiente también:

"'PREGUNTADO: Es cierto que ustedes o sea el occiso y su persona cuando usted estaba en el suelo el occiso lo dejó parar a Ud. tirándole luego el occiso un puño, dàndole luego usted en la cabeza y seguidamente se oyó el disparo, cogiéndole el occiso la mano donde usted tenìa el revólver yèndose luego los dos al suelo?. CONTESTO: Eso no recuerdo no sé esas cosas porque yo no tuve palabras con él, él sí me pegó un puño en el suelo, entonces fue cuando yo le disparè'. (Subrayado del Despacho).

"Basado en la deponencia de Rosa Rodríguez el investigador creyó procedente la pregunta inmediatemente anterior al indagatoriado, quien en ningún momento, ni en forma espontánea ni provocada, habia puesto tal hecho en conocimiento del funcionario instructor. Pero el procesado no podia ni debía despreciar la oportunidad que le brindaba la declarante, y redondeó la versiòn de ésta, afirmando que el occiso sì le pegó un puño en el suelo y que entonces fue cuando le disparó. Pero esta acomodación no es exacta en cuanto al dicho de la RODRIGUEZ. Ella afirmó que el puño le fue lanzado al victimario cuando los supuestos y pretendidos contendores se encontraban de pié.

"Y más importante que la contradicción anotada es la razón culminante que, según el procesado, determinó el disparo mortal: '... él si me pegó un puño en el suelo, entonces fue cuando yo le disparé'.

"De tal suerte que no solo no concuerdan entre sí las exposiciones de ROSA RODRIGUEZ y el procesado FRANCISCO URBANO sino las de éstos con las exposiciones testimoniales diferentes que existen en el expediente. Por ello esta Procuraduría Delegada comparte la posición del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira cuando se abstuvo de acoger el testimonio de ROSARIO RODRIGUEZ, rectificada también, como se ha visto, por el mismo procesado".

Otro de los testimonios que ha merecido la consideración del Tribunal de Pereira y la consiguiente tacha del procurador del recurrente, es el de ESTHER SUAREZ RODRIGUEZ (fl. 3).

De ésta -dice el demandante- que "no cuenta en los autos absolutamente ningún respaldo probatorio, y por lo mismo no cuenta siquiera con ese sentido probatorio de la diversidad acumulativa. Pero hay más: esta declarante cita como testigo de lo mismo que ella declara a Roberto Rodriguez, quien no sabe absolutamente nada de esos hechos. Luego es grave y notoriamente errónea la interpretación de esa declaración y de los hechos por ella declarados".

También en este caso conviene copiar parte de la declaración de que se trata, para ver si evidentemente la Suárez no suministra dato alguno de valor para la investigación. Dijo, en efecto:

"Yo trabajo como empleada (copera) en el café 'El Globo' y a eso de las ocho y media de la noche dentró al café el señor Francisco y estaba tomándose unas cervezas, luego salió para afuera, se paró en la puerta del café frente a unos amigos del mismo señor y uno de ellos le dijo: Don Pacho entre y se toma cualquier cosa y entonces contestó él no me gusta estar con Ud., entonces el muchacho de nombre Roberto Rodríguez se paró nuevamente y le dijo entre y se

toma cualquier cosa y don Francisco lo invitó para afuera, estando parado en la puerta, sacando un revólver del bolsillo y oí una discusiòn, no sè de qué se trataría, entonces sali yo para afuera y le dije al muchacho Roberto Rodríguez camine se sienta y siga tomando tranquilo, el muchacho se sentó con los mismos amigos de farra, entre ellos un señor don Fidel y otros que no conozco, siguieron tranquilamente, a otro instante volvió otra vez don Francisco entrò y le dijo al señor don José dueño del café, me va a dar un trago de aguardiente pero no tengo con qué pagarlo, entonces don Josè le sirvió el trago de aguardiente y él se lo tomó y salió para la calle, seguidamente me di cuenta fue de que estaban abrazados en la calle el muerto y don Francisco, cuando entonces don Francisco le pegó con el revólver en la cabeza al muerto, yo me dentré enseguida para adentro a avisarle al dueño del café y en ese instante oí un disparo y vi que venian juntos agarrados y cayeron en el andén; al poco rato llegó la policía por ahí a los diez minutos. Eso es todo".

Por su parte, ROBERTO RODRIGUEZ, citado por Esther Suárez, afirma en su declaración de folio 5, después de relatar incidencias que poco tienen que ver con el caso, lo siguiente:

"... allí seguimos siempre los dos (Fidel y el declarante) tomando cerveza ya bastante tarde y muy oscuro no recuerdo la hora debido a que ya estaba un poco borracho, ocurrió el caso que fue en la siguiente forma, pasaba don Pacho Urbano por enfrente del café, èl se detuvo un poquito en la puerta, yo me parè del asiento y le llamé la atención, para que se tomara alguna cosita, luego como yo estaba a una distancia regular de donde él estaba no oí qué fue lo que me contestó en eso me llamó Esther para que me sentara nuevamente en mi asiento ella es la camarera de ese café, ella me trajo un tinto con limón para que me lo tomara, cuando en eso mas o menos que yo me estaba tomando el tinto, oí un disparo afuera del café, cuando yo me parè de donde me encontraba, ya estaba el muerto y el agresor caídos y abrazados".

La simple lectura de estos testimonios permite afirmar que tanto Esther Suárez como Roberto Rodríguez fueron testigos de hechos antecedentes y concomitantes con la muerte de Alvarez por parte de Francisco Urbano Ortiz. Sus declaraciones no se contradicen. Se complementan. Cada uno declara lo observado por èl y especialmente aquello que mejor se grabó en su mente. Y recuérdese que Rodríguez estaba embriagado, como él mismo lo informa, por lo cual su versiòn no puede ser tan completa como la de Esther.

Sobre la declaración de Roberto Rodríguez (fl. 5) dice el recurrente que ella no merece ser tenida en cuenta, ya que el deponente manifiesta que nada sabe sobre los hechos investigados.

Ya se ha observado, antes, que este declarante sí pudo apreciar, aunque imperfectamente, por el estado de alicoramiento en que se hallaba, algunas de las circunstancias en que se produjo la muerte de Alvarez por Urbano Ortiz. Por lo cual su dicho tenía que ser considerado, no aisladamente, sino en conjunto con las demás probanzas allegadas al expediente.

JOSE MARIA SANTANDER es el propietario del café "Globo". Fue llamado a declarar en dos oportunidades. En ambas (fls. 9 y 89), relata los hechos tal como él los apreció y en forma acorde, en lo esencial, con la versión que de aquellos hicieron diversas personas.

Desde luego, este declarante también mereció la crítica del recurrente, quien dice:

"Este deponente, en síntesis, nos hace dos revelaciones: Cuando explicó que en el suelo no vió que Alvarez le hubiera tirado un puño, nos está diciendo que Francisco Urbano sí fue a tierra, que sí se cayó, como nos dijo el procesado y dos testigos más: Rosa Rodríguez y Omar Bonilla. Y si les vio en la calle trabados en lucha. Cómo principió esa lucha ?. Urbano ya lo dijo y eso basta. Estos hechos no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal".

Qué fue lo que, en realidad, dijo el testigo ?.

Esto:

"....ellos (el agresor y el agredido) salieron para la calle, yo seguí en el mostrador atendiendo la cantina, cuando me dijo la empleada Esther que afuera estaba agarrado Francisco y el otro señor, luego de esto oí un disparo, entonces yo salí a la puerta cuando ví que el muerto le echó mano del cuerpo a Francisco y se vinieron luchando hasta que llegaron al borde del andén del mismo café Globo allí se enredaron tal vez en el mismo borde del andèn y se fueron de espaldas, en la caída quedó don Francisco debajo y el occiso encima, así los encontró la autoridad". "PREGUNTADO: Puede usted decirnos si es verdad que el occiso le tiró a don Francisco estando en el suelo dizque un puño ?. CONTESTO: No es cierto eso no lo ví yo. Leída la aprobó. PREGUNTADO: Es verdad que el occiso salió detrás de don Francisco con una navaja ? CONTESTO: No señor el occiso no llevaba nada él estaba en camisa y no le ví arma de ninguna especie".

Y luego, en la diligencia de inspección ocular:

"Yo no le ví revólver a don Francisco sino cuando se encontraban afuera allá en la calle es decir don Francisco y el muerto, que se encontraban manotiando o alegando. Cuando sonó el tiro el muerto le mandó la mano a la muñeca a don Francisco, después de esto se agarraron del cuerpo y se vinieron hacia el lado del andèn luchando. Como don Francisco al llegar al andèn voltió la espalda hacia atrás chocó contra el andén y el muerto le cayó encima".

El declarante, como se ve, simplemente afirma que Francisco Urbano Ortiz y Marco Tulio Alvarez vinieron a tierra, cuando aquél había disparado contra éste y cuando el herido se agarró al cuerpo de su heridor, en un movimiento defensivo, en un afán de evitar que nuevamente se martillara el revólver, en una esperanza de salvación. Quizás Francisco Urbano Ortiz había caído, pocos momentos antes de disparar su revólver, pero no por obra de otro, sino a causa de su embriaguez.

En cuanto a José María Santander, conviene anotar que de su declaración tampoco resulta que hubiera visto a agresor y agredido "en lucha", antecedente al disparo mortal, pues en ésta se habla, es cierto de una lucha, pero ya cuando Alvarez, herido, trataba de salvar el aliento que aún le quedaba. La misma Esther Suárez R. da a entender que los actores "venían juntos agarrados", pero ya, un segundo antes, había oído un disparo.

Las declaraciones de ANA ALVAREZ y de ALICIA RODRIGUEZ (fls. 18 y 19) también merecieron reparos del demandante.

"En igual sentido declararon la señora Ana Alvarez y Alicia Rodríguez, pues son acordes en afirmar que vieron a Urbano paseándose en la calle al frente del café y mirando a un lado y otro, cuando en esas salió Alvarez y aquél le hizo el disparo y el herido se le fue encima al pistolero (sic), tratando de desarmarlo, lo que dió lugar a que ambos cayeran...".

Lo anterior es comentario del Tribunal Superior de Pereira.

Y dice el recurrente:

"Exactamente lo anterior no fue lo que dijeron estas testigos sino las tesis preconstituídas para condenar. Es frase conceptual del fallador, pero no lo mismo que dijeron esas testigos, pues que con declaraciones mùtilas, con deponencias fragmentarias no es posible entregarle a la justicia una verdad jurídicamente disciplinada".

Qué fue, pues, lo que dijeron estas declarantes?.

Lo siguiente:

ANA ALVAREZ, a fl. 18: "... Yo había visto al señor Pacho paseándose por la calle y mirando de un lado a otro, cuando ví a un muchacho de camisa blanca y pantalón blanco que salia del café Globo, luego oí un disparo y ví cuando ese señor de blanco se iba encima de don Pacho y cayeron todos dos al suelo y luego no se volvió a mover ni el uno ni el otro".

A una serie de preguntas formuladas por el investigador, la testigo respondió: "Yo no le ví nada al occiso... Todos dos señores estaban de pie el señor que murió iba caminando... No señor èl (el occiso) no le hizo nada, él no alcanzó sino como a agarrarse de don Francisco y luego cayeron al suelo...".

Esta declarante a fl. 88 ratifica en parte sustancial su declaración anterior, si bien expresa que Alvarez, al salir, siguió como a encontrarse con Francisco Urbano Ortiz y al llegar a él le "mandó la mano", pero ya antes había oído un disparo.

ALICIA RODRIGUEZ (fl. 19), dijo:

"... y ví a don Francisco caminando en la calle y mirando para una parte y otra, cuando en eso salió el occiso a la calle y don Francisco le hizo disparo, entonces el occiso seguramente se sintió herido y se fue a coger a don Francisco como en forma de abrazarlo y luego se fue encima de él quedando el agresor debajo y el occiso encima ya muerto, hasta que vino la policia y los alzò...".

En la misma declaración Alicia Rodríguez afirma, en respuesta a varias preguntas, lo siguiente: "... Yo no le ví nada, únicamente que cuando salió el occiso o sea Marco Tulio Alvarez, ahí mismo sacò el revólver y le hizo el tiro... El occiso Alvarez no llevaba nada... No señor él no le dió ningún puño él salia del café y estaba bastante retirado cuando don Francisco le hizo el disparo... No señor, el disparo se lo hizo estando bastante retirado y desde la calle y él quedó con el revólver en la mano...".

Como se ve, el sentenciador estaba en la obligación de apreciar estas declaraciones, como que ellas, unidas a las anteriores, daban la prueba plena de la responsabilidad del procesado. Y la apreciaciòn hecha no es equivocada.

Otro declarante, OMAR BONILLA, viene en la demanda con estas palabras:

"Omar Bonilla, citado por Ana Alvarez, fl. 25, afirma que vió cuando se agarraron dos personas; 'ví que cayò don Francisco al suelo y volvió a pararse don Francisco con el revòlver en la mano, entonces el occiso volvió y se le arrimó y fue cuando don Francisco le hizo el tiro. . .' ".

En este, como en los casos anteriores, quiere la Corte copiar la declaración que, en forma tan breve, ha sido mencionada por el demandante.

Dijo Bonilla, a fl. 25: ". . .me estaba tomando una cerveza cuando de allí salí, y cuando yo salía, al frente del café Globo vì cerca a la puerta del mismo café dos personas cuando ví que se agarraron y luego se abrieron un poquito, ví que cayó don Francisco al suelo y volvió a pararse don Francisco con el revólver en la mano entonces el occiso volvió y se le arrimó y fue cuando don Francisco le hizo el tiro, el herido se avanzó sobre el agresor y cayeron al suelo, quedando el agresor debajo y el herido encima cerca al andén, o mejor dicho atravesados en el andén, el agresor decía quítenme ese hombre de encima. . ."

Y más adelante Bonilla, en la misma declaración, contesta: ". . . A mí lo único que me consta era que ya estaban fuera del café cuando sonò el tiro, pero sí estaban separados luego fue cuando el herido se abalanzó sobre el agresor yendo a caer sobre el andén... Hacía más o menos de ocho a diez meses, y durante el tiempo que lo conocí (a Alvarez) siempre observaba buena conducta, lo único que a él le gustaba era el trago, pero nunca tuvo disgustos con nadie... No es cierto, él sí se cayó, pero luego se parò y fue cuando le hizo el tiro...".

Al referirse a este testimonio, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, expresa:

"Es fácil apreciar que este declarante concuerda en lo esencial con los otros testigos de cargo. En nada difiere cuando se refiere a la caída de Urbano, episodio bien circunstanciado en el proceso. También está de acuerdo en cuanto a las circunstancias en que la víctima recibió el disparo. En lo que respecta al pretendido combate entre víctima y victimario, el deponente lo resume con estas palabras: '... luego (después del disparo) fue cuando EL HERIDO se abalanzó al agresor yendo a caer sobre el andén'.

"En síntesis, la sola mención del testigo de que se trata y la falta de comentarios en su deponencia por parte del abogado no demostró ni intentó demostrar nada en la demanda. Pero este Despacho, notando la importancia de este testimonio en relación con los demás acusatorios que obran en el proceso, creyó necesario analizarlo para demostrar la forma prudente en que actuó el Tribunal al valorarlo".

El análisis que se acaba de hacer, permite concluir que la apreciación de las pruebas, hecha por el Tribunal de instancia, corresponde a una realidad y no puede, por consiguiente, señalarse como notoriamente errónea o alejada de la verdad.

Vistas, en conjunto, las declaraciones examinadas, muestran nítidamente la actividad de Francisco Urbano Ortiz frente a Marco Tulio Alvarez: éste lanzò un viva a su partido, contrario al de aquél. Urbano Ortiz permaneció cerca al café "Globo", como en espera de algo o de alguien, a pesar del requerimiento que se le hizo para que se fuera hacia su casa, ya que estaba bastante embriagado. Su actitud fue observada por todos los declarantes. A poco, salió Alvarez del café y

se encontró con Francisco Urbano. Este disparó contra aquèl. Estaban de pies y a poca distancia el uno del otro. Ambos fueron al suelo, pues el herido se "agarró" de su heridor. Se desprende también que el agresor vino al suelo en dos ocasiones: primero, cuando dió un traspiès a causa de la embriaguez; y luego, al caer con el occiso.

En los tèrminos anteriores, queda demostrado que el Tribunal tuvo al apreciar los testimonios de cargo, plena y sobrada razón. Por tanto, no es aceptable la estimación del recurrente.

SEGUNDO CARGO. Está concebido así: "Errada interpretación de los hechos, o no haber tenido en cuenta los hechos que demuestran que no está probada la responsabilidad del sindicado".

El recurrente hace la siguiente síntesis de los hechos, para entrar a demostrar que Francisco Urbano Ortiz, al actuar, lo hizo impelido u obligado por las circunstancias en que lo colocó Marco Tulio Alvarez:

"Què es lo que nos dice el sujeto pasivo de este juzgamiento, imputado de homicidio?. Lacónicamente lo que sigue:

"Se tomó algunas cervezas en el café Globo después de que había estado catando trago desde las nueve de la mañana. Quedó sin dinero, pidió un aguardiente a crédito, salió para su casa, un desconocido le siguió, le agredió, le hizo ir al suelo, tuvo necesidad de repeler el ataque para conjurar el peligro, se trabaron los cuerpos y fueron a tierra en una sola yunta y así quedaron hasta que llegó la autoridad y se los llevó. El quedó en posición decubente y el muerto en decùbito dorsal...".

Al comentar esta nueva situación, dice el señor Procurador:

"Para demostrar su segundo cargo el impugnante comienza por referirse a la confesión del procesado. En este sentido expresa:

" 'En suma, la confesión verificada por el procesado Urbano no es propiamente una pieza clásica porque efectivamente adolece de defectos en cuanto al sujeto y la forma, pero no así en cuanto su contenido, pues que en su fondo reposa la verdad confesada como en el fondo de su concha, tosca y fosca, reposa una perla desnuda y rutilante, pese a la rotundidad con que se rechazó en la sentencia.

" 'El Tribunal fallador afirmó que era inadmisible por cuanto que tenía prueba en contrario que la desvirtuaba o disolvía, pero lo cierto es que no se dijo en la sentencia cuál es esa prueba en contrario, en qué consiste y ya sabemos que afirmar no es lo mismo que demostrar. Por el contrario, esa injurada explicación es creíble y verosímil, fuera de que los hechos explicados fueron positivamente verificados. Luego el procesado no ha mentido ni engañado. El contenido aseverante de esa confesión tiene toda la eficacia probatoria, pese a su mezquindad e imprecisión, defectos más imputables al funcionario que indagó que al procesado mal examinado.

" 'Esta confesión, coordinada con el hallazgo oficioso de la navaja y las declaraciones de Rosa Rodríguez, José María Santander, Omar Bonilla, debió admitirse como cualificada e indivisible. Pero el Tribunal no solo interpretó errôneamente sino que no tuvo en cuenta los hechos que demuestran que no està probada la responsabilidad del sindicado'".

"Si se realizan algunas trascripciones de la INDAGATORIA DE FRANCISCO URBANO resulta fácil observar sus graves contradicciones en la misma diligencia y en relación con los testigos de cargo ya estudiados, amèn de la rectificación que hace, sin proponérselo, a su apoderado judicial.

"'Yo me tomé unas cervezas el domingo 27 de los corrientes y estando en el café Globo no recuerdo la hora, allí llegó un tipo y gritó que viviera el partido liberal, yo salí pagué las cervezas y me fuí, el tipo me siguió detrás a lo que yo voltié a mirar para atrás dí un traspiés y me caí, cuando ví el tipo que iba encima de mì con una navaja, yo estando en el suelo le hice un disparo, yo me quedé ahí quieto con ese hombre encima de mi, de ahí me dí cuenta cuando nos levantaron y nos llevaron al hospital, de allí me pasaron a mí a la cárcel, yo no conozco el tipo no sè si sea blanco o negro, eso fué afuera del café porque el tipo me siguiò a mí yo iba para la casa. Eso es todo. Agrego que yo llegué a ese (sic) borracho, porque había estado tomando trago desde las nueve de la mañana. PREGUNTADO: Sírvase decirnos si es cierto que el señor Róberto Rodríguez lo llamó a usted para que se tomara una cerveza?. CONTESTO: Yo no recuerdo (el deponente Rodríguez tampoco recuerda algunos incidentes de la noche de autos, porque ambos estaban borrachos)... PREGUNTADO: Sírvase decirnos cuando el occiso lo siguió según lo manifiesta usted, y que llevaba una navaja què ademán hizo contra Ud. ?. CONTESTO: yo dí un traspiés y fue cuando lo ví encima que yo estaba caìdo...PREGUNTADO: Podría Ud. decirnos cuál fue la razón para Ud. dispararle al occiso Alvarez?. CONTESTO: Porque a mí me dió miedo cuando lo ví encima. PREGUNTADO: Pør qué razòn le dió a Ud. miedo cuando lo vió encima?. CONTESTO: Porque iba muy junto y llevaba la navaja en la mano y yo estaba caído... PREGUNTADO: Sírvase decirnos si este revólver que tiene presente (al indagado se le puso de presente el arma con que se cometió el delito) es el mismo que usted usó en el momento de los hechos?. CONTESTO: Ese revòlver es mío y es el mismo que usé. PREGUNTADO: Sírvase decirnos si es verdad que usted primero le pegó al occiso con el revólver en la cabeza y luego fue el disparo?. CONTESTO: Yo no recuerdo. PREGUNTADO: Es cierto que el occiso estaba abrazado a usted y que luego cayeron al suelo quedando el occiso encima de usted?. CONTESTO: Yo estaba en el suelo cuando él se me fue encima con la navaja... PREGUNTADO: Es cierto que ustedes o sea el occiso y su persona cuando estaban en el suelo el occiso lo dejó parar a Ud. tirándole luego el occiso un puño, dándole luego usted en la cabeza y seguidamente se oyó el disparo, cogiéndole el occiso la mano donde usted tenía el revólver yéndose luego los dos al suelo?. CONTESTO: Eso no recuerdo yo esas cosas porque yo no tuve palabras con él, él si me pegó un puño en el suelo, entonces fue cuando yo le disparé... El me tiró en el suelo estando yo caido, no me recuerdo con què fue que me tirò si fue con la mano o con la navaja, Y FUE CUANDO LE HICE EL DISPARO... PREGUNTADO: Según lo manifiesta usted que el occiso tenía una navaja cuando ustedes estaban en el suelo por qué no hizo el deber de quitarse para que no lo fuera a herir?. CONTESTO: Porque cuando èl cayò encima de mì NO ME DI CUENTA SI LA TENIA O NO LA TENIA... PREGUNTADO: Ud. recuerda más o menos a qué distancia le hizo el tiro al occiso?. CONTESTO: Me parece que fue cuando me pegó el puño en el suelo estaba el tipo encima de mí sé que estaba muy cerquita'.

"Al realizar el estudio del testimonio de ROSA RODRIGUEZ en el 'primer cargo' de la demanda, hubo oportunidad de hacer un somero comentario a

la indagatoria del procesado. En esta ocasión se adicionarán otras conclusiones no menos importantes, como se expresa a continuación:

"Procesalmente se encuentra bien establecido que FRANCISCO URBANO se encontraba en muy avanzado estado de embriaguez alcohólica. Que por tal motivo sus lagunas mentales la noche de autos no le permitían retener el mayor número de detalles con que se desarrolló el drama. El investigador multiplicó su esfuerzo para que el procesado circunstanciara su relato en la indagatoria y fueron muchas las veces en que respondió con un "no recuerdo". Y se ha visto, porque está consignado en el proceso, que él no sabe si su víctima se le vino encima con una navaja o con los puños. Pero, en su confusión, advierte que cuando el occiso lo atacó con los puños, 'entonces fue cuando le hice el disparo'. No obstante que todos los testigos de cargo confirman unisonamente que el difunto Marco Tulio Alvarez no poseía armas cuando se desarrollaron los hechos sangrientos y que las diligencias de levantamiento del cadáver y de inspección ocular no registran la existencia de armas del interfecto por parte alguna, habida consideración de que fue una sola vez cuando la víctima 'se le fue encima' a su victimario, y esa vez no fue otra que cuando ya estaba mortalmente herido y agonizante, no puede pensarse de otra manera sino que la existencia de la mencionada navaja sólo estaba presente en la imaginación del matador o de alguien que le hubiera aconsejado la invención de esa especie.

"Es cierto que el procesado confesó. Pero hay que agregar que lo que él confesó fue un hecho notorio, públicamente sabido: que él fue el matador de Marco Tulio Alvarez. Y todo el pueblo de Calarcá, la misma noche de autos, supo que al matador hubo necesidad de quitarle al muerto de encima. Esa confesión no posee todo el valor de un acto espontáneo. Y en cuanto al resto del contenido de la indagatoria, se quebranta la verdad si se sostiene que se encuentra corroborado con el dicho de Rosa Rodríguez, de José María Santander y de Omar Bonilla, pues, el estudio que se hizo del 'primer cargo' lo desvirtúa".

Para desvirtuar la confesión del procesado, tuvo en cuenta el Tribunal la diligencia de necropsia, visible al fl. 15. En ella se describe la herida recibida por Alvarez, la dirección seguida por el proyectil que la causara y se anota esto, como digno de ser tenido en cuenta: "Se aprecia en todo el tórax abundante enfisema subcutáneo".

Es de pensar que ninguna otra circunstancia extraña se advirtió en el cadáver de Marco Tulio Alvarez.

Dijo el Tribunal, al apreciar esta prueba:

"Además, la diligencia de necropsia indicaría que la trayectoria del proyectil en el cadáver, sería de abajo hacia arriba, si efectivamente el acusado hubiera disparado desde el suelo sobre quien se hallaba encima de él, tirándole puños. Pero la autopsia ni siquiera indica una dirección oblicua de la bala, cuyo orificio de entrada se localizó en la región del hemitórax izquierdo, a nivel de la cuarta costilla con línea axilar posterior. Dicha diligencia dice:

'"Practicada la toracotomía, encuéntrase que el proyectil sigue una dirección transversal, perforando el lóbulo superior del pulmón izquierdo, la arteria pulmonar en su parte intrapericárdica, el pulmón derecho en su lóbulo superior. El proyectil atraviesa el tercer espacio intercostal de la pared posterior del hueco de la axila'. (fl. 15).

"La dirección que siguió el proyectil en el cuerpo del occiso, agregada a las declaraciones de visu, indican claramente que el disparo fue hecho como lo expresan los testigos, es decir, cuando ambos estaban de pies. Y además, como ni la diligencia del levantamiento del cadáver ni la de necropsia, dan cuenta de tatuaje en la piel o en las ropas del occiso o aún de quemaduras en las mismas, se concluye que el disparo no fue hecho a quema ropa, sino a una distancia mayor, màxime que el orificio de entrada sólo tenia una dimensión de siete milímetros".

El dictamen del perito no es plena prueba. El Juez debe apreciarlo, para "acogerlo o desecharlo, ya en todo, ya en parte...".

"La prueba pericial no obliga en sí misma y por sí sola, sino a través de la apreciación fundada y de la valuación jurídica del juez, que es al que en definitiva corresponde determinar el valor probatorio del peritazgo, pues no es éste un elemento de convicción judicial que obra automáticamente, sino un factor de orden legal que sirve al fallador para fundar sus conclusiones". (Cas. LXXXII, 692)

No siendo el Juez experto en todas las materias, necesita en ocasiones del auxilio de quien conoce de determinadas ciencias o artes. Pero el concepto del científico no obliga al fallador, sino que sirve de ayuda para explicar suficientemente las conclusiones que se den en un caso determinado. Y también el "sistema de apreciación de la prueba pericial, es -según el art. 268 del C. de P. P.- el de la libre covicción; y el dictámen, emitanlo uno o más peritos conjuntamente, no es por sí, plena prueba; el Juez o Tribunal -conforme a la prescripción citada- puede acogerlo o desecharlo, parcial o totalmente, con la obligación de fundar con claridad y precisión las razones de su decisión".

Fue exactamente lo que hizo el Tribunal Superior de Pereira. Siguiendo el dictamen médico-legal, que sòlo anotò, como digno de mención en el cuerpo de Alvarez el "enfisema subcutàneo", sacó conclusiones que se acomodan a las normas que rigen en estas cuestiones: que el disparo fue hecho cuando los protagonistas estaban de pies; que el disparo no fue hecho a quemarropa, sino a alguna distancia, ya que no hubo tatuaje en la piel o quemaduras en la ropa del occiso; que el orificio de entrada "solo tenia una dimensión de siete milímetros", lo que indica también la posible distancia entre agresor y agredido; y que la dirección del proyectil fue "transversal" y no de abajo hacia arriba, como hubiera sido lo natural si el disparo hubiera sido hecho en la posición en que dijo encontrarse Francisco Urbano Ortiz, al accionar el arma.

Realmente, estas apreciaciones no se apartan de la lógica, y antes bien, se acomodan a la común ocurrencia de los hechos. Por lo cual la estimación del recurrente no llega a destruír la del Tribunal.

Finalmente, para demostrar que el procesado ha dicho la verdad, en su indagatoria, el recurrente trae la declaración de Alfonso Lopera, quien afirma que, al día siguiente de la muerte de Alvarez, encontrò una navaja con su cuchilla abierta, frente al café "Globo".

Y agrega: "El hecho positivo del hallazgo está demostrado. Nadie pidió esa prueba, sino que llegó a verificarse mediante normales actividades oficiales de la Policía.

"Y si legalmente esta prueba es irrefutable, no hay razòn para que venga una caprichosa prueba en conciencia, una como verdad intuitiva que se ha veni-

do a convertir en radicación y sustancia de la certeza para el fallador. Por este aspecto también hubo errada interpretación de los hechos, o lo que es lo mismo, no han sido tenidos en cuenta a pesar de que contribuyen a demostrar que no está demostrada la responsabilidad del procesado".

A lo anterior responde el Tribunal:

"Ninguno de los presenciales le vió arma al interfecto, contradiciendo el dicho del acusado, quien afirma que Alvarez lo agredió con una navaja, sin que hubiera un indicio que respaldara tal aserción, indicio que no apareció hasta el 14 de enero del corriente año, en el informe que oficiosamente pasó al funcionario instructor el agente de Policía Luis Ochoa Torres, en el que se revela como un malicioso investigador".

Luego de trascribir dicho informe, el Tribunal agrega:

"Al ratificar ese informe bajo juramento, ya expresa el citado agente que el decomiso de la navaja a Alfonso Lopera tiene que ver con la investigación por el delito de 'Homicidio', donde figura como sindicado el señor Francisco Urbano Ortiz, y como ofendido -Occiso, Marco Tulio Alvarez, citando además el lugar, día y hora del insuceso, lo que indica que ya oficiosamente había investigado más.

"Naturalmente Alfonso Lopera declaró (fl. 53) que al día siguiente a la ocurrencia de los hechos, a eso de las seis o seis y media de la mañana, acertó a pasar por el frente del café 'Globo' acompañado de Omar Liévano, con tan buena suerte que al borde del andén al rinconcito como en la cuneta, vió 'la navaja', la cual tenía el limpia-uñas y una cuchilla abierta, navaja que era la misma que se le ponía de presente. (fl. 33).

"Es de advertir que en esa declaración no dice Lopera que esa navaja se la hubiera decomisado el agente Ochoa Torres el 13 de enero del corriente año, sino que se limita a relatar el hallazgo de 'la navaja', en la fecha y hora indicadas, omisión por demás extraña lo mismo que su frase de que vió 'la navaja', como si hubiera sido suya desde antes, cuando lo natural y lógico, era decir que vió 'una navaja', simples formas gramaticales que dejan mucho que pensar acerca de la credibilidad del testigo.

"Omar Liévano corrobora el dicho del testigo Lopera sobre el hallazgo de la navaja, pero advierte que cuando aquél se la mostró, tenía las cuchillas cerradas y que la recogió fue a todo el frente de la entrada del hotel que queda encima del café 'Globo'".

A esto debe agregarse que, en sana lógica, no es aceptable la versión del ataque que da el procesado. En verdad, si éste fue al suelo y Alvarez se arrojó sobre él, navaja en mano, por qué, teniéndolo dominado, no le causó la menor lesión, no le produjo el menor rasguño?. Si Alvarez vió a su agresor, en momentos de escrimir el revólver, cómo era que botaba la navaja y quedaba inerme a merced de su enemigo ?.

No hay respuesta satisfactoria a estos interrogantes. Y ello desacredita aquella versión.

Si, pues, el Tribunal no dió valor a la declaración de Lopera, ratificada en parte por Liévano, ello no quiere decir que se hubiere incurrido en un error grave o notorio, sino que, dentro de la apreciación racional de los hechos, no se

encontró digna de credibilidad tal deponencia, por los motivos expuestos en la sentencia acusada.

Y si ello es así, no resulta vulnerable, por este especto, el fallo de que se trata.

En los anteriores términos, la defensa alegada por el procurador del reo, no encuentra asidero dentro de las páginas de este expediente. Las declaraciones analizadas atrás, la indagatoria del procesado, la diligencia de necropsia, etc., son elementos de convicción que hacen muy borrosa, por decir lo menos, la existencia de una situación dentro de la cual Ortiz se hubiera visto en la necesidad de defender su vida o su integridad física, de un posible ataque de Alvarez.

Los elementos constitutivos de la defensa legal o legítima han sido presentados por los expositores, así:

a). La necesidad de la defensa. Es preciso que, dentro de una libertad opinativa, el procesado se sienta ante la necesidad de defender su derecho. "Para que la necesidad subjetiva se admita -dice Ferri- es necesario que se presente un estado tal de cosas que constituya al menos el comienzo de una agresión, una creencia razonable y sincera según la experiencia ordinaria, a no ser que resulte probado un exceso de loco terror en el que se defiende".

b). La existencia de una violencia actual, esto es, que no dé tiempo para esperar la protección social.

c). Que esa violencia sea injusta, o sea, que vaya contra derecho, que no se haya dado campo a ella por parte de quien dice defenderse.

d). Que tal violencia actual e injusta ponga en peligro el derecho. Si, por tanto, el bien jurídico protegido no se encuentra amenazado realmente, no hay lugar a la defensa legal.

e). Que sea proporcionado el acto de defensa al acto de agresión.

Tales elementos estructurales deben estar demostrados plenamente en el proceso, o mejor, deben aparecer de bulto en el mismo, para que, no se coloque al agredido en el campo del agresor, para que situaciones aparentemente confusas no den lugar a la impunidad.

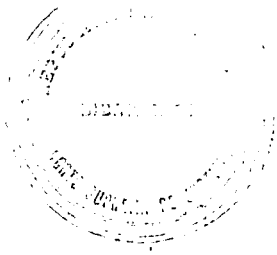
En el caso que se estudia, se ha tratado de crear dificultad en la apreciación de la prueba recogida, para llevar a la mente del faltador una duda sobre la realidad en que estuvo colocado Francisco Urbano Ortiz. No obstante, el análisis probatorio ha demostrado que éste no se vió, en momento alguno, en la necesidad de actuar en la forma en que lo hizo contra Marco Tulio Alvarez. Armado debidamente, esperó la salida de quien, en momentos de euforia, lanzó un grito de adhesión a una parcialidad política, y al verse frente a él, disparó su revólver. En este preciso instante, se presentó la lucha del herido contra su heridor, de quien, sintiéndose a las puertas de la muerte, conservaba todavía una última esperanza, de quien se defendía, éste sí, impidiendo que nuevamente se disparase contra él.

Los cargos hechos contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira no han sido demostrados, como no se ha comprobado tampoco que aquella Corporación hubiera incurrido en notorio error al apreciar los elementos de prueba que fueron traídos al debate. Por consiguiente, tales cargos serán desechados, y la sentencia acusada conservará todo su valor.

Por 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 concepto del señor Agente del Ministerio Público, NO INVALIDA la sentencia de 27 de septiembre de 1.960, obra del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, y que ha sido motivo del presente estudio.

Cópiese, notifíquese y devuèlvase. Publíquese en la "Gaceta Judicial".

Julio Roncallo Acosta. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Humberto Barrera Domínguez.-Simón Montero Torres.- Primitivo Vergara Crespo.- Pioquinto León L., Secretario



EXTRADICION

1. No existiendo tratado de extradición entre Colombia y Suiza, es evidente que el presente caso debe estudiarse a la luz de las normas pertinentes de la ley colombiana, conforme al principio establecido en el art. 9o. del Código Penal.

2. Dos son los requisitos esenciales que la ley nacional establece para que la extradición pueda ofrecerse o concederse: a) que el hecho que la motiva también esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad no inferior a cuatro años; y b) que por lo menos se haya dictado en el exterior auto de proceder o su equivalente. (Art. 709 del C. de P. P.).

3. Los hechos que se atribuyen al señor Von Gunten en los autos proferidos por el Juez de Instrucción suizo están también considerados como delictuosos por la legislación penal colombiana. (Capítulo III, Título VI, Libro 2o. del Código Penal y Capítulo V, Título XVI ib.). Tales hechos, según se desprende de aquellas providencias, obran en concurso material contra el sindicado, y es incuestionable que la sanción privativa de la libertad, aún considerando aisladamente el delito de falsedad, vale decir, sin que opere el fenómeno del cúmulo jurídico, excede de cuatro años.

4. El auto de proceder, como lo ha expresado la Corte en múltiples oportunidades, "constituye el pliego de cargos que se presenta al acusado, para que se defienda". Y es esa la cualidad fundamental que encierran los autos proferidos contra el ciudadano suizo reclamado: allí el Juez de su país, con plenitud de poder jurisdiccional, le formula al procesado cargos concretos, legalmente calificados, sin que cambie la esencia de las cosas el que una providencia tal se llame en la legislación del Estado requirente con nombre distinto al que le reserva la ley colombiana. No le asiste, pues, razón al señor apoderado cuando sostiene, en su plausible labor de defender a quien en estas diligencias representa, que la solicitud de extradición estudiada se formuló sin aportar la pieza equivalente al auto de proceder.

5. Carece de validez el argumento de que los proveídos dictados contra von Gunten fueron proferidos por un Juez de Instrucción y no por un Juez Superior. Ya pudo observarse, a través del contenido de las certificaciones del Fiscal General de la República y Cantón de Ginebra y del mismo Juez aludido, que este último funcionario tiene competencia para dictar esa clase de providencias: "En virtud de dichos autos de proceder, -expresa el Fiscal General- el Juez de Instrucción está válidamente encargado del proceso penal y autorizado a proceder contra el interesado".

Por otra parte, la ley colombiana, al exigir como condición para que pueda ofrecerse o concederse la extradición, "que se haya dictado en el exterior auto

de proceder o su equivalente", en manera alguna señala la categoría o el rango del funcionario o de la autoridad que debe proferirlo.

6. Para desechar la tacha de que a la demanda de extradición no se aportaron los datos que se posean para establecer la mayor peligrosidad del procesado, basta recordar lo que sobre el particular ha expresado la Corte, a propósito de idéntico reparo:

"El aparte e) del art. 1o. del Decreto 2200 de 1.938 prescribe, en efecto, que a la solicitud de extradición han de acompañarse los datos que se posean 'para establecer la mayor peligrosidad del agente reclamado, tales como sus antecedentes de depravación y libertinaje, haber incurrido, anteriormente, en condenaciones judiciales o de policía, haber obrado por motivos innobles o fútiles, etc.'.

"Como es racional, estos datos a que se refiere el expresado texto legal nada tienen que ver con el concepto que debe emitir la Corte en torno a la petición de extradición del señor Ernest Bachofner, puesto que sí, como se dijo atrás y ahora se repite, ella no puede pronunciarse sobre su responsabilidad, tampoco puede ocuparse de nada que toque con la peligrosidad que le pueda ser propia, precisamente en razón de que ese es uno de los factores que, conforme al art. 36 del C. P., sirve de base para la determinación en concreto de la sanción que haya de imponerse al responsable de un delito". (Concepto de 13 de noviembre de 1.959, sobre extradición del ciudadano suizo Ernest Bachofner).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotà, veintinueve de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

Para que esta Sala de la Corte ejerza la atribución que le confieren los artículos 9o. y 710 de los Còdigos Penal y de Procedimiento, en su orden, el Ministerio de Justicia le ha enviado los documentos relacionados con la solicitud de extradición del ciudadano suizo GERVAIS VON GUNTEN, formulada al Gobierno de Colombia por la Embajada de Suiza en Bogotá.

ELEMENTOS DE JUICIO.

De la referida documentaciòn se desprende que contra el señor Gervais Von Gunten se adelanta en Suiza proceso penal por hechos que, conforme a la legislación del Estado requirente, constituyen delitos de abuso de confianza y falsedad en documentos.

En el "AUTO DE PRISION" proferido por el Juez de Instrucción de la República y Cantón de Ginebra en relación con el primero de los delitos mencionados, se puntualizan los hechos atribuídos al agente reclamado en la siguiente forma:

"El 12 de mayo de 1.961, D. Jean KAISER puso una querella penal contra Gervais VON GUNTEN en razón de los hechos siguientes:

"El querellante, propietario en Ginebra de un comercio de instalaciones elèctricas, empleó a Von Gunten en Febrero de 1.959 como contador y empleado de la oficina.

"La contabilidad tenida por este último se componía de dos libros, sea un libro de cheques postales y un libro de banco. El Sr. Kaiser es en efecto titular de una cuenta de cheques postales que se alimenta particularmente mediante los pagos de sus clientes y de una cuenta corriente en el Union de Banques Suisses alimentada esencialmente por giros de la cuenta de cheques postales. El querellante daba varias veces por mes cheques postales a su contador en vista de transferir los capitales de la cuenta en correos al banco.

"El 4 de Mayo de 1.961, Von Gunten pidió a su empleador dos días de vacaciones que le fueron concedidos. Al final de dichas vacaciones no volvió a trabajar y desde aquel momento no dió señal de vida.

"El Sr. Kaiser notó rapidamente que su ex-empleado había malversado importantes cantidades de dinero. Confió el examen de su contabilidad a la S. A. Fiduciaire Suisse que redactó una relación cuyos resultados (sic) son los siguientes:

"Hasta el 7 de Abril de 1.959, los traspasos de dinero de la cuenta de cheques postales a la Union de Banques Suisses se efectuaron mediante giros postales, o sea sin manipulación de efectivo. A partir del 15 de Abril de 1.959 Von Gunten, sin avisar al querellante, retiraba el dinero de la cuenta de cheques postales mediante cheques de retiro y lo pagaba después, con un retraso, que iba aumentando, a la Union de Banques Suisses o lo utilizaba para pagar los proveedores.

"A partir de diciembre de 1.960, Von Gunten retiraba diferentes cantidades de la cuenta corriente de la Union de Banques Suisses sin justificar de su empleo en el interés del querellante. No cabe duda, pues, que se apropiaba (sic) dichas cantidades utilizándolas en sus (sic) propio interés. Las cantidades así retiradas del banco sin justificaciones son de Fr. 31.500 en Diciembre de 1.960, Fr. 11.420 en Enero, Fr. 15.000 en Febrero y Fr. 16.500 en Marzo de 1.961.

"Por otra parte, de Marzo a Mayo de 1.961, Von Gunten retiró de la cuenta de cheques postales: Fr. 17.000 el 20 de Marzo; Fr. 10.500 el 1o. de Abril; Fr. 3.000 el 6 de Abril; Fr. 32.000 el 17 de Abril; Fr. 60.000 el 27 de Abril; y Fr. 18.000 el 3 de Marzo de 1.961, o sea una cantidad total de Fr. 140.500 destinada a la cuenta corriente de la Union de Banques Suisses que no fue pagada a dicho banco. Es manifiesto que se quedó con todas estas cantidades y que probablemente las utilizó para su uso personal. Su huida no puede explicarse de otra manera.

"Visto lo expuesto parece que existen indicios suficientes contra Von Gunten de haber empleado a su provecho o a provecho de un tercero cantidades de dinero que le habían sido confiadas, infracción prevista y castigada por el artículo 140 del Código Penal Suizo mencionado más arriba". fls. 9 a 11, cuaderno 1o. de estas diligencias).

Por otra parte, el mismo Juez de Instrucción formula a Von Gunten el cargo de falsedad en documentos, conducta que aparece descrita en el "AUTO DE PRISION del 19 de febrero de 1.963, cuyos pasos pertinentes dicen:

"En complemento al auto de prisión ordenado el 25 de septiembre de 1.962 al cual el juez de Instrucción se refiere expresamente, hay que añadir lo siguiente:

"En su calidad de contador Von Gunten tenia que tener los libros y en particular pasar las inscripciones en los libros del banco y los libros titulados 'control de cheques postales'.

"Así que fue indicado en el antes mencionado auto de prisión, Von Gunten retiraba, de diciembre de 1.960 a marzo 1.961, de la cuenta corriente en Union de Banques Suisses una cantidad total de Fr. 74.420 de que se apoderó y que gastaba para sus necesidades personales.

"Por otra parte, de marzo a mayo de 1.961 retiraba de la cuenta de cheques postales del Sr. Kaiser una cantidad total de Fr. 140.500 destinada a la cuenta corriente de la parte civil en la Union de Banques Suisses, pero este banco nunca recibió dicha cantidad.

"En vista de disimular estos abusos de confianza, Von Gunten ha hecho diversas inscripciones falsas, tanto en el libro del banco que (sic) en los libros de control de cheques postales. En el libro de banco A, mencionó el pago a los acreedores de la parte civil de un total de Fr. 31.500 el 25 de diciembre de 1.960 y un total de Fr. 15.000 el 28 de febrero de 1.962; sin embargo, dichas cantidades nunca llegaron a dichos acreedores puesto Von Gunten las malversó perjudicando así a sus empleador.

"En el libro de banco B, indicó el pago a los acreedores del Sr. Kaiser de un total de Fr. 35.000 el 30 de enero de 1.961, mientras solo habían recibido Fr. 23.580, la diferencia, o sea Fr. 11.420 habiendo sido malversa da por Von Gunten. En este mismo libro, inscribió un pago de Fr. 16.500 a favor de los acreedores de la parte civil el 27 de marzo de 1.961 que no corresponde a la realidad puesto que Von Gunten se apoderó de dicha cantidad. En los dos libros A y B de control de cheques postales, Von Gunten hizo en total cinco inscripciones falsas. En efecto, escribió de su mano al lado de las detracciones de Fr. 17.000 el 23 de marzo de 1.961, de Fr. 10.500 el 1o. de abril de 1.961, de Fr. 3.000 el 4 de abril de 1.961, de Fr. 32.000 el 27 de abril de 1.961 la mención 'retirado para U. B. S.'. Sin embargo, dicho banco no recibió ninguna de las cantidades que, según los libros, le habían sido pagado. (Sic).

"Estas falsas inscripciones permitieron a Von Gunten de dejar Suiza antes de que su empleador se daba cuenta de los abusos de confianza cometidos por su contador.

"A lo visto de lo que precede existen indicios suficientes contra Von Gunten de haber, con la intención de perjudicar a los intereses pecuniarios de otra persona y de procurarse una ventaja ilícita, creado un titulo falso y haber comprobado falsamente en un título un hecho con consecuencia jurídica, crimen previsto y castigado por el articulo 251 del Código penal suizo mencionado arriba". (fls. 20 a 22, Cuaderno. 2o.).

En relación con los autos cuyos párrafos pertinentes acaban de transcribirse aparcen en la referida documentación las siguientes certificaciones:

"REPUBLICA Y CANTON DE GINEBRA. Ginebra, a 14 de Febrero de 1.963.- EL FISCAL GENERAL DE LA REPUBLICA Y CANTON DE GINEBRA certifica: que mandó un auto de proceder contra el llamado Gervais Von Gunten, actualmente detenido en Colombia, por abuso de confianza (artículo 140 del Código penal Suizo) y falsificacion de documentos (artículo 251 del Código penal suizo).

"En virtud de dichos autos de proceder, el Juez de Instrucción está válidamente encargado del proceso penal y autorizado a proceder contra el interesado. EL FISCAL GENERAL: (firmado) J. EGER".

"Confederación Suiza. -REPUBLICA Y CANTON DE GINEBRA.- Ginebra, Palacio de Justicia, a 19 de Febrero de 1.963.- EL JUEZ DE INSTRUCCION certifica con la presente que válidamente encargado por los autos de proceder del Fiscal General de la República y Cantón de Ginebra, procedió contra Von Gunten inculpado de abuso de confianza y de falsificación de documentos, interrogando en particular al querellante y al perito contador.- EL JUEZ DE INSTRUCCION IV: (firmado) P. Dinichert".

En los supradichos autos se hallan transcritos los textos de los artículos 140 y 251 del Código Penal suizo, que se presumen violados por los actos atribuidos al ciudadano cuya extradición se solicita.

OPOSICIÓN

Al contestar el traslado que autoriza el artículo 15 del Decreto 2200 de 1.938, en armonía con el 395 del C. J., el doctor Carlos Tayeh Vega, actuando en su calidad de apoderado del señor Von Gunten en las presentes diligencias, solicita de la Corte concepto adverso a la extradición de su poderdante, fundado en las razones que a continuación se sintetizan:

a). "De las piezas exigidas por el artículo 1o. del Decreto 2200 de 1.938 el Gobierno suizo, por intermedio de su embajada en nuestro país, dejó de acompañar las pedidas por el aparte a), que son de orden sustantivo y no meramente formales.

"Con efecto, ..., allí se demanda del Gobierno requirente 'Copia o transcripción auténtica de la sentencia, si se trata de un condenado, o copia del auto de proceder o su equivalente, si se trata de un procesado' ".

b). La providencia proferida por el Juez de Instrucción suizo contra el señor Von Gunten, aducida como base para solicitar la extradición de éste, es un simple "auto de prisión", equiparable sólo al que el Código de P. P. colombiano prevé en su artículo 379. Por tanto, no constituye el auto de proceder de que trata el artículo 429 de la citada obra, ni equivale a él. En consecuencia, falta uno de los requisitos fundamentales para que, en el presente caso, prospere la extradición.

c). Por otra parte, de los elementos de juicio que se acompañaron a la demanda respectiva se desprende que el aludido auto de detención fué dictado por un Juez de Instrucción que, ni en Colombia ni en Suiza, es "Juez del conocimiento, Juez Superior, y mal podría dictar auto de proceder, o su equivalente".

d). Finalmente, tampoco se satisfizo la exigencia que el citado artículo 1o. del Decreto 2200 comprende en su aparte e), por cuanto a la solicitud de extradición no se acompañaron "Los datos que se posean para establecer la mayor peligrosidad del agente reclamado, tales como sus antecedentes de depravación y libertinaje, haber incurrido, anteriormente, en condenaciones judiciales o de policía, haber obrado por motivos innobles o fútiles, etc".

"Debe concluirse de todo lo expuesto -expresa el señor apoderado- que el gobierno suizo no ha sastisfecho la principal exigencia contenida en el aparte a)

del artículo 1o. del Decreto 2200, de 1.938, por no haber acompañado la copia del auto de proceder, o de su equivalente en Colombia; lo mismo puede predicarse del aparte e), por cuanto Von Gunten no tiene antecedentes penales ni de policía".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1). No existiendo tratado de extradición entre Colombia y Suiza, es evidente que el presente caso debe estudiarse a la luz de las normas pertinentes de la ley Colombiana, conforme al principio establecido en el artículo 9o. del Código Penal.

2). Dos son los requisitos esenciales que la ley nacional establece para que la extradición pueda ofrecerse o concederse: a) -Que el hecho que la motiva también esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad no inferior a cuatro años; y b)- que por lo menos se haya dictado en el Exterior auto de proceder o su equivalente. (Art. 709 del C. de P. P).

3). Los hechos que se atribuyen al señor Von Gunten en los autos proferidos por el Juez de Instrucción suizo están también considerados como delictuosos por la legislación penal colombiana. (Capítulo III, Título VI, Libro 2o. del Código Penal, y Capítulo V, Título XVI ib.). Tales hechos, según se desprende de aquellas providencias, obran en concurso material contra el sindicado, y es incuestionable que la sanción privativa de la libertad, aún considerando aisladamente el delito de falsedad, vale decir, sin que opere el fenómeno del cúmulo jurídico, excede de cuatro años.

4). El auto de proceder, como lo ha expresado la Corte en múltiples oportunidades, "constituye el pliego de cargos que se presenta al acusado, para que se defienda". Y es esa la cualidad fundamental que encierran los autos proferidos contra el ciudadano suizo reclamado: allí el Juez de su país, con plenitud de poder jurisdiccional, le formula al procesado cargos concretos, legalmente calificados, sin que cambie la esencia de las cosas el que una providencia tal se llame en la legislación del estado requirente con nombre distinto al que le reserva la ley colombiana. No le asiste, pues, razón al señor apoderado cuando sostiene, en su plausible labor de defender a quien en estas diligencias representa, que la solicitud de extradición estudiada se formuló sin aportar la pieza equivalente al auto de proceder.

5). Asimismo, carece de validez el argumento de que los proveídos dictados contra Von Gunten fueron proferidos por un Juez de Instrucción y no por un Juez Superior. Ya pudo observarse, a través del contenido de las certificaciones del Fiscal General de la República y Cantón de Ginebra y del mismo Juez aludido, que este último funcionario tiene competencia para dictar esa clase de providencias: "En virtud de dichos autos de proceder, -expresa el Fiscal General- el Juez de Instrucción está validamente encargado del proceso penal y autorizado a proceder contra el interesado".

Por otra parte, la ley colombiana, al exigir como condición para que pueda ofrecerse o concederse la extradición, "que se haya dictado en el Exterior auto de proceder o su equivalente", en manera alguna señala la categoría o el rango del funcionario o de la autoridad que debe proferirlo.

6). Por último, para desechar la tacha de que a la demanda de extradición no se aportaron los datos que se posean para establecer la mayor peligrosidad del

procesado, basta recordar lo que sobre el particular ha expresado la Corte, a propósito de idéntico reparo:

"El aparte e) del art. 1o. del Decreto 2200 de 1.938 prescribe, en efecto, que a la solicitud de extradición han de acompañarse los datos que se posean 'para establecer la mayor peligrosidad del agente reclamado, tales como sus antecedentes de depravación y libertinaje, haber incurrido, anteriormente, en condenaciones judiciales o de policía, haber obrado por motivos innobles o fútiles, etc.'.

"Como es racional, estos datos a que se refiere el expresado texto legal, nada tienen que ver con el concepto que debe emitir la Corte en torno a la petición de extradición del señor Ernest Bachofner, puesto que si, como se dijo atrás y ahora se repite, ella no puede pronunciarse sobre su responsabilidad, tampoco puede ocuparse de nada que toque con la peligrosidad que le pueda ser propia, precisamente en razón de que ese es uno de los factores que, conforme al art. 36 del C. P., sirve de base para la determinación en concreto de la sanción que haya de imponerse al responsable de un delito". (Concepto de 13 de Nov. de 1.959, sobre extradición del ciudadano suizo Ernest Bachofner).

De lo anterior se desprende que en el presente caso se reunen los presupuestos necesarios para declarar procedente la solicitud estudiada.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal- con fundamento en la facultad que le confiere el artículo 710 del Código de Procedimiento Penal, emite CONCEPTO FAVORABLE sobre la extradición a que expresamente se refiere el presente dictamen.

Cópiese y devuélvase el asunto al Ministerio de Justicia. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Julio Roncallo Acosta. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria.- Humberto Barrera Domínguez. - Simón Montero Torres. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Srio.

REVISION. CAUSAL 5ª. DEL ART. 571 DEL C. DE P. P.

Los casados que hagan vida conyugal, están exentos de prestar servicio militar bajo banderas.

La causal quinta de revisión del art. 571 del Código de Procedimiento Penal dice que hay lugar al recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas "Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

De acuerdo con el art. 598 del Decreto 0250 de 1.958, actual Código Penal Militar, "en las materias penales de que conoce la jurisdicción penal militar hay lugar al recurso de revisiòn por las causales y según las normas del Código de Procedimiento Penal". Por tanto, es procedente la causal de revisión alegada en este caso.

En el art. 162 del C. P. M., Título IV, Capítulo VI se dice: "No son responsables de deserción los que hayan sido incorporados ilegalmente". Ahora bien. Los varones colombianos cuya edad pase de los dieciocho (18) años están obligados a prestar servicio militar, salvo las excepciones establecidas en la ley 1ª. de 1.945 y en el Decreto reglamentario No. 2200 de 1.946.

El numeral f) del art. 21 de la citada ley establece que están exentos de prestar el servicio militar bajo banderas, en tiempo de paz, "Los casados que hagan vida conyugal".

En consecuencia, es ilegal la incorporación al servicio militar bajo banderas, de los colombianos que estén legítimamente casados, y además, hagan vida conyugal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Bogotá, marzo treinta de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

RAFAEL AGUSTIN GONZALEZ LEON, por medio de su apoderado, doctor Blanco E. Arévalo Ch., ha interpuesto recurso de revisión del proceso pe-

nal, que se le siguió por el delito de "Deserción" y que fue fallado en primera y segunda instancia por el Comando de Policía Militar de Bogotá y por el Tribunal Superior Militar.

GONZALEZ LEON fue condenado a ocho (8) meses de arresto y a la separación temporal de las Fuerzas Armadas por un tiempo igual al de la pena principal.

Se ha dado la tramitación legal a este recurso extraordinario. Es el momento de decidir, ya que se han presentado la demanda de revisión y el concepto del Jefe de Negocios Penales de la Procuraduría Delegada de las Fuerzas Armadas.

HISTORIA DE LOS HECHOS:

Así son narrados:

"Efectivamente, el señor Teniente Coronel Comandante del Batallón Nº. 1 de Policía Militar, en su condición de Juez de Primera Instancia, juzgó en ausencia mediante el procedimiento especial establecido en el artículo 590 del Código Penal Militar, al señor RAFAEL AGUSTIN GONZALEZ LEON, quien prestaba su servicio en la Compañía "Carabobo" de la referida Unidad, y al disfrutar de un turno de salida concedido el día 22 de diciembre de 1.959 no volvió a ella. El día 29 de julio de 1.960 le fue proferida sentencia condenatoria por violación del artículo 158 del Código citado, en la cual le impusieron la pena principal de 8 meses de arresto y la accesoria de separación temporal de las Fuerzas Militares por un tiempo igual, determinación que confirmó el Honorable Tribunal Superior Militar en la suya del 24 de septiembre del mismo año".

DEMANDA DEL RECURRENTE:

El Dr. Blanco E. Arévalo Ch., apoderado del procesado, en su demanda, relata, en primer término, los "ANTECEDENTES" del proceso seguido a González León, y luego, señala las "CAUSALES DE REVISION".

Invoca, en efecto, la causal 5ª. del artículo 571 del C. de P. P., la que sustenta en las siguientes frases:

"El Decreto 0258 de 1.958, actual Código P. M. establece que no es responsable del delito de deserción el que haya sido ilegalmente incorporado.

"Como aquí se trata de una sentencia condenatoria contra Rafael Agustín González León, por el delito de deserción me permito acompañar la prueba, que que en este caso es suficiente, y que establece la ilegal incorporación del sentenciado. Conforme a lo establecido por la ley 1a. de 1.945, reglamentada por el Decreto 2200 de 1.946 están obligados a servir bajo banderas en tiempo de paz todos los varones colombianos cuya edad se halle entre los 20 y los 50 años, salvo las excepciones que esta misma ley establece en los artículos 20 y 21.

"Debe advertir que la edad en que puede ser hoy día incorporado el varón para el servicio militar obligatorio es la de 18 años cumplidos a virtud de una reforma que se le hizo a la ley 1a.

"Están exentos en todo tiempo de prestar el servicio militar bajo bandera los ciudadanos a que se refiere el art. 20 de la citada ley y en tiempo de paz están exentos del mismo servicio entre otros 'F) Los casados que hagan vida conyugal;'.

"Con la partida de origen eclesiástico que acompaño expedida por el Sr. Cura Párroco de San Luis de Cúcuta y las declaraciones extrajuicio de los señores Pedro Tarazona Arocha y Pedro Elías Gómez Ferreira se establece plenamente que Rafael Agustín estaba legítimamente casado con María del Carmen Blanco desde el día 1o. de marzo de 1959, y que hacía vida conyugal.

"Como consta en autos y en la misma sentencia que González León fue dado de alta como soldado el 1o. de noviembre de 1.959, por el art. 972 de la orden del día y como aparece establecido que en esa fecha estaba casado y hacía vida conyugal se encontraba dentro de la exención establecida por el art. 21 ord. f) de la Ley 1a. de 1.945 y por lo tanto no podía ser dado de alta como soldado.

"Ese quebrantamiento de las normas legales constituye clásicamente la ilegal incorporación, es decir, la causal eximente de responsabilidad establecida por el artículo 162 del C. P. M. y como tal, plenamente probada la causal que he invocado".

CONCEPTO DEL PROCURADOR:

El señor Jefe de Negocios Penales de la Procuraduría Delegada de las Fuerzas Armadas, encuentra ajustada a derecho la demanda de revisión. Así se expresa:

"Las alegaciones y razonamientos aducidos por el impugnador justifican la solicitud de revisión del proceso, puesto que la causal invocada esta llamada a prosperar, precisamente por la presencia del documento de origen eclesiástico, no conocido oportunamente en el juicio, que viene a demostrar que RAFAEL AGUSTIN GONZALEZ LEON, fue incorporado ilegalmente y, conforme a los términos del artículo 162 del Código Penal Militar no está incurso del delito de deserción. Tal elemento probatorio allegado al informatorio de la Corte, es suficiente para acreditar la irresponsabilidad del condenado como también para que hubiera sido absuelto en las instancias falladas".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1a. El recurrente ha invocado la causal 5a. de revisión del artículo 571 del C. de P. P., que dice:

Hay lugar al recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas, "5o. Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

De acuerdo con el artículo 598 del Decreto 0250 de 1.958, actual Código Penal Militar, "en las materias penales de que conoce la jurisdicción penal militar hay lugar al recurso de revisión por las causales y según las normas del Código de procedimiento Penal". Por tanto, es procedente la causal de revisión alegada en este caso.

2a. En el artículo 162 del C. P. M., Título IV, Capítulo IV, se dice: "No son responsables de deserción los que hayan sido incorporados ilegalmente".

Ahora bien. Los varones colombianos cuya edad pase de los diez y ocho (18) años estàn obligados a prestar servicio militar, salvo las excepciones establecidas en la Ley 1a. de 1.945 y en el Decreto reglamentario No. 2200 de 1.946.

El numeral f) del artículo 21 de la citada ley establece que están exentos de prestar el servicio militar bajo banderas, en tiempo de paz, "los casados que hagan vida conyugal".

En consecuencia, es ilegal la incorporación a servicio militar bajo banderas, de los colombianos que estén legítimamente casados y, además, hagan vida conyugal.

3a. Rafael Agustín González León está casado legítimamente con la señora María del Carmen Blanco, desde el 1o. de marzo de 1.959, según aparece de la partida de matrimonio expedida por el señor Cura Párraco de San Luís de Cúcuta (fl. 9).

De esta unión han nacido varios niños: José Rafael Antonio (14 de octubre de 1.959); Víctor Manuel, (24 de diciembre de 1.961), como consta en las partidas de nacimiento de folios 11 y 12.

Fuera de ello, con las declaraciones de Pedro Tarazona Arocha y Pedro Elías Gòmez Ferreira, (fls. 7 y 8), se comprueba que González Leòn hacía vida conyugal con su esposa el día 1o. de noviembre de 1.959, fecha en la cual fue dado de alta como soldado.

Quiere decir lo anterior que, al ser incorporado en el Ejèrcito y en la Escuela de Policía Militar, Rafael Agustín González León se encontraba en uno de los casos de exención del servicio militar (art. 21 letra (f) Ley 1a. de 1.945).

Por consiguiente, la incorporación al servicio militar de González León quebrantaba las disposiciones legales sobre la materia.

4a. En el Comando de la Escuela de Policía Militar y en el Tribunal Superior Militar se adelantó proceso penal contra Gonzàlez León, por el delito de "Deserción" previa declaratoria de reo ausente. El defensor de oficio, en memorial de 22 de julio de 1.960, pidiò que se eximiera de responsabilidad a su defendido, que era hombre de absoluta ignorancia y que desconocía las consecuencias que de su obrar podrían desprenderse. Pero no solicitò pruebas, pues no logró, seguramente, ponerse en contacto con el interesado.

Ahora, para impetrar la revisión del proceso, se han presentado pruebas que no se conocieron al tiempo del debate y que acreditan la irresponsabilidad del recurrente, por cuanto indican de manera clara que se le incorporó ilegalmente al ejèrcito.

Por consiguiente, procede la revisión de la sentencia de que se trata, y así se ordenará, en cumplimiento del art. 574 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 Agente del Ministerio Público, ORDENA LA REVISION de la causa a-

delantada contra RAFAEL AGUSTIN GONZALEZ LEON en el Comando de la Escuela de Policía Militar de Bogotá, y dispone pasar el expediente respectivo a oficina distinta de la que antès la tramitó y decidió, para los efectos legales: Comando de la Escuela de Infantería (Usaquén).

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la "Gaceta Judicial".

Julio Roncallo Acosta. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Humberto Barrera Domínguez. - Simón Montero Torres. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

Extractos de Jurisprudencia en materia laboral, por el Relator de entonces, doctor LUIS IGNACIO SEGURA A.

ACCIDENTE DE TRABAJO OCURRIDO POR CULPA DEL PATRONO. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS DE ORDEN LABORAL E INDEMNIZACION ORDINARIA DE PERJUICIOS. CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO CELEBRADO CON LA NACION. LEGITIMACION PARA INTERVENIR EN EL PROCESO.

1. Falta de legitimación para obrar en el recurso extraordinario. 2. Las relaciones de derecho individual del trabajo entre el Estado y los empleados oficiales en el ramo de obras públicas, se rigen por la legislación anterior al Código Laboral. 3. Según el último inciso del literal b) del artículo 12 de la ley 6ª. de 1.945, probada en el juicio la culpa del patrono en la producción del accidente de trabajo, el demandante adquiere el derecho a la reparación plena de los perjuicios que por tal causa le sobrevinieron. No puede colocarse en el mismo plano el accidente de trabajo, imprevisto y repentino, que el producido por culpa del empresario. La indemnización prefijada por la ley del trabajo se funda en el riesgo creado, esto es, en la simple responsabilidad objetiva, sin tomar en cuenta la culpa patronal. En cambio, la ordinaria de perjuicios comprende todos los que el accidente haya causado a la víctima y que ésta logre demostrar. 4. Deducciones injustificadas del monto de lo debido por causa de indemnización ordinaria de perjuicios.

1. La ley no autoriza la intervención en el proceso jurisdiccional contencioso, en cualquiera de sus fases, a título de simple colaboración. Trátese de partes o de coadyuvantes, simples o litisconsortes, la decisión debe afectarlos para adquirir el derecho a impugnarla. No siendo este el caso respecto de la Sociedad que conjuntamente con la Nación fue demandada, ya que la sentencia del Tribunal la absolvió de todos los cargos, no hay lugar a que la Sala se detenga a examinar la réplica que a título de colaboración espontánea en favor de la Nación ha presentado ante la Corte el mandatario judicial de la referida Compañía, pues no está legitimada para obrar en el recurso extraordinario y por lo mismo su gestión resulta ineficaz, cualquiera que sea la denominación que se le atribuya al acto procesal.

2. Debe rechazar la Corte la glosa sobre insubsistencia del artículo 12 de la ley 6ª. de 1.945. Está demostrado en el proceso que el trabajador demandante prestó servicios personales a la Nación, por intermedio de la "Morrison Knudsen", su administrador delegado, en la construcción de una carretera. Ahora bien: según el artículo 4o. del CST., las relaciones de derecho individual del trabajo entre el Estado y los empleados oficiales en el ramo de obras públicas, no se rigen por sus normas, sino por los estatutos especiales que se dicten posteriormente, y como estos estatutos no se han promulgado, tales relaciones han quedado bajo el imperio de la legislación anterior al Código Laboral, normativa del contrato de trabajo entre particulares, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 4o. del De-

creto 2127 de 1.945. A la legislación anterior al Código pertenece la ley 6a. de 1.945, cuyo artículo 12, inciso último de su literal b, aplica la sentencia.

3. Preceptúa al artículo 12 de la ley 6a. de 1.945, en el último inciso de su literal d): "En los casos de enfermedad profesional y de accidente de trabajo por culpa del patrono, el valor de la indemnización se descontará de la condenación ordinaria de perjuicios".

El Tribunal entendió el anterior precepto en su recto sentido. En efecto, dice que, probada en el juicio la culpa del patrono en la producción del accidente de trabajo, el demandante adquirió el derecho a la reparación plena de los perjuicios que por tal causa le sobrevinieron, previa deducción de la indemnización de orden laboral, prefijada por la ley. Sin embargo, al fijar el *quantum* de los perjuicios, opta por el que, según el dictamen pericial, representa el 65 $_0/^0$ de su importe, no el que, conforme a la misma prueba, determina el valor total de aquéllos.

La resolución, en la forma expuesta la funda el Tribunal en la consideración de que al actor le queda un 35% de su capacidad general de trabajo, según dictamen médico, que si no puede emplear en el desempeño de su profesión, sí puede utilizar en otras actividades lucrativas. Para la Sala no es aceptable el argumento ya que ordena tomar en consideración factores que impiden la reparación plena del perjuicio causado, pues el pedido en la demanda inicial y establecido en el proceso, no era el proveniente de la merma de la capacidad general de trabajo, sino el sufrido por el demandante como Operador de Pala, que fue el oficio desempeñado por èl durante todo el tiempo de su vinculación laboral (octubre de 1.952 a marzo de 1.956).

Debe observarse que no se trata de investigar el hecho dañoso y sus consecuencias en abstracto, con prescindencia de la profesión que ejercía el accidentado, sino el perjuicio sufrido por éste en esa actividad concreta y específica, según los términos del *petitum* y los expresados en la *causa petendi*. No puede colocarse en el mismo plano el accidente de trabajo que, según la definición legal, es hecho imprevisto y repentino sobrevenido por causa o con ocasión del trabajo, sin intervención del patrono o del trabajador, que el producido por culpa del empresario, pues en tal evento pierde mucho de su imprevisión, ya que su ocurrencia se debe a la falta de diligencia y cuidado por quien tenía la obligación de tomar las medidas de protección y seguridad necesarias para prevenirlo. Si en el primer caso, por regla general, se toma en cuenta la incapacidad del trabajador para el desempeño de una actividad cualquiera, en proporción al daño sufrido, en el segundo, el hecho dañoso, en cuyo acaecimiento ha mediado el dolo (elemento equivalente a la culpa grave, a vista de lo preceptuado en el artículo 63 del C. Civil), no puede merecer en el plano jurídico el mismo tratamiento. Medir la responsabilidad y el perjuicio consiguiente con el mismo rasero, se presta para concluír que el hecho productor del accidente tiene el mismo significado para el patrono inocente que para el culpable, con la única diferencia de aumentar para éste el valor de la indemnizacion tasada, pero sin alterar el grado de incapacidad señalado para ella por la medicina industrial. La indemnización prefijada por la ley del trabajo se funda en el riesgo creado, esto es, en la simple responsabilidad objetiva, sin tomar en cuenta la culpa patronal. En cambio, la ordinaria de perjuicios a que se refiere la norma legal que se examina, comprende todos los que el accidente haya causado a la víctima y que ésta logre demostrar en

el juicio. Ello es así, porque la responsabilidad tiene por causa la culpa del patrono, y es bien sabido que todo el que a sabiendas ocasiona un perjuicio está obligado a su plena reparación, sobre la base de que el perjudicado los acredite.

No son aceptables los argumentos del opositor. Es cierto que el precepto legal en estudio no dice que la indemnización de perjuicios deba ser plena. A lo cual observa la Sala: en doctrina y jurispruedencia la expresión "indemnización ordinaria de perjuicios", usada en el referido precepto, e "indemnización plena de los mismos", tienen igual significación. Ambas locuciones traducen el mismo concepto, es decir, la obligaciòn para el patrono de reparar la totalidad del perjuicio sufrido por la víctima del accidente. También es cierto que el mandato no distingue entre incapacidad general del lesionado e incapacidad del mismo en relación con su profesión u oficio. Al respecto se debe decir que si el accidente incapacita al trabajador de manera permanente para el desempeño de su profesión, la indemnización debe reparar el perjuicio causado en relación con la actividad inherente a ella. La norma legal que el cargo cita autoriza para darle esa inteligencia, ya que solo así se llega a la idemnización ordinaria o total del perjuicio recibido, y, de consiguiente, a la plena satisfacción del derecho que tutela. No son pertinentes las razones que el opositor presenta con fundamento en el artículo 203 del C. S. T., porque no se trata de fijar el perjuicio de orden laboral, y, además, porque son inaplicables al caso que se contempla, las normas del citado código.

Conclusión de lo expuesto es la de que la reducción a que el fallo recurrido somete el valor de la indemnización ordinaria, limita los efectos de la disposición legal acusada, la cual no produce los previstos en ella en toda su extensión. La aplicación de la norma, con tal restricción, lleva a su quebranto, por el concepto de aplicación indebida que indica el recurrente.

4. Dispone la sentencia del Tribunal que del monto que representa el valor de los perjuicios totales sufridos por el trabajador accidentado, se haga un descuento en proporción de $ 100.oo al mes para sus gastos personales. Para el descuento de esta parte del salario, el perito adujo como razón la de que el actor no podría destinar la totalidad del sueldo para gastos de su familia, pues debía tomar de él una cuota para atender a sus necesidades personales. El punto de vista lo acepta el sentenciador, sin expresar los motivos de la determinación.

Sobre el particular observa la Sala: El procedimiento utilizado por el experto, ideado por la jurisprudencia, tiene operancia cuando habiendo fallecido el trabajador reclaman la idemnización sus causahabientes, circunstancia que como es lógico, no tiene ninguna influencia cuando quien pide la indemnización es directamente el accidentado. Es claro que faltando el titular del derecho, no cabe hablar de sus gastos personales, por lo cual es razonable sustraer del valor del perjuicio el de esos gastos, que el accidentado no habría podido transmitir a sus herederos. Pero sobreviviendo el trabajador al accidente, que es el caso de autos, desaparece la hipótesis en que el perito funda la deducción, que, como se advierte fácilmente, es la contraria a la contemplada por la jurisprudencia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, dieciccho de enero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Rafael Cruz Lozada contra la sociedad "Morrison Knudsen & Compañía" y la Nación.

- I -

EL LITIGIO.

1. Raúl Cruz Lozada trajo a juicio a la Nación y a la sociedad anónima denominada "Morrison Knudsen y Compañía de Colombia", para que se hiciera la declaración de que entre Cruz Lozada y los demandados existió un contrato de trabajo y la de que éstos son solidariamente responsables de la disminución o pérdida de la capacidad laboral sufrida por el demandante a causa de un accidente de trabajo sobrevenido por culpa de los patronos. Como consecuencia de las declaraciones pide que las dos entidades sean condenadas a pagarle solidariamente, a título de indemnización total y ordinaria de perjuicios, la suma de $150.180,oo, o la que en juicio se demuestre pericialmente. En subsidio solicita que las declaraciones se hagan exclusivamente contra la Nación. Pide también la condena en costas.

2. En su relación de hechos narra la demanda los que como esenciales se resumen a continuación: en virtud de un contrato de trabajo, Cruz Lozada prestó servicios personales dependientes a la sociedad "Morrison Knudsen y Co.", desde el 21 de octubre de 1.952 hasta el 1o. de marzo de 1.956; el servicio que prestó a la empresa fue el de Operador de Pala, y el salario convenido para retribuirlo la suma de $22,oo diarios durante el último período de labores; el día 3 de septiembre de 1.953 el demandante sufrió un accidente de trabajo, por culpa de la nombrada sociedad, ocasionándole lesión orgánica y perturbación funcional que lo incapacitó definitivamente para el ejercicio de su profesión de palero. Cruz Lozada le reclamó a la sociedad la indemnización del accidente ante la Oficina Seccional del Trabajo de Cundinamarca, habiéndole reconocido y pagado la suma $7.500,oo, pero como el insuceso se produjo por culpa del patrono, éste le debe la indemnización plena y ordinaria de perjuicios, que se ha negado a cubrirle, pues la suma expresada cancela únicamente el perjuicio de naturaleza laboral, tasado por la ley, cuyo importe debe descontarse del valor de la indemnización ordinaria. La "Morrison Knudsen" ejecutaba la obra de ampliación y pavimentación de la carretera Gualanday-Ibagué, donde ocurrió el accidente, para la Nación, por lo cual ésta es también responsable de los perjuicios reclamados.

3. En derecho el libelo invoca los arts. 16 y 17 de la Constitución; los arts. 63, 1602 a 1617, 2341 a 2360 del Código Civil; 22 a 28, 199 a 211 del CST., y, por último, las normas aplicables de la Ley 6a. de 1.945.

4. El representante de la Nación, en la respuesta a la demanda, negó los hechos y el derecho que tutela la acción ordinaria de perjuicios. Propuso la excepción de pago y la de carencia de acción y de título. El mandatario judicial de la "Morrison Knudsen", en la contestación al libelo, acepta el vínculo laboral, el salario pactado y el tiempo servido. Niega que la sociedad hubiera sido patrono

del demandante, porque en la construcción de la carretera actuó en nombre de la Nación. Dijo que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos.

5. Clausuró la relación de primera instancia el Juzgado 6o. del Trabajo de Bogotá. El fallo que la decide declara que entre el actor y la Nación existió el contrato de trabajo a que alude la demanda (ordinal primero); condena a la Nación a pagarle a Cruz Lozada la suma de $49.175,19 a título de indemnización total y ordinaria de perjuicios materiales, y la de $2.000,oo por perjuicios morales (ordinal segundo). Se abstiene de la condena en costas (ordinal tercero). Por apelación de ambas partes se surtió la relación de segundo grado, a la cual puso término la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha 22 de septiembre de 1.959. La resolución del ad quem, confirma los ordinales primero y segundo del fallo de primera instancia (numeral 1o.); modifica el ordinal tercero para decir que no hay condena en costas a cargo de la Nación (numeral 2o.); adiciona el fallo en mención en el sentido de absolver a la "Morrison Knudsen" de todos las cargos, condenando en costas al demandante, "en relación con dicha firma" (numeral 3o.). No condena en costas en la instancia.

6. Ambas partes interpusieron el recurso de casación. Negó el Tribunal el de la Nación y concedió el de la parte demandante. Preparado el recurso debidamente, ha llegado la oportunidad de que la Corte se pronuncie sobre él.

-II-

LA SENTENCIA ACUSADA.

Absuelve a la "Morrison Knudsen" de todos los cargos que le formula la demanda, porque en el juicio demostró el hecho de que las obras en que prestó servicios el trabajador las ejecutaba por administración delegada, a nombre de la Nación, circunstancia que no tuvo en cuenta el Juzgado en la parte dispositiva de su providencia. De ahí que en su fallo subsane la omisión. Declara la sentencia que es procedente la indemnización plena de los perjuicios sufridos por el actor, previa deducción de lo que éste recibió a título de indemnización de orden laboral, con base en la culpa del patrono en la ocurrencia del accidente. El contrato de trabajo -dice el Tribunal- fue celebrado por la nombrada sociedad con el demandante, hecho aceptado por ella, advirtiendo que obró como intermediaria en representación de la Nación. Acerca del accidente de trabajo anota que, si bien fue negado por la compañía, admitió ella haberle pagado a Cruz Lozada la indemnización que prefija la ley laboral; que demuestran el accidente y su ocurrencia por culpa del patrono, el acta levantada por la Oficina Seccional del Trabajo y las declaraciones obrantes en el juicio. Resulta, por tanto, expresa el ad-quem, que el demandante, vinculado como trabajador oficial a la administración pública por contrato de trabajo, se encuentra bajo el amparo de la ley 6a. de 1.945, art. 12, literal b); que la suma recibida por el actor a virtud de conciliación (fl. 57) se refiere a la indemnización de orden laboral, distinta de la ordinaria de perjuicios cuando el accidente sobreviene por culpa del patrono, por lo cual es procedente su reparación total, de cuyo importe debe deducirse lo que recibió a título de indemnización de carácter laboral. El último salario devengado por Cruz Lozada ($22,oo diarios) es hecho aceptado por la empresa, y la cuantía de los perjuicios fue establecida en el proceso mediante dictamen pericial. No acepta la tesis sostenida por el apoderado del actor, según la cual la indemnización debe comprender la pérdida total de la capacidad de trabajo del

accidentado para el desempeño de su profesión, porque según los dictámenes médicos corrientes en autos, aquél conserva un 35% de su capacidad laboral, que si bien no puede emplear en el oficio que venía ejerciendo, podrá utilizarla en otras actividades lucrativas.

-III-

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Aspira a que la Corte case parcialmente el fallo del Tribunal en cuanto al confirmar el de primer grado limitó a $ 49.175, 19 el valor de la indemnización total y ordinaria por perjuicios materiales, para que en instancia reforme lo dispuesto por el a quo en el sentido de aumentar la condena a la suma de $ 97. 131, 12, o a que, en subsidio, la eleve a $ 60. 510, 32.

-IV-

EL RECURSO.

Cuatro cargos formula el recurrente en la órbita de la causal primera de casación, el último como subsidiario de los tres que le preceden. La Sala halla fundado el segundo, por lo cual se abstendrá de estudiar los demás.

La acusación señala como violado el art.12 de la Ley 6ª. de 1.945, último inciso del literal b), por aplicación indebida, porque el Tribunal le hizo producir consecuencias contrarias a las previstas en la norma.

Sostiene el recurrente que la sentencia del ad quem, al definir la cuestión relativa a la indemnización plena de los perjuicios reclamados por el actor, escogió rectamente el precepto legal que consagra el derecho ejercitado en el sentido de que deben repararse plenamente los perjuicios sufridos por Cruz Lozada, aplicándolo al hecho probado de que éste los recibió por culpa del patrono. Pero no produjo la condena por la totalidad del daño material demostrado en el proceso, sino por el valor pericialmente fijado a la disminución de la capacidad general de trabajo del accidentado, haciéndole producir a la norma aplicada una consecuencia contraria a la querida por ella, ya que su voluntad es la reparación plena de los perjuicios sufridos y no la reparación parcial de ellos, como ocurrió en el caso concreto definido por el Tribunal, pues solo condenó al valor correspondiente al 65% de disminución de la capacidad laboral del actor. Se impone, por tanto, la quiebra del fallo acusado, para que en instancia se condene a la Nación al pago de la indemnización plena pedida por el actor, que se concreta conforme a los dictámenes médicos (fls. 76, 77 y 78) y a la estimación pericial (fls. 90, 101 y 102), en la suma de $97.131,12, deducida la de $7.500,oo, importe de la indemnización laboral, recibida por el demandante.

El Procurador Delegado en lo Civil, representante de la Nación ante la Corte, replica el cargo diciendo que el art. 12, literal b) de la Ley 6ª. de 1.945, al cual dá aplicación el Tribunal, debe estimarse insubsistente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3o. de la ley 153 de 1.887, porque la materia relativa a accidentes de trabajo se halla regulada en su integridad por el Código del ramo en sus arts. 199 a 226. Rige el caso que se ventila -continúa el opositor- el art. 216 del Código Laboral, no acusado por el recurrente, motivo suficiente para el rechazo del cargo. Con todo -agrega- en la hipótesis de que se tache de inválido el argumento, no puede prosperar el ataque porque la norma acusada

no dice que en el caso de accidente por culpa del patrono, la indemnización del perjuicio debe ser pleno, pues si la incapacidad es parcial, la reparación debe concretarse a ella. Que el legislador no ha querido sentar la distinción que pretende el recurrente, lo indica el sentido como reglamentó lo relativo a accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y su indemnización, el Código del Trabajo, después de la vigencia de la Ley 6ª. de 1.945. Transcribe el art. 203 del Código, y agrega: en el presente asunto, el actor sufrió una incapacidad permanente parcial, señalada en el numeral 2o. del art. 203, según los conceptos médicos que obran en el expediente. Por tanto, si su incapacidad general, no como operador de pala, fue del 65o/o, no se ve "de donde resultaría el Tribunal violando por aplicación indebida una norma legal que no prevé la distinción de que habla el cargo".

Se ha presentado ante la Corte el mandatario judicial de la "Morrison Knudsen", en escrito incorporado al expediente antes de haberse surtido el traslado a la parte opositora, el cual dice que, aunque su mandante fue absuelto de todos los cargos que le hizo la demanda inicial, para colaborar en la réplica que a la demanda de casación debe presentar el Procurador General de la Nación, somete a la consideración de la Sala los argumentos que a su juicio conducen al rechazo del recurso. Los expone el alegato y concluye afirmando que no se produjo la infracción de la norma legal que en todos los cargos acusa el recurrente, perteneciente a la ley 6ª. de 1.945.

- V -

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. No se detiene en el examen de la réplica aducida por el apoderado de la "Morrison Knudsen", porque, debido a su absolución, perdió todo interés jurídico en las resultas de la litis. La ley no autoriza la intervención en el proceso jurisdiccional contencioso, en cualquiera de sus fases, a título de simple colaboración. Trátese de partes o de coadyuvantes, simples o litis consortes, la decisión debe afectarlos para adquirir el derecho a impugnarla. No siendo este el caso, la compañía en referencia no está legitimada para obrar en el recurso extraordinario, por lo cual la gestión de su representante es ineficaz, cualquiera que sea la denominación que se atribuya al acto procesal.

2. Ante todo debe rechazar la Corte la glosa del Procurador sobre insubsistencia del Art. 12 de la Ley 6a. de 1.945. Está demostrado en el proceso que Cruz Lozada prestó servicios personales a la nación, por intermedio de la "Morrison knudsen", su administrador delegado, en la construcción de una carretera. Ahora bien: según el art. 4o. del C. S. T., las relaciones de derecho individual del trabajo entre el Estado y los empleados oficiales en el ramo de obras públicas, no se rigen por sus normas, sino por los estatutos especiales que se dicten posteriormente, y como esos estatutos no se han promulgado, tales relaciones han quedado bajo el imperio de la legislación anterior al Código Laboral, normativa del contrato de trabajo entre particulares, de acuerdo con lo prescrito en el art. 4o. del Decreto 2127 de 1.945. A la legislación anterior al Código pertenece la Ley 6a. de 1.945, cuyo art. 12, inciso último de su literal b), aplica la sentencia. Por lo demás, ésta no es impugnable por la parte opositora demandada, por lo cual, la aplicación que haya hecho de normas de derecho material, aun suponiéndola equivocada, es inatendible, ya que en lo que a ella respecta, el fallo del ad quem es intocable. La actividad del opositor en casación se limita a sostener el pronunciamento de segundo grado.

3. Es ahora oportuno examinar la acusación en el fondo. Preceptúa el art. 12 de la ley 6a. de 1.945, en el último inciso de su literal b): "En los casos de enfermedad profesional y de accidente de trabajo por culpa del patrono, el valor de la indemnización se descontará de la condenación ordinaria de perjuicios".

El Tribunal entendió el anterior precepto en su recto sentido. En efecto, dice que, probada en el juicio la culpa del patrono en la producción del accidente de trabajo, el demandante adquirió el derecho a la reparación plena de los perjuicios que por tal causa le sobrevinieron, previa deducción de la indemnización de orden laboral, prefijada por la ley. Sinembargo, al fijar el **quantum** de los perjuicios, opta por el que, según el dictamen pericial, representa el 65°/° de su importe, no el que, conforme a la misma prueba, determina el valor total de aquéllos.

4. La resolución en la forma expuesta la funda el Tribunal en la consideración de que al actor le queda un 35°/o de su capacidad general de trabajo, según dictamen médico, que si no puede emplear en el desempeño de su profesión, sí puede utilizar en otras actividades lucrativas. Para la Sala no es aceptable el argumento, ya que ordena tomar en consideración factores que impiden la reparación plena del perjuicio causado, pues el pedido en la demanda inicial y establecido en el proceso, no era el proveniente de la merma de la capacidad general de trabajo, sino el sufrido por Cruz Lozada como Operador de Pala, que fue el oficio desempeñado por él durante todo el tiempo de su vinculación laboral (octubre de 1.952 a marzo de 1.956).

5. Debe observarse que no se trata de investigar el hecho dañoso y sus consecuencias en abstracto, con prescindencia de la profesión que ejercía el accidentado, sino el perjuicio sufrido por éste en esa actividad concreta y específica, según los términos del **petitum** y los expresados en la **causa petendi**. No puede colocarse en el mismo plano el accidente de trabajo, que, según la definición legal, es hecho imprevisto y repentino sobrevenido por causa o con ocasión del trabajo, sin intervención del patrono o del trabajador, que el producido por culpa del empresario, pues en tal evento pierde mucho de su imprevisión, ya que su ocurrencia se debe a la falta de diligencia y cuidado por quien tenía la obligación de tomar las medidas de protección y seguridad necesarias para prevenirlo. Si en el primer caso, por regla general, se toma en cuenta la incapacidad del trabajador para el desempeño de una actividad cualquiera, en proporción al daño sufrido, en el segundo, el hecho dañoso, en cuyo acaecimiento ha mediado el dolo (elemento equivalente a la culpa grave, a vista de lo preceptuado en el art. 63 del C. C.), no puede merecer en el plano jurídico el mismo tratamiento. Medir la responsabilidad y el perjuicio consiguiente con el mismo rasero, se presta para concluir que el hecho productor del accidente tiene el mismo significado para el patrono inocente que para el culpable, con la única diferencia de aumentar para éste el valor de la indemnización tasada, pero sin alterar el grado de incapacidad señalado para ella por la medicina industrial. La indemnización prefijada por la ley del trabajo se funda en el riesgo creado, esto es, en la simple responsabilidad objetiva, sin tomar en cuenta la culpa patronal. En cambio, la ordinaria de perjuicios a que se refiere la norma legal que se examina, comprende todos los que el accidente haya causado a la víctima y que éste logre demostrar en el juicio. Ello es así, porque la responsabilidad tiene por causa la culpa del patrono, y es bien sabido que todo el

que a sabiendas ocasiona un perjuicio está obligado a su plena reparación, sobre la base de que el perjudicado los acredite, como ha ocurrido en el caso litigioso.

6. Por razones idénticas a las expuestas, no era el caso de escoger -como lo hizo el Tribunal -entre las dos liquidaciones de perjuicios presentadas por el perito, la qua deduce del salario de $660,oo mensuales, la suma de $100,oo al mes, con destino a gastos personales del accidentado, pues el precepto legal en examen no autoriza deducción distinta de la prefijada por el legislador para la indemnización de naturaleza laboral, como lo anota el fallo acusado. Si del monto del perjuicio se sustrae una parte, la indemnización ya no es la ordinaria y total de que habla el mandato legal, sino una inferior a la que él indica.

7. No son aceptables los argumentos del opositor. Es cierto que el precepto legal en estudio no dice que la indemnización de perjuicios deba ser plena. A lo cual observa la Sala: en doctrina y jurisprudencia la expresión "indemnización ordinaria de perjuicios", usada en el referido precepto, e "indemnización plena de los mismos", tienen igual significación. Ambas locuciones traducen el mismo concepto, es decir, la obligación para el patrono de reparar la totalidad del perjuicio sufrido por la víctima del accidente. También es cierto que el mandato no distingue entre incapacidad general del lesionado e incapacidad del mismo en relación con su profesión u oficio. Al respecto se debe decir que si el accidente incapacita al trabajador de manera permanente para el desempeño de su profesión, la indemnización debe reparar el perjuicio causado en relación con la actividad inherente a ella. La norma legal que el cargo cita autoriza para darle esa inteligencia, ya que solo así se llega a la indemnización ordinaria o total del perjuicio recibido, y, de consiguiente, a la plena satisfacción del derecho que tutela. No son pertinentes las razones que el opositor presenta con fudamento en el art. 203 del CST., porque no se trata de fijar el perjuicio de orden laboral, y, además, porque son inaplicables al caso que se contempla, las normas del citado Código.

8. Conclusión de lo expuesto es la de que la reducción a que el fallo recurrido somete el valor de la indemnización ordinaria, limita los efectos de la disposición legal acusada, la cual no produce los previstos en ella en toda su extensión. La aplicación de la norma, con tal restricción, lleva a su quebranto, por el concepto que indica el recurrente.

El cargo prospera.

- V I -

FALLO DE INSTANCIA

Son hechos demostrados en el juicio: la relación contractual de trabajo entre las partes; el salario devengado por el trabajador a la fecha de su expiración ($22,oo diarios); el accidente de trabajo durante su vigencia y el hecho de haber ocurrido por culpa del patrono; la calificación de la incapacidad que el insuceso ocasionó al demandante, tanto para cualquier género de actividad, como para el oficio o profesión de aquél; y el valor correspondiente a una y otra especie de incapacidad, fijado mediante avalúo pericial.

La medicina industrial, en concepto No. 609 S. (F. 76) coloca la incapacidad en el art. 1o. del Decreto 841 de 1.946, numeral 8o. del Grupo V I I de la tabla de valuaciones. Dice el dictamen que las lesiones sufridas por Cruz Lozada tuvieron influencia sobre su profesión de Operador de Pala, estimando que era del caso aumentar el importe que para la indemnización fija el numeral 8o. del Grupo citado, de acuerdo con lo previsto en la observación 4a. del mismo artículo.

El concepto No. 520 de la misma oficina (fl. 78) reafirma el anterior, anotando que la disminución de la capacidad laboral sufrida por Cruz Lozada persiste en un 65%, según la calificancián contenida en el dictamen 609 S., y agrega que las alteraciones orgánicas y funcionales en la columna vertebral, son de "carácter permanente y lo incapacitan total y definitivamente para continuar ejerciendo su profesión de Operador de Pala".

El dictamen pericial y su ampliación y corrección (fls. 88 a 91 y 101 y 102), fija el valor de los perjuicios, tomando en cuenta la profesión del accidentado, con descuento de la suma de $7.500,oo, importe de la indemnización laboral, en la cantidad de $97.131,12, y el de la incapacidad parcial (65o/o), en $60.510,62.

Conforme al mismo dictamen, el valor de la primera indemnización, descontando del salario de $660,oo mensuales, la suma de $100,oo al mes, para gastos personales del accidentado, dá el guarismo de $79.692,60, y el de $49.175, 19, para la segunda.

De las dos incapacidades a que se refieren los dictámenes mèdicos y su estimación pericial, el Tribunal escoge la del 65o/o, con descuento de parte del salario, es decir, la que determina el monto del perjuicio en la cifra de $49.715,19.

Para el descuento de parte del salario, el perito aducè como razòn la de que el actor no podìa destinar la totalidad del sueldo para gastos de su familia, pues debía tomar de él una cuota para atender a sus necesidades personales. Ese punto de vista lo acepta el sentenciador, sin expresar los motivos de la determinación. Sobre el particular observa la Sala: el procedimiento utilizado por el experto, ideado por la jurisprudencia, tiene operancia cuando habiendo fallecido el trabajador reclaman la indemnización sus causahabientes, circunstancia que, como es lógico, no tiene ninguna influencia cuando quien pidè la indemnización es directamente el accidentado. Es claro què faltando el titular del derecho, no cabe hablar de sus gastos personales, por lo cual es razonable sustraer del valor del perjuicio el de esos gastos, que el accidentado no habría podido transmitir a sus herederos. Pero sobreviviendo el trabajador al accidente, que es el caso de autos, desaparece la hipótesis en que el perito funda la deducción, que, como se advierte fácilmente, es la contraria de la contemplada por la jurisprudencia. Es, pues, el caso de aceptar como importe de la indemnización suplicada en el libelo inicial la que el experto estima en la cantidad de $97.131,12, hecho ya el descuento de la imdenizaciòn de orden laboral.

RESOLUCION.

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, CASA la sentencia recurrida en cuanto fija en $ 49.715,19 el valor

de la indemnización por perjuicios materiales causados al demandante, reforma la del Juzgado a-quo en igual sentido, y, en su lugar, señala el valor de tales perjuicios en la suma de NOVENTA Y SIETE MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS DOCE CENTAVOS ($97.131,12) moneda corriente. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso de casaciòn.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insèrtese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. - Roberto de Zubiría C. - Luis Fernando Paredes. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ERRONEA ESTIMACION DE PRUEBAS. CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATO INDEPENDIENTE. COLABORACION PRESTADA AL TRABAJADOR. EXENCION DE LA SANCION MORATORIA.

1. Pese a la libertad de que goza el juez laboral en materia de pruebas, si el medio probatorio no está sancionado por el derecho, su estimación es completamente ineficaz. 2. La colaboración que al trabajador presten terceros o personas de su familia, no tiene el mèrito de destruir la presunción de contrato de trabajo, si al lado de esa colaboración se mantiene el servicio personal del empleado. Efecto jurídico de la colaboración extraña cuando no es desautorizada por el patrono, sino aceptada expresa o tácitamente. 3. El pago a destajo y el contrato de trabajo. 4. Exención de la sanción moratoria por motivos de equidad.

1. De certificados expedidos por capitanes de barco de la Esso Colombiana, deduce el sentenciador que los servicios de vigilancia prestados por el demandante a la referida empresa, tuvieron el carácter de ocasionales. Sobre la prueba en mención debe observarse que no figura entre los medios de convicción establecidos por la ley. La libre formación del convencimiento es principio del proceso laboral consagrado en el artículo 61 del CPL, pero esa libertad se haya restringida no sólo por los motivos que indica ese precepto sino por el que emana del artículo 51 ibídem, pues si el medio probatorio no está sancionado por el derecho, como ocurre con las certificaciones expedidas por particulares, su estimación correcta o desacertada, es completamente ineficaz.

2. Anota la Sala: todos los testigos, en su mayoría trabajadores de la empresa, dan cuenta del trabajo personal del demandante en beneficio de aquélla, ya como conductor de canoas con personal de la compañía, ora como celador de ellas. Ese trabajo personal es la base o hecho constitutivo de la presunción establecida por el artículo 24 del Código, de la cual deduce el precepto el contrato de trabajo. La colaboración que al trabajador presten terceros o personas de su familia, no tiene el mérito de destruír la presunción si al lado de esa colaboración se mantiene al servicio personal del empleado, que es lo que demuestra la prueba allegada de modo fehaciente. No sobra anotar que la ayuda de terceros y de familiares del demandante no se presenta como hecho permanente sino esporádico, sin indicación de su ámbito temporal. De otro lado, si la colaboración extraña no es desautorizada por el patrono sino aceptada expresa o tácitante, puede dar lugar, según las circunstancias del caso, a relaciones de trabajo entre el empleador y los terceros, no a contratos de trabajo entre éstos y quien recibe la colaboración, salvo prueba en contrario.

3. Presentan los pagos la modalidad de trabajo a destajo que, si de uso frecuente en el contrato de obra, no es extraña al de trabajo, recibida como forma de retri-

bución de servicios dependientes por norma expresa de la ley laboral. El hecho fue aceptado por la empresa en la respuesta a la demanda, con la salvedad de que las sumas recibidas por el actor retribuían servicios prestados por él como contratista independiente. La afirmación, constitutiva de una excepción, encaminada a destruír la presunción del artículo 24 del C. S. T., no la demuestra la prueba. Esta acredita el contrato de trabajo entre las partes y no el servicio personal independiente de que habla la sentencia acusada. La estimación que ésta hace de ella fue pues, errónea, con la violación consiguiente del artículo 24 del C. S. T.

4. No se puede acoger la súplica sobre pago de la indemnización por mora. Si bien fue hecho indiscutible en el juicio el servicio personal del demandante, el hecho de que hubiera sido subordinado o autónomo no se presenta con la misma claridad. Su pago, según la tarea realizada, como lo acredita la inspección ocular, se prestaba para colocar el servicio en la zona tanto del contrato de obra como de trabajo. La Sala prefirió este último con sujeción a lo dispuesto en el artículo 21 del CST. Tal circunstancia, como la de haber deducido el vínculo laboral de la presunción establecida en el artículo 24, justifican la posición de la parte demandada. Negó ésta la existencia del vínculo y aportó al juicio pruebas al respecto que, si no lograron su propósito, sirven para estimar razonable su conducta y considerarla de buena fe. Cuando el proceso ofrece esta situación, la jurisprudencia, por razones de equidad, ha adoptado el criterio de que debe eximirse al patrono de la sanción que consagra el artículo 65 del Código, y a ella se acoge la Sala para abstenerse de aplicarlo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, diecinueve de enero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segundo grado, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por Lupercio Pino López contra la compañía denominada "Esso Colombiana S. A.".

-I-

ANTECEDENTES.

1. Lupercio Pino llamó a juicio a la Esso Colombiana para que por sentencia fuera condenada a pagarle auxilio de cesantía, primas de servicio, vacaciones, salarios compensatorios y moratorios, y las costas del juicio.

2. La demanda refiere estos hechos: según contrato verbal de trabajo, Lupercio Pino le prestó servicios personales primero a la Tropical y después a su sucesora, la Esso Colombiana, en Barranquilla, desde el mes de enero de 1.933 hasta el de julio de 1.955; el trabajador devengó un salario variable, que en el último año de labores alcanzó un promedio mensual de $464,01; el actor fue despedido por la empresa sin que ésta le hubiera pagado las vacaciones, la cesantía y los salarios correspondientes al último periodo del plazo presuntivo.

3. En derecho la demanda se acoge a los arts. 65, 190, 306 y 249 del Código del Trabajo.

4. La respuesta al libelo niega el contrato de trabajo, y de consiguiente, el despido que alega. Manifiesta que el actor no fue empleado de la empresa sino contratista autónomo, habiendo recibido el valor correspondiente a los servicios prestados. Propuso la excepción de prescripción.

5. Trabado el juicio en los términos expuestos, siguió su curso conforme al trámite de rigor. La relación de primer grado culminó con sentencia proferida por el Juzgado 3o. del Trabajo de Barranquilla, por la cual absolvió a la compañía demandada de todos los cargos, sin costas.

Apeló la parte vencida. La sentencia decisoria del recurso de alzada, dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla, confirmó la de primera instancia, con costas a cargo del apelante.

-II-

LA SENTENCIA ACUSADA

Motivan la decisión estas consideraciones:

El demandante ejecutó labores para la Esso Colombiana, de manera discontinua, habiendo recibido como retribución de ellas entre junio de 1.954 y julio de 1.955, un promedio mensual de $464,01. Así aparece de la demanda y su respuesta. Las pruebas que obran a folios 3 a 13 del expediente demuestran estos hechos: que los servicios prestados por el actor a la empresa, diseminados en cuatro años (de 1.952 a 1.955) fueron ocasionales, sin que ninguno de ellos hubiera tenido un mes de duración. En 1.952 solo prestó servicios por una sola vez, y en 1.953, que fue el año de mayor actividad, ejecutó labores en cinco ocasiones, en diversos lapsos de tiempo. Los servicios prestados le dieron derecho al demandante para exigir su pago como contratista independiente, pero no como trabajador, y según cofesión contenida en la demanda, le fueron cubiertos. De acuerdo con las pruebas del proceso Lupercio Pino tenía una pequeña industria de celaduría, para cuya atención disponía de empleados bajo su dependencia; los usuarios del servicio le pagaban su valor, como lo acredita la inspección ocular. Agrega el Tribunal: en autos no obra escrito alguno que demuestre el contrato de trabajo, como tampoco la hay de estos hechos: trabajo permanente del actor en beneficio de la empresa, subordinación de aquél a ésta y un salario fijo y determinado como retribución de los servicios. En tal virtud, concluye, la sociedad demandada no fue patrono de Lupercio Pino ni éste su trabajador dependiente.

-III-

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Aspira a que la Corte infirme la sentencia del Tribunal, revoque en instancia la de primer grado y, en su lugar, previo reconocimiento del contrato de trabajo, condene a la Esso Colombiana a pagar a Lupercio Pino el auxilio de cesantía, las vacaciones, las primas, el lucro cesante y la indemnización moratoria, obligaciones que debe liquidar con base en un salario de $464,01, tomando como tiempo de servicio el comprendido entre el mes de enero de 1.933 y el 26 de julio de 1.955, que fue el de vigencia del contrato.

- I V -

EL RECURSO.

Invoca el primer motivo de casación, y con base en él formula dos cargos, que se estudian a continuación.

Primer Cargo

Acusa violación, por aplicación indebida, en la modalidad de falta de aplicación, de los art. 22 a 25 y 67 a 69 del C. S. T., y por indebida aplicación, los arts. 6o. y 34 del mismo Código, en relación con los arts. 249, 253, 306, 189, 190, 63 y 65 del estatuto en referencia, dejados de aplicar a causa de errores de hecho manifiestos en la estimación de unas pruebas y por falta de apreciación de otras.

El acusador señala como mal apreciadas estas pruebas, obrantes en el cuaderno número primero: a) los certificados de folios 3 a 13; b) las declaraciones rendidas por los testigos Lorenzo Vargas, Julio Vergara Méndez, Marcelino Villarreal R., Juan C. Gómez, Egidio Cruz, Héctor M. Quiñones, Arturo Mei, Edmundo White y Vicente Ochoa (fls. 21 y 38, 23 y 44, 24 y 51, 25 y 42, 52, 68 y 70, 49 y 50, respectivamente); y c) las inspecciones oculares (fls. 19 y 20, 58, 62 y 66 a 69). Y como pruebas dejadas de apreciar, las que se dejan relacionadas en cuanto demuestran la prestación personal del servicio por el actor; la contestación de la demanda (fl. 31), en igual sentido: y la presunción que por tal hecho establece el art. 24 del C. S. T.

Los errores de hecho en que incurrió el Tribunal fueron los siguientes:

A) Dar por establecido no estándolo: que los servicios prestados por Lupercio Pino a la empresa fueron ocasionales, sin que ninguno de ellos hubiera durado un mes completo: que el actor tuvo el carácter de contratista independiente, ocupaba empleados bajo su dependencia en la industria de celaduría y cobraba cada vez que se usaba el servicio; que Pino no trabajó permanentemente para la sociedad en forma subordinada y mediante salario, y no existió entre aquél y ésta contrato de trabajo.

B) No dar por establecido, estándolo: que entre los litigantes existió un contrato laboral desde el 9 de enero de 1.933 hasta el 26 de julio de 1.955, primero con la Tropical Oil Co., y a partir del 1o. julio de 1.950, con la Esso Colombiana; y que en el último año de servicios Pino devengó un salario promedio mensual de $ 464,01.

A continuación examina el cargo las pruebas que señala como mal apreciadas, para demostrar: 1o. que no destruyen la presunción del art. 24 del Código y, por consiguiente, la existencia del contrato laboral entre las partes; y 2o. que tampoco demuestran el hecho de que el trabajo del actor en la empresa haya sido ocasional e independiente. Sobre tales puntos discurre la acusación:

A.- Servicio personal y su duración.

Lorenzo J. Vargas, en el certificado del folio 21, ratificado en declaración de folios 38 a 40, afirma que el demandante le prestó servicios personales primero a la Tropical Oil Co. y después a la Esso Colombiana, del 5 de julio de 1.939 al 16 de abril de 1.951, de manera subordinada y mediante remuneración. Julio Vergara Méndez (certificado del folio 23 y declaración del folio 44) informa que

Pino prestò servicios a la empresa desde 1.937 hasta 1.951, Marcelino Villarreal (certificado del folio 24 y declaración del folio 51) fija en enero de 1.933 el comienzo del vínculo laboral entre las partes. Juan Cepeda Gómez (certificación del folio 25 y declaración del folio 42) dice que Pino comenzó a servir en la empresa en enero de 1.933 en forma continua y permanente. Del trabajo personal de Pino en la empresa, bajo su dependencia, habla también el testigo Egidio Cruz (fl. 52).

De los cinco testimonios en mención, traídos al juicio por el actor resulta acreditado el servicio personal del demandante y su duración de enero de 1.933 a julio de 1.955, en concepto del recurrente.

También demuestran la labor personal subordinada las declaraciones de Hèctor M. Quiñones, (fls. 67 y 68) Arturo Mei (fls. 70 a 73), Edmundo White y Vicente Ochoa (fls. 49 y 50), aportadas al juicio por la parte demandada.

El Tribunal -dice el cargo- dejó de apreciar las manifestaciones de las mismas pruebas, y la contestación de la demanda, acerca del hecho en referencia, en el lapso a que ellas se refieren.

B) Trabajo ocasional e independiente.

De ninguno de los testimonios se deduce que de tal naturaleza hubiera sido el realizado por Pino en beneficio de la sociedad. Comenta el recurrente la respuesta que a preguntas del contrainterrogatorio dieron los testigos Vargas, Vergara, Juan C. Gómez, Quiñones, Mei, White y Ochoa, en cuanto a la ayuda prestada al demandante, ya por sus hijos, ora por terceras personas, en relación con sus labores de celaduría, de la cual deduce el **ad quem** que el actor fue un trabajador independiente, porque los ayudantes eran empleados bajo su dependencia, y al respecto dice el recurrente que ninguno de los testigos niega el trabajo personal de Pino a la compañía; que, del desempeño por varias personas de una misma labor no se puede deducir -como lo hace el Tribunal- que los colaboradores del demandante fueran sus empleados; que, sin embargo, le dió a los hechos a que se refieren los declarantes el poder de destruír la presunción del art. 24 del Còdigo, todo lo cual entraña equivocada apreciación de los testimonios y el consiguiente error de hecho a que conduce.

Estima el acusador erróneamente apreciada por el **ad quem** la inspección ocular al decir que lo que de ella aparece es el pago de servicios cada vez que la empresa usaba la pequeña industria de Pino López. El concepto es inexacto, porque las anotaciones de pago que registra la inspección no significa que la labor se hubiera concretado a las distintas fechas de que ella habla, o que solo en las fechas de las anotaciones se hubiera efectuado el trabajo. Los registros de fechas lo que acreditan es que en ellas se hizo el pago de lo correspondiente a los turnos servidos, es decir, trabajo continuo del actor en todo el lapso que abarca la inspección, y prueban también que hubo salario, su valor y la regularidad de la cancelación del mismo durante un periodo de tiempo prolongado.

El opositor replica el cargo así: las afirmaciones que hace el acusador sobre mala apreciación y falta de estimación de pruebas, son infundadas, pues todos los elementos de juicio que menciona fueron analizados por el Tribunal y valorados según la convicción que de ellos se formó, para lo cual goza de autonomía. Transcribe apartes de la motivación de la sentencia, relativos a la estimación del material probatorio, y anota: "Los fallos reflejan la verdad de estos hechos: entre Pino y la Esso Colombiana no existió contrato de trabajo en ninguna

época. Ocasionalmente actuó como contratista independiente para la ejecución de algunas obras, las cuales no realizaba por si mismo sino por conducto de otras personas". No es cierto que la Esso haya sido sucesora de obligaciones laborales a cargo de la Tropical, pues aquèlla inició sus actividades en el país en 1.950 y en autos no hay prueba sobre los hechos constitutivos de la sustitución patronal que, según la jurisprudencia, no se presumen. De la lectura de la demanda de casación se observa una diferencia de criterio entre el fallo impugnado y el recurrente en cuanto a la estimación de las pruebas que, como es obvio, no constituye error manifiesto de aquèl con fuerza suficiente para producir su quebranto:

- V -

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. El servicio personal del demandante Pino a la empresa es hecho que demuestran plenamente la respuesta a la demanda inicial, la prueba testimonial y la de inspección ocular. No lo niega el sentenciador, sólo que para él el servicio fue, por una parte, ocasional, y por la otra, independiente. Apoya la primera conclusión en los certificados de folios 3 a 13, y la segunda, en los testimonios traídos al juicio por los litigantes y la inspección judicial.

2. Los signatarios de los certificados dicen ser capitanes de barco. Dan cuenta de servicios de vigilancia prestados por Pino, en distintos períodos de tiempo, durante los años de 1.952 a 1.955.

Sobre la prueba en mención debe observarse que no figura entre los medios de convicción establecidos por la ley. La libre formación del convencimiento es principio del proceso laboral consagrado en el art. 61 del CPL. pero esa libertad se halla restringida no solo por los motivos que indica ese precepto sino por el que emana del art. 51 ibídem, pues si el medio probatorio no está sancionado por el derecho, como ocurre con las certificaciones expedidas por particulares, su estimación, correcta o desacertada, es completamente ineficaz.

3. El testigo Juan C. Gómez (fls. 41 a 43) dice que a Pino le ayudaban sus hijos en la labor de celaduría mientras desempeñaba otras ocupaciones en la empresa. El declarante Vergara Méndez informa que colaboraban con el actor, en su actividad de vigilancia de los botes, otras personas. En igual sentido declara el testigo Hèctor Quiñones (fls. 67 y 68). De colaboración prestada a Pino por sus hijos habla el testigo Edmundo White (fls. 49 y 50).

La sentencia no se detiene en el análisis de la prueba testimonial aportada al juicio por los litigantes. Apenas la menciona. Con todo, el concepto de que el demandante, en su actividad de celador de botes o canoas destinadas al tránsito de funcionarios de la empresa de un lugar a otro del río Magdalena, requería la ayuda o colaboración de empleados bajo su dependencia, debe entenderse referido a los informes que acerca de la colaboración de terceros dan los declarantes mencionados. Al respecto anotá la Sala: todos los testigos, en su mayoría trabajadores de la empresa, dan cuenta del trabajo personal de Pino en beneficio de aquélla, ya como conductor de canoas con personal de la compañía, ora como celador de ellas. Ese trabajo personal es la base o hecho constitutivo de la presunción establecida por el art. 24 del Código, de la cual deduce el precepto el contrato de trabajo. La colaboración que al trabajador presten terceros o personas de su familia, no tiene el mèrito de distruir la presunción si al lado

de esa colaboración se mantiene el servicio personal del empleado, que es lo que demuestra la prueba en examen de modo fehaciente. No sobra anotar que la ayuda de terceros y de familiares del demandante no se presenta como hecho permanente sino esporádico, sin indicación de su ámbito temporal. De otro lado, si la colaboración extraña no es desautorizada por el patrono sino aceptada expresa o tácitamente, puede dar lugar, según las circunstancias del caso, a relaciones de trabajo entre el empleador y los terceros, no a contratos de trabajo entre éstos y quien recibe la colaboración, salvo prueba en contrario.

4. Acredita la inspección ocular, tanto la practicada extrajuicio (fls. 19 y 20) como la realizada dentro del proceso en primera instancia (fls. 58, 62, 66 a 69) que el actor recibió de la empresa, por servicios de vigilancia, de julio de 1.954 a julio de 1.955, un promedio mensual de $464,01. Las entregas eran periódicas, destinadas a cancelar servicios de vigilancia a determinado precio la hora. Presentan los pagos la modalidad de trabajo a destajo, que, si de uso frecuente en el contrato de obra, no es extraña al de trabajo, recibida como forma de retribución de servicios dependientes por norma expresa de la ley laboral. El hecho fue aceptado por la empresa en la respuesta a la demanda inicial, con la salvedad de que las sumas recibidas por el actor retribuían servicios prestados por él como contratista independiente. La afirmación, constitutiva de una excepción, encaminada a destruír la presunción del art. 24 del C. S. T., no la demuestra la inspección judicial.

La prueba relacionada demuestra el contrato de trabajo entre las partes, y no el servicio personal independiente de que habla el Tribunal. La estimación que éste hace de ella fue, pues, errónea, con la violación consiguiente del art. 24 del C. S. T. En cuanto a la duración de los servicios, los elementos de convicción allegados al proceso no acreditan el tiempo a que la acusación se refiere (enero de 1.933 al 26 de julio de 1.955), como se verá a continuación. Prospera el cargo y se casará la sentencia para decretar las obligaciones reclamadas que sean procedentes, con base en el salario de la inspección ocular y por el tiempo servido que acreditan las pruebas del proceso.

Segundo Cargo.

Violación del art. 65 del C. S. T., por aplicación indebida, en la modalidad de falta de aplicación, a causa de error de hecho en la estimación del poder que obra a folio 1o. del expediente. Consistió el error en haber dicho la sentencia que el poder no confirió al apoderado la facultad para demandar los salarios caídos.

Aunque es cierto -dice el acusador- que la indemnización por mora no es una prestación en el sentido específico que la jurisprudencia le ha dado al vocablo, sí lo es en su acepción lata, expresiva de todo lo que constituye obligación del patrono por la contraprestación del servicio, por lo cual el mandato conferido por Pino a su abogado tenía el entendimiento que éste le dió al utilizarlo. Al desconocerlo, el fallo produjo una limitación que no existía en el ánimo del otorgante. Demostrado el error -concluye el cargo- y probado como está el contrato de trabajo y deudas insolutas a cargo del patrono, debe condenarse a éste al pago de la suma de $15,46 diarios, por cada día de retardo, hasta la cancelación de las deudas pendientes.

Dice el opositor al contestar el cargo, que siendo el fallo del ad-quem absolutorio, no puede invocarse la aplicación del art. 65; que el recurrente no discute sino por el contrario acepta el concepto de la sentencia en el sentido de que el art. 65 consagra una indemnización y no una prestación social, a cuyo reclamo limitó el actor el mandato otorgado a su apoderado.

SE CONSIDERA:

El Tribunal sostiene que el poder dado por Pino López al Dr. Víctor M. Fontalvo tenía por objeto el reclamo judicial de prestaciones sociales, "y no una indemnización, que es la establecida en el art. 65". Por ese motivo estimó que no era del caso tomar en cuenta esta norma.

Extraña que no existiendo el contrato de trabajo para el Tribunal y, de consiguiente, deudas insolutas por salarios o prestaciones sociales, se hubiera detenido a examinar lo concerniente a la indemnización por mora, ya que si la causa jurídica en que se funda la indemnización no alcanzó a tener vida legal, sobraba toda consideración al respecto. Es atendible la observación del recurrente, máxime si la insuficiencia del poder no fue objeto de reparos por la parte demandada, en la oportunidad debida, mediante excepción previa. Sinembargo, aún aceptando la tesis del acusador, no conduciría al quebranto de la sentencia, pues lo que determina la aplicación del art. 65 es la existencia de deudas exigibles por los conceptos antes expresados, no defectos de personería por insuficiencia del poder. La cuestión que plantea el recurrente será examinada en la decisión de instancia. No prospera el cargo.

- VI -

FALLO DE INSTANCIA.

Demostrado el contrato de trabajo, es oportuno determinar el tiempo servido que, como ya se anotó, no es el que señala el primer cargo, y el salario estipulado. Se requiere la prueba de la duración del vínculo para la liquidación de las obligaciones reclamadas que se estimen pertinentes, ya con el salario convenido, o, en su defecto, con el mínimo legal.

El hecho 1o. de la demanda inicial afirma que el actor fue trabajador de la Esso Colombiana, a partir de enero de 1.933, y después de la Tropical Oil Co., hasta julio de 1.955. Lo negó la sociedad, expresando que sólo comenzó a operar el 1o. de julio de 1.950. La negativa impuso al actor la carga de la prueba.

De la duración de los servicios dá cuenta la prueba testimonial así: Dice el testigo Lorenzo Vargas (fls. 38 a 49) que Pino trabajó en la Tropical y después en la Esso, de julio de 1.939 al 19 de abril de 1.951. Informa el testigo J. C. Gómez (fls. 41 a 43) que el actor trabajó en las dos empresas de 1.933 a 1.948. Para el testigo Egidio Cruz (fl. 52) Pino trabajó en las dos compañías de 1.927 a 1.938. Sobre el punto los demás declarantes, unos dan la fecha inicial de las labores, sin indicar la de su conclusión, y los demás se limitan a decir que Pino prestó servicios a la Esso, sin señalar el período de duración.

No es aceptable el testimonio de Cruz. Para su rechazo basta observar que fija como fecha inicial del contrato el año de 1.927, en oposición a la demanda de instancia, para la cual aquél comenzó a trabajar en enero de 1.933.

Como datos estimables quedan únicamente los presentados por los testigos Vargas y Gómez: de ellos puede deducirse como tiempo de servicios el comprendido entre el año de 1.933 y el 19 de abril de 1.951.

El informe de los testigos White, Ochoa, Quiñones y Mei (fls. 49 a 73), relacionado con el que resulta de la inspección ocular, autoriza para admitir como tiempo servido, el comprendido entre el mes de julio de 1.954 y el de julio de 1.955,

Según lo expuesto, dos fueron los períodos de servicio: el primero de 1.933 a 1.951, y el segundo, de julio de 1.954 a julio de 1.955. Se anota entre los dos una solución de continuidad de abril de 1.951 a julio de 1.954.

La Esso Colombiana, en la respuesta a la demanda, propuso la excepción de prescripción. El auto admisorio del libelo fue notificado a la compañía en abril de 1.956 (fl. 29). Entre esta fecha y la de expiración del primer período de labores transcurrieron más de tres años, plazo que para la prescripción de las acciones deducidas en el juicio señala el art. 488 del CST. Es, pues, del caso reconocer probada esta excepción respecto de los servicios prestados con anterioridad a julio de 1.954. Por tanto, solo hay lugar a su reconocimiento por el tiempo servido en el segundo período. Con la base salarial que indica la inspección judicial, el valor de la cesantía, las vacaciones y la prima de servicios, durante el segundo período de labores, arroja la cantidad de $1.239,32, de acuerdo con las normas legales pertinentes.

De la sustitución patronal no hay prueba en el juicio, como lo observa el opositor. Además, no hay para qué examinar esta institución, ya que el tiempo servido que hay lugar a reconocer en el juicio es posterior a la fecha en que comenzó sus actividades la sociedad demandada (julio de 1.950).

En el proceso no obra prueba alguna que demuestre el despido del trabajador sin justa causa. Por tanto, no es procedente la condena al pago de perjuicios por lucro cesante.

No se puede acoger la súplica sobre pago de la indemnización por mora. Si bien fue hecho indiscutible en el juicio el servicio personal del demandante, el hecho de que hubiese sido subordinado o autónomo no se presenta con la misma claridad. Su pago, según la tarea realizada, como lo acredita la inspección ocular, se prestaba para colocar el servicio en la zona tanto del contrato de obra como de trabajo. La Sala prefirió este último con sujeción a lo dispuesto en el art. 21 del CST. Tal circunstancia, como la de haber deducido el vínculo laboral de la presunción establecida en el art. 24, justifican la posición de la parte demandada. Negó ésta la existencia del vínculo y aportó al juicio pruebas al respecto, que, si no lograron su propósito, sirven para estimar razonable su conducta y considerarla de buena fe. Cuando el proceso ofrece esta situación, la jurisprudencia, por razones de equidad, ha adoptado el criterio de que debe eximirse al patrono de la sanción que consagra el art. 65 del Código, y a ella se acoge la Sala para abstenerse de aplicarlo.

La prosperidad de parte de las peticiones de la demanda inicial, impone la condena en costas a cargo del vencido en las instancias, conforme a la ley, pero solo parcialmente. Se fijan en un 50%.

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, CASA la sentencia recurrida, revoca la de primer grado y, en su lugar, RESUELVE:

1o. Declárase probada la excepción de prescripción respecto de primas, cesantía y vacaciones por el tiempo de servicios anterior a julio de 1.954.

2o. Condénase a la Esso Colombiana S. A., a pagar a Lupercio Pino López, mayor de edad y vecino de Barranquilla, dentro de los tres días siguientes

al de ejecutoria de este fallo, la suma de mil doscientos treinta y nueve pesos treinta y dos centavos ($1.239,32) moneda corriente, por concepto de cesantia, primas de servicio y vacaciones causadas durante el tiempo laborado por el actor en la sociedad, señalado en la parte motiva de esta resolución (2o. Período).

3o. Se absuelve a la sociedad en referencia de los demás cargos de la demanda.

4o. Condénase a la misma compañía en las costas de las dos instancias en un cincuenta por ciento.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes. - Roberto de Zubiría C. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DENEGACION DEL RECURSO DE CASACION

Quien no apela del fallo de primera instancia carece de interés jurídico para acusar en casación el de segunda confirmatorio de aquél. El fin primordial del recurso extraordinario, o sea, unificar el derecho jurisprudencial, no puede procurarse en cada caso sino a iniciativa de quien esté interesado en el debate judicial porque la sentencia de la Corte pueda afectarlo.

Para confutar los argumentos aducidos por el recurrente, esta Sala de la Corte estima necesario transcribir jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo que ahora mantiene y reitera, cuya parte sobresaliente reza:

"Si bien es cierto que ya el recurso de casación no tiene por uno de sus fines primordiales enmendar los agravios inferidos a las partes, como lo establecía el artículo 149 de la ley 40 de 1.907, sino unificar la jurisprudencia nacional, como lo prescribe el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil, también es cierto que quien no apela del fallo de primera instancia carece de interés jurídico para acusar el de segunda instancia confirmatorio de aquel, porque el fin primordial de unificar el derecho jurisprudencial no puede procurarse en cada caso sino a iniciativa de quien esté interesado en el debate judicial porque la sentencia de la Corte pueda afectarlo. (Gaceta Judicial, XLIV, 462).

"Esta doctrina de la Corte no es sino una refrendación de unas similares que sentó en los años de 1.917 y 1.923, según se cita en la providencia cuya parte sustancial acaba de transcribirse. En esta misma fue muy explícita la Corte cuando dijo: 'Como las únicas personas a quienes se concedió el recurso, carecen de acción para acusar la sentencia del Tribunal por cuanto no apelaron de la proferida por el Juez de primera instancia, es forzoso declarar inadmisible dicho recurso en vista de que no fue interpuesto por persona hábil, como lo exige el artículo 523 del Código Judicial".

Esta superioridad, además de hallarse de acuerdo con la transcripción en cita cuyo fondo o sentido considera aplicable al caso de autos, comparte los puntos de vista del Tribunal sentenciador para no haber otorgado el recurso extraordinario ya que se hallan ajustados a la realidad procesal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotà, enero veinticinco de mil novecientos sesenta y tres.

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

Al entrar a estudiar el recurso de reposición interpuesto contra el auto de fecha junio 20 de 1.962, visible a folios 45 a 47 del presente cuaderno, se ob-

serva que involuntariamente se omitió la firma de uno de los Magistrados integrantes de esta Sala, el Doctor Luis Fernando Paredes A., lo cual quiere significar que dicha providencia es inexistente y, en consecuencia, se impone su pronunciamiento en legal forma, en los siguientes términos:

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá ordenó compulsar las copias que estimó pertinentes el apoderado Judicial de la parte demandada "LA CASA DEL CUERO, LTDA.", y cuya solicitud formuló con el fin de sustentar el recurso de hecho ante la Corte, en el juicio laboral incoado por el demandante CORNELIO FERNANDEZ FRANCO. Tal recurso fué impetrado a causa de que el citado Tribunal no accedió a reponer el auto denegatorio del recurso de casación que se interpuso contra el fallo de segunda instancia fechado el 12 de Julio de 1.961, el cual resolvió el recurso de apelación que propuso únicamente el mandatario judicial de la parte actora contra la sentencia de primer grado dictada por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, de fecha 3 de Mayo de ese mismo año, de carácter parcialmente condenatorio y que fué confirmado por el Tribunal.

Esta Superioridad, con base en las referidas copias, procede a resolver sobre la concesión del recurso extraordinario de casación, teniendo en cuenta que la parte recurrente lo sustentó dentro de la debida oportunidad y se allegaron las correspondientes piezas procesales.

SE CONSIDERA:

La negativa del **ad quem** para no haber concedido el recurso de casación se basa, en síntesis, en que la firma comercial demandada no apeló del fallo de primera instancia desfavorable parcialmente a sus intereses, lo que estimó el fallador de segundo grado como falta de interés jurídico para recurrir en casación al aceptar o consentir tácitamente las condenas impartidas en su contra por el **a quo** en el proveído antes singularizado.

El mandatario judicial de dicha parte recurrente, con el objeto de que se le concediera el recurso, expuso ante el Tribunal como fundamento de su pretensión, de que "el interés de la parte recurrente existe, toda vez que el fin principal de la casación es el de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo al tenor del art. 86 del C. P. L.- El agravio que a la parte o partes pueda haberse inferido con la sentencia de segundo grado es finalidad secundaria del recurso de casación".- En apoyo de esta misma razón y ante esta Sala, en el memorial sustentatorio, transcribe doctrina de varios tratadistas y jurisprudencias del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y de esta Corporación.

Sobre el particular y para confutar los argumentos aducidos por el recurrente, esta Sala de la Corte estima necesario transcribir jurisprudencia del mencionado Tribunal Supremo del Trabajo que ahora mantiene y reitera, cuya parte sobresaliente reza:

"Si bien es cierto que ya el recurso de casación no tiene por uno de sus fines primordiales enmendar los agravios inferidos a las partes, como lo establecía el artículo 149 de la Ley 40 de 1.907, sino unificar la jurisprudencia nacional, como lo prescribe el artículo 519 del Código de Procedimiento, también es cierto que quien no apela del fallo de primera instancia carece de interés jurídico para acusar el de segunda instancia confirmatorio de aquél, porque el fin

primordial de unificar el derecho jurisprudencial no puede procurarse en cada caso sino a iniciativa de quien está interesado en el debate judicial porque la sentencia de la Corte pueda afectarlo." (G. J., T. XLIV, Pág. 462).

"Esta doctrina de la Corte no es sino una refrendación de unas similares que sentó en los años de 1.917 y 1.923, según se cita en la providencia cuya parte sustancial acaba de transcribirse. En esta misma fué muy explícita la Corte cuando dijo: '"Como las únicas personas a quienes se concedió el recurso, carecen de acción para acusar la sentencia del Tribunal por cuanto no apelaron de la proferida por el Juez de primera instancia, es forzoso declarar inadmisible dicho recurso en vista de que no fué interpuesto por persona hàbil, como lo exige el artículo 523 del Código Judicial"'.

Es decir, que esta Superioridad además de hallarse de acuerdo con la transcripción en cita cuyo fondo o sentido considera aplicable al caso de autos, comparte los puntos de vista del Tribunal sentenciador para no haber otorgado el recurso extraordinario ya que se hallan ajustados a la realidad procesal.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, DECLARA BIEN DENEGADO el recurso de casación propuesto por el apoderado judical de la parte demandada y única recurrente "LA CASA DEL CUERO, LTDA.", contra la sentencia de fecha 12 de julio de 1.961.

Comuníquese lo resuelto al Tribunal de origen para que conste en autos y archívese el expediente.

Notifíquese, cópiese e insértese en la "Gaceta Judicial".

Luis Alberto Bravo.- Roberto de Zubiría C.- Luis Fernando Paredes A.- José Joaquín Rodríguez Z. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA

No se demostró el error evidente de hecho alegado por el recurrente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL.- Bogotá, enero treinta de mil novecientos sesenta y tres.

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

Por conducto de apoderado, GILBERTO ACERO PACHON demandó a JACK OUNDJIAN para que éste, previo el trámite de un juicio ordinario laboral, fuese condenado a pagarle: auxilio de cesantía, aumento de salario, los valores correspondientes a subsidio familiar y vacaciones y la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales.

Los hechos en la demanda fueron expuestos así:

"a). Mi poderdante ingresó al servicio del demandado en el desempeño de las funciones de confección de ropa fina en el día primero de febrero de 1.942 y trabajó hasta el dia cinco de enero de 1.958.

"b). Mi representado no ha recibido, porque no le ha sido pagada la cesantía por el tiempo en que prestó sus servicios, solamente recibió hace años una cesantía parcial de $ 1.500·oo.

"c). A mi representado no se le hizo el reajuste de salario conforme a lo ordenado por el Decreto 0118 de 1.957 que empezó a regir el primero de julio del mismo año.

"d). A mi representado no se le ha pagado el subsidio familiar.

"e). El último sueldo devengado por mi poderdante era de $ 380,oo mensuales.

"f). A mi representado se le deben vacaciones causadas y no disfrutadas".

Como fundamentos de derecho se citaron los artículos 65 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto No. 0118 de 1.957.

El demandado, también por medio de apoderado, dió respuesta a la anterior demanda oponiéndose a las condenas solicitadas por carecer de fundamento y, respecto de los hechos, dijo no ser ciertos la mayoría de ellos, con aclaraciones, y de los demás atenerse a su prueba. Propuso además las excepciones de pago, compensación y prescripción.

Se puso tèrmino a la primera instancia mediante fallo dictado por el Juzgado Segundo Laboral de Bogotá, de fecha Julio 30 de 1.959, en el que se condenó a la parte demandada a pagar la suma de $ 1.874,99 por concepto de auxilio de cesantía, y $10.oo diarios a partir del 5 de Enero de 1.958 y hasta cuando se realice el pago de dicha prestación, a título de indemnización moratoria; se absolvió al demandado de los restantes cargos formulados en el libelo inicial y lo condenó a pagar el 50 o/o de las costas.

El recurso de apelación interpuesto por ambas partes contendientes contra la dicisión del *a-quo* fuè desatado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia fechada el 30 de Septiempre de 1.959, en la siguiente forma: modificó la condena por cesantía rebajándola a la suma de $777.11; modificó la condena por indemnizaciòn moratoria limitándola a la cantidad de $ 2.060,34; declaró probada la excepción de pagó en relación con vacaciones, probada parcialmente la de cesantía y no probada la de compensación. Asimismo rebajó al 30 o/o la condena por costas de primera instancia y no impuso por las de segunda.

El *ad quem* concedió el recurso de casación que los procuradores judiciales de las partes contendientes interpusieron contra el proveído de segundo grado. Esta Superioridad, luego de haberse surtido el trámite de rigor, pasa a resolverlo previo el estudio de la demanda que lo sustenta y después de haber admitido el desistimiento del recurso extraordinario propuesto por el mandatario Judicial de la parte actora, la cual no presentó escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Persigue la casación de la sentencia recurrida y que se absuelva al demandado de todos los cargos formulados en el libelo inicial.

Cargo Unico.

Sin indicar la causal de casación en que se apoya, el recurrente presenta un solo cargo cuyo enunciado es el siguiente:

"Acuso el fallo recurrido de ser violatorio, por aplicación indebida, del artículo 65 del C.S. del T., violación proveniente de apreciación errònea de la prueba demostrativa del pago de las prestaciones impetradas (fl.29)".

A continuación transcribe el artículo acusado y le formula comentarios a su contenido. Luego se refiere a la cesantía parcial que se le liquidó al trabajador demandante, a los documentos que la acreditan y al régimen especial de liquidaciones anticipadas de cesantía cuando èstas se destinan a adquirir casa por conducto del Instituto de Crèdito Territorial.

El recurrente se acoge a la jurisprudencia de esta Corporación en materia de salarios indemnizatorios destacando que no hubo renuencia injustificada de su poderdante en el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

El cargo concluye en estos términos textuales:

"Demostrada como está la violación directa de la ley, por aplicación indebida del artículo 65, debe casarse la sentencia que es objeto del recurso".

SE CONSIDERA.

Es conveniente dar a conocer las razones que tuvo el **ad-quem** para decretar la sanción por salarios moratorios. Sobre el particular la parte motiva de su fallo dice lo siguiente:

"El demandado consignó lo que consideràba adeudar al actor, por concepto de prestaciones sociales el 24 de mayo el 1.958 el 4 de enero del mismo año. En consecuencia se le deben al demandante los salarios comprendidos entre las dos fechas indicadas, puesto que no aparece probada causal exculpativa alguna para el no pago oportuno de la suma a que se contrae la diligencia de consignación. Hechas las operaciones aritmèticas, teniendo en cuenta el salario que devengaba el actor a la terminación del contrato de trabajo, el valor de la indemnización por mora asciende a la suma de $2.060,34, modificándose así lo resuelto por el **a-quo**".

Por otro lado, las críticas del recurrente a la decisión acusada están contenidas en estos párrafos:

"En el caso sub-judice, Jack Oundjian, había cancelado en forma anticipada a Gilberto Acero Pachón el valor de su cesantía por una parte, a título de liquidación parcial, como aparece en el comprobante que obra al folio 30, y, por otra, a título de préstamo garantizado con las futuras prestaciones que se pudieren causar (fl. 29). Entonces tenemos que el demandado no estuvo renuente a cumplir su obligación del pago de la cesantía causada a favor del demandante ya que creyó, como se lo indican los comprobantes aludidos y especialmente el recibo del folio 29, que nada debía a su extrabajador y más aún, que quien le era deudor, era precisamente el demandante, en virtud de la existencia del convenio que se contiene en el comprobante aludido".

Seguidamente afirma el impugnador:

"El **ad-quem** al estudiar la excepción de compensación propuesta guardó silencio respecto de la validez del comprobante a que me vengo refiriendo (fl. 29), ya que solamente estudió y apreció la pieza que se contiene al folio 30, aceptando la compensación hasta la suma que allí se indica; pero respecto del convenio que se contiene en el tantas citado recibo del folio 30, nada dijo. Lo cual nos lleva a concluir que no tuvo para nada en mientes dicha prueba. Y esta falta de apreciación llevó al juzgador a la conclusión de que existe un saldo insoluto a favor del demandante por razón de cesantía y, como consecuencia de ello, aplica equivocadamente la sanción contenida en el artículo 65 relacionado".

Luego más adelante dice:

"Repito que el **ad-quem**, sin razón alguna, ya que ninguna pone de presente, dejó de apreciar el comprobante de pago que obra al folio 30, siendo que tal hecho es legalmente cumplido y legal, (sic) por cuanto se trataba de beneficiar al trabajador facilitándole los medios de adquirir su propia vivienda. Y como la Entidad adjudicante era el Instituto de Crédito Territorial, al tenor de lo preceptuado por las disposiciones anteriormente citadas, no se requería autorización o intervención de otra autoridad laboral.

"Entonces, si Jack Oundjian había pagado a Gilberto Acero Pachón, por concepto de cesantía, la cantidad de CUATRO MIL CIEN PESOS ($ 4.100.oo) cuando

úicamente debía $1.874,99, cómo es posible que se le sancione por renuencia en el pago de lo que había pagado en forma doble?. Palmariamente se destaca la injusticia e ilegalidad de la condena a que me refiero".

Observa la Sala que el recurrente hace un planteamiento contradictorio acerca de las pruebas, pues unas veces dice que sólo tuvo en cuenta el Sentenciador la documental de folio 30 y en párrafo seguido sostiene que "dejó de apreciar el comprobante de pago que obra a folio 30". Para la Sala El Tribunal no dejó de apreciar ni apreció erróneamente el comprobante de folio 30 ni el de folio 29. En efecto, en la motivación de su sentencia (fl. 120), dice:

"A fol. 29 de los autos aparece la documental firmada por el actor, de la cual consta que el demandado le dió la suma de $ 2-600.oo "para cubrir al Instituto de Crédito Territorial la primera cuota inicial de una casa que le fué adjudicada en el Barrio Quiroga de esta ciudad". Reza además la nota en cuestión que la cantidad mencionada la recibió el actor a cuenta de su cesantía que comenzó a causarse desde 1.950. Además dejó expresa constancia de que autorizaba al demandado para descontarle mensualmente $ 50.oo y en caso de que el contrato de trabajo terminara antes de cancelarle la totalidad de la suma adeudada, ordenaba la compensación con el derecho que se causara por concepto de cesantía. Esta nota fué reconocida por el demandante al absolver posiciones, fol. 34".

A continuación existe este otro pasaje del fallo acusado:

"A fol. 30 aparece otro recibo, firmado por el mismo, con fecha 1o. de marzo de 1.955 según el cual recibió el valor de la cesantia de 5 años para destinarla a una casa adquirida por conducto del Instituto de Crédito Territorial. Para liquidar dicha prestación se tuvo en cuenta un sueldo de $ 300.oo".

Y más adelante manifiesta:

"..... Y como de otro lado, está suficientemente demostrado que los $ 1.500.oo (documento de folio 30, observa la Sala) que le correspondieron al actor por la cesantía comprendida entre el 1o. de marzo de 1.950 y el 1o. de marzo de 1.955 fueron destinados para adquirir su casa de habitación, se concluye necesariamente que tal pago fué válido y en consecuencia no hay lugar a repetirlo, como lo dispuso el Juez del conocimiento. Se aclara si, que en atención a que con posterioridad a dicho lapso el actor alcanzò a laborar 2 años-3 meses-28 días, devengando desde el 1o. de octubre de 1.957 hasta la fecha de su salida $ 104,50 semanales, habrá necesidad de hacer dos liquidaciones puesto que en 30 de junio de 1.957, por disposición de la ley quedaron consolidadas las cesantías".

Como se ve, salta a la vista la contradicción y falta de fundamento procesal al aseverar el recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta el documento de folio 30. Esta falla de por sí le resta eficacia a la acusación. Sinembargo la Sala desea añadir estas consideraciones:

a). El comprobante de folio 29 tiene como fecha Julio de 1.954. No contiene propiamente una liquidación parcial de cesantía sino que es un préstamo que le hace el demandado al demandante; prèstamo que éste garantizaba con su cesantía y que debía cancelar en cuotas de $ 50.oo mensuales. Es decir, que ateniéndose al contenido del documento y conociendo la fecha de retiro del trabajador (Enero de 1.958), es de suponer que cuando éste se operó ya estaba can-

celado gran parte de ese préstamo. Este aspecto esencial de la prueba cuestionada no es objeto de ningún comentario de parte del impugnador.

b). De autos no aparece liquidación de prestaciones sociales, hecha por el demandado, al terminar el contrato de trabajo en 1.958. Esta liquidación sólo la hace el Sentenciador. Este es otro aspecto de importante la litis que no toca el casacionista pues hay necesidad de tener en cuenta que el comprobante de folio 29 es fechado en Julio de 1.954 y el de folio 30 en Marzo 1o. de 1.955 y, además, que el contrato de trabajo se terminó en Enero de 1.958. Para nada tiene en cuenta el recurrente estos aspectos fundamentales de la liquidación de cesantía que, como es bien sabido, es un derecho que sólo se causa al término del contrato laboral.

Del análisis anterior se llega a la conclusión de que el recurrente no ha demostrado el evidente error de hecho que alega ni por consiguiente se ha configurado la infracción legal sostenida. Por lo expuesto, la acusación no prospera.

En mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte demandada como recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes A. - Roberto de Zubiría C. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TRABAJO AUTONOMO Y CONTRATO DE TRABAJO. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. NO SE DEMOSTRARON LOS ALEGADOS ERRORES DE HECHO EN LA ESTIMACION PROBATORIA.

1. Se presenta la violación directa cuando a un hecho que no se discute en el proceso deja de aplicar la sentencia la norma que lo regula. Si para demostrar el antecedente de la presunción de que trata el artículo 24 del CST. es necesario examinar pruebas, por haberlo negado el Tribunal, ya no se está dentro del ámbito de la infracción directa de la ley. 2. La errónea interpretación de la ley proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido, con independencia de toda cuestión de hecho. 3. El error de hecho consiste en dar por establecido un hecho sin prueba que lo acredite, o negarlo cuando ésta lo demuestra.

1. La sentencia acusada sostiene que la labor personal realizada por el trabajador, en su función de equipajero, no lo fue en provecho de la Sociedad demandada, sino de los pasajeros, después de haberles entregado a éstos su equipaje en la oficina correspondiente. Así que el hecho que el sentenciador encuentra establecido en el juicio no es el constitutivo de la presunción legal de que trata el artículo 24 del CST., cuya violación por infracción directa acusa el cargo, sino que el trabajo personal se cumplió en beneficio de personas distintas de la demandada.

Ahora bien: Se presenta la violación directa cuando a un hecho que no se discute en el proceso deja de aplicar la sentencia la norma que lo regula. Fue ampliamente debatido por las partes el hecho en que se funda la presunción legal en referencia, y la parte demandante no logró acreditarlo en el juicio, en concepto del fallador. Si para demostrar el antecedente de la presunción es necesario examinar pruebas, por haberlo negado el Tribunal, ya no se está dentro del ámbito de la infracción directa de la ley, sino de una modalidad distinta, la de su quebranto de modo indirecto por errores de hecho o de derecho en la actividad probatoria del sentenciador. Resulta, pues, defectuosa la formulación del cargo, motivo suficiente para su rechazo.

2. El segundo cargo acusa violación del artículo 23 del CST., por errónea interpretación. Funda este vicio de la sentencia en la consideración de que la prueba testimonial a que se refiere, demuestra el elemento subordinación a la empresa, que el Tribunal negó, porque, según el recurrente, no tuvo en cuenta dicha prueba en su integridad sino de manera framentaria.

De acuerdo con la jurisprudencia constante de la Corporación, la errónea interpretación de la ley proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido, con independencia de toda cuestión de hecho. De esta

índole es la dependencia del empleado al patrono, pues solo mediante al examen de los medios probatorios allegados al juicio es posible determinar si fue o no trabajador subordinado de la Empresa, esto es, si de ella recibió órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o le impuso reglamento. Si la sentencia, con base en la prueba testimonial de que habla el acusador, llega a la conclusión de que el trabajo cumplido no fue dependiente sino autónomo, nada tiene que ver ese concepto con el que acerca de la subordinación establece el artículo 23 del Código, al cual no da el Tribunal significación que pugne con su recto y cabal entendimiento. El cargo adolece de defecto de orden técnico. No prospera.

3. El error de hecho qne alega el tercer cargo se funda en que la sentencia estimó parcialmente los testimonios de que hace mérito, y en que interpretó erróneamente el documento del folio 10. Las dos pruebas, en concepto del acusador demuestran el contrato de trabajo que alega la demandante.

La Sala observa:

El error de la naturaleza indicada consiste en dar por establecido un hecho sin prueba que lo acredite, o negarlo cuando ésta lo demuestra. Tomar de la declaración de un testigo lo que favorezca a uno de los litigantes, desechando cuanto le perjudique, no conduce a error de hecho en su valoración. El fallador goza de libertad en la formación de su convencimiento, conforme a la ley, de manera que si procedió en la forma que indica el recurrente, su juicio, correcto o equivocado, no es denunciable en casación. Otra sería la conclusión si al estimar el testimonio, deduce hechos de que el testigo no da cuenta, o desconoce los que el declarante afirma haber presenciado. En otros términos: si la sentencia, en la crítica del testimonio, se aparta sin razones valederas de su contenido, o procede contra las reglas de la sana crítica. No sobra anotar que el impugnante no da a conocer cuáles son los hechos afirmados por los testigos que demuestren el contrato de trabajo. Al respecto se limita a decir que sus declaraciones fueron estimadas de manera incompleta o fragmentaria, sin expresar razón alguna que sustente la afirmación. Lo expuesto basta para el rechazo del cargo; si bien no es exacto que las dos pruebas de que hace mérito hayan sido mal estimadas por el fallador.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, treinta de enero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segundo grado, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por Isabel Cabrera v. de Pérez contra Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca).

- I -

EL LITIGIO.

1. La señora Cabrera viuda de Pérez trajo a juicio a la nombrada sociedad para que por sentencia fuera condenada a pagarle la suma de $ 13.380,oo, valor de las obligaciones en favor de la actora por salarios insolutos, seguro de vida, cesantía, primas de servicio y vacaciones. También pide la condena al pago

de horas extras y remuneración por trabajo en domingos y feriados en la cuantía que acrediten las pruebas del juicio.

2. Según las voces del libelo Avianca contrató verbalmente a José C. Pérez M., esposo de la demandante, para el oficio de Equipajero en el aeropuerto de Soledad, habiéndole expedido como título para el ejercicio de la función una tarjeta de identidad; Pérez inició labores el 29 de enero de 1.952, habiendo terminado el 2 de marzo de 1.957, fecha de su fallecimiento; el empleado recibía como retribución del servicio, las propinas que le pagaban los pasajeros a quienes mobilizaba su equipaje, forma de retribución convenida con la empresa, no obstante haberla prohibido ésta; el salario en promedio devengado por el trabajador fue el de $ 360,oo mensuales; la empresa no le pagó a Pérez la asignación por los servicios prestados, ya que las propinas no constituyen salario, y se ha negado a reconocerle a la actora las obligaciones reclamadas, a las cuales tiene derecho en su doble calidad de cónyuge supérstite y de legítima representante de sus hijos menores.

3. Las pretensiones invocan, en su apoyo, las normas pertinentes del Código del Trabajo.

4. La sociedad, en la respuesta a la demanda, niega el contrato de trabajo. Manifiesta que Pérez desempeñó en el aeropuerto el oficio de equipajero, por su cuenta y riesgo, habiéndole expedido una tarjeta para fines de simple identificación; que, por tal motivo, no hubo convenio sobre salario; que Pérez transportaba equipajes no solo de pasajeros de Avianca sino también de otras empresas, quienes le retribuían el servicio voluntariamente mediante propinas; que por no haber existido el referido contrato, no se considera obligada al pago de las obligaciones materia del juicio. Como excepciones perentorias propuso las de inexistencia de las obligaciones y prescripción.

5. Trabada la relación procesal en los términos expuestos y rituado el juicio conforme al trámite de rigor, concluyó en primera instancia con fallo proferido por el Juzgado 2o. del Trabajo de Barranquilla. La providencia condena a la sociedad demandada a pagar a Isabel Cabrera v. de Pérez, la suma de $2.992,oo por concepto de cesantía, seguro de vida, primas de servicio y vacaciones (numeral 1o.); declara prescritas las primas y vacaciones causadas antes del 26 de julio de 1.955 (numeral 2o.); la absuelve de los demás cargos (numeral 3o.), y se abstiene de la condena en costas, (numeral 4o.).

6. Apelaron ambas partes. La sentencia decisoria del recurso de alzada, dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha 3 de mayo de 1.960, revocó la del Juzgado a quo, y en su lugar, absolvió a la sociedad de todos los cargos. Impuso las costas a la parte vencida.

LA SENTENCIA ACUSADA.

La motivan estas consideraciones:

a) Trabajo personal del empleado.

Está probado en el juicio que José C. Pérez M. y los demás equipajeros, desarrollaron diariamente y durante más de cinco años, la labor de recibir el equipaje desde el avión en que había sido transportado al aeropuerto de Sole-

dad, hasta el despacho nacional o internacional, y desde la sección de entrega hasta el vehículo utilizado por el pasajero para dirigirse al lugar final del viaje.

Para el trabajo en el aeropuerto, su administrador, señor Alberto Arango, otorgó permiso a los equipajeros, el cual sometió a determinadas condiciones (buena conducta, buena presentación personal, y la exigencia de no cobrar los pasajeros el servicio prestado, sino esperar a que ellos de manera espontánea le dieran su propina). Así lo dice en su declaración del folio 140. Del permiso no se deduce el contrato de trabajo, porque los mismos equipajeros reglamentaron el servicio por turnos, sin intervención de la empresa. Fue concedido el permiso para limitar el número de equipajeros, pues de otra manera no habría podido la empresa controlar la actividad de personas extrañas a su organización.

b). Beneficiario del servicio.

Para la conducción del equipaje del aeropuerto al lugar de su destino el pasajero podía entregarlo a familiares o a amigos, a un chofer o a un equipajero, como lo dicen en sus declaraciones los compañeros de trabajo de Pèrez Mesino.

En caso de pérdida o avería del equipaje, el pasajero tendría que ejercitar la acción correspondiente contra el equipajero, no contra la empresa, pues la responsabilidad de ésta concluye con la entrega del equipaje al pasajero en su oficina del aeropuerto. Funda el concepto en la norma del art. 298 del C. de Co. En el contrato de trabajo el riesgo por la ejecución de la labor lo soporta el patrono, benificiario del servicio, no el empleado, y como en el caso de autos, según declaraciones de compañeros de Pérez Mesino, el riesgo de que se trata corre a cargo de los equipajeros, el trabajo de éstos no fue subordinado sino autónomo.

c). Subordinación del empleado al patrono.

Según la parte demandante, acredita este elemento del contrato de trabajo, la tarjeta del folio 10. El documento no tenía otro objeto que identificar al equipajero ante los pasajeros y los representantes de la empresa en el aeropuerto. Es natural que si Avianca había otorgado permiso a un limitado número de equipajeros para que tuvieran acceso a sus dependencias, los proveyera de carnet para evitar su invasión por todas las demás personas dedicadas a la misma actividad. No se presta, pues, el carnet para concluir que Pèrez M. fuera trabajador dependiente de Avianca, no sólo por haber asumido el riesgo en la prestación del servicio, sino porque la inspección ocular demuestra que la ficha o escudo que usan los empleados de Avianca son distintos de las entregadas a los equipajeros.

Las condiciones impuestas por la empresa al conceder los permisos no traducen órdenes en sentido jurídico, sino instrucciones para el desarrollo de la labor. Cuando esto ocurre, no significa que las instrucciones revelen dependencia de quien las recibe a quien las dá, pues no son extrañas en las relaciones de trabajo independiente. Sobre el punto, dice el testigo Rodolfo Palacio, alto empleado de la Avianca en el aeropuerto, que ninguno de los equipajeros se presentó a su oficina a pedir excusas por faltas al trabajo, de lo cual se deduce la ausencia de subordinación del equipajero a la compañía.

Los compañeros de trabajo de Pérez Mesino afirman su falta de vinculación laboral dependiente con la empresa, haciendo resaltar su calidad de trabajadores autónomos. Así lo expresan en sus testimonios Félix Barreneche (fl. 76), José Mesino (fl. 88), Agustín Niebles (fl. 95), Antonio Noguéra (fl. 99) y Rafael Sarache (fl. 109).

d). Salario.

El pago de la remuneración por el servicio no puede estar sometida a condiciones ajenas a la actividad del trabajador. No queda subordinada al mayor o menor esfuerzo del asalariado, como en la retribución a destajo, por lo que resultaría extraño al contrato laboral sujetarla a circunstancias diversas originadas en el giro de actividades de la empresa. De ahí que si ésta disminuye el número de sus vuelos; si el público no utiliza sus sevicios, o si los pasajeros confían el transporte de sus equipajes a personas distintas de los equipajeros, no recibirían éstos retribución alguna, lo cual no ocurriría si se tratara de un verdadero contrato de trabajo, pues el empleado tiene derecho al salario aunque no preste el servicio, si permanece a disposición del patrono.

EL RECURSO.

Persigue la quiebra de la sentencia del ad-quem, para que en su lugar "se provea a admitir las peticiones de la demanda".

Alega la causal primera de casación, y con fundamento en ella formula tres cargos, que se estudian a continuación.

Primer cargo.

Acusa violación del art. 24 del CST., por infracción directa, y como consecuencia de ella, la de los arts. 27, 186, 249 y 306 ibídem.

En su desarrollo expone el recurrente: cuando el trabajador presenta una tarjeta, carta, carnet o cualquier otro documento donde se perfile vinculación laboral, se puede afirmar que entre las partes existe contrato de trabajo, pues de no ser así, el art. 24 del Código sería inoperante. En el proceso abundan las pruebas tendientes a demostrar que José C. Pèrez realizó en Avianca y en su beneficio, una labor como equipajero, le dió instrucciones y con un carnet lo acreditó como su trabajador durante mas de cinco años. La relación de trabajo personal, determinante de la presunción del art. 24, no desvirtuada por la empresa, la admite el Tribunal, pero le desconce fuerza probatoria, diciendo que no hubo contratación personal de servicios, sino simple permiso otorgado por la Avianca a los equipajeros para actuar en el aeropuerto de su propiedad. Lo expuesto demuestra violación de la norma citada, "por infracciòn directa de la ley" y violación consecuencial por el mismo concepto, de los demás preceptos legales que el cargo relaciona. El opositor refuta el cargo así:

No es hecho indiscutido en el proceso, admitido por el fallador, el trabajo personal de Pèrez Mesino sino al contrario, la ausencia de prueba al respecto. En consecuencia, no puede hablarse de violación directa de la ley. Agrega el opositor: la actora acreditó en el juicio que Pérez Mesino realizó un trabajo personal, el de equipajero, pero en su beneficio y por su cuenta y riesgo, no en provecho de la empresa, de manera que no se trata de servicio personal recibido por èsta. Las relaciones de trabajo se daban entre el equipajero y el pasajero, pero no entre èste y la Avianca. No hubo convenio de salario entre la empresa y Pérez Mesino, sino un acuerdo en virtud del cual el equipajero debía recibir como retribución lo que el pasajero quisiera darle espontáneamente, a título de propina, todo lo cual demuestra la inexistencia del contrato laboral. Sería absurdo suponer que habiéndose celebrado el contrato, partes las no hubieran pactado el sala-

rio correspondiente. Por consiguiente, no autorizando la ley que la propina pueda estipularse como salario, faltó también en el asunto litigioso otro de los elementos de la convención laboral.

Segundo cargo.

Violación del art. 23 del CST., por errónea interpretación de las pruebas. El último párrafo de la motivación, dice que al desconocer el Tribunal el contrato de trabajo por ausencia del elemento subordinación "interpretó erróneamente" el contenido del artículo citado, e infringió también, en consecuencia, los arts. 57-4, 186, 249, 289, 292 y 293 del Código, por no haberle dado al 23 la debida aplicación en virtud de "la absurda interpretación de las diferentes pruebas allegadas al expediente".

En sustentación del cargo, dice el acusador: las declaraciones de los testigos acerca de la subordinación del trabajador Pérez M. a la Avianca, no las estimó el Tribunal en su integridad. Transcribe aparte de los testimonios de Félix Barreneche, José Mesino, Antonio Noguera y Alberto Arango Calle, y luego expresa: de los anteriores testimonios se desprende que los equipajeros recibían instrucciones precisas de Avianca. La empresa daba a los equipajeros estas órdenes: presentarse uniformados ante los pasajeros, observar buena conducta, entrar y salir a determinadas horas, solicitar permiso de los jefes para salir durante los turnos y la exigencia de no cobrar los servicios prestados al viajero. Existía, pues, por parte de Avianca la posibilidad jurídica de dar órdenes y la obligación por parte de los equipajeros de cumplirlas, lo cual demuestra la subordinación de éstos a la empresa. Transcribe lo que sobre el concepto de subordinación dá una sentencia de esta Sala, del 18 de mayo de 1.960, y agrega: "Esa errónea interpretación del art. 23 citado, hace que se incida en equivocación acerca del contenido de la norma o de la posibilidad de aplicarla a una determinada situación de hecho", circunstancia que llevó al Tribunal a infringirla.

El opositor confuta el cargo en estos términos:

Resulta contradictorio decir que la sentencia viola el art. 23 del CST. por errónea interpretación de las pruebas y por errónea interpretación de la norma, como lo afirma el impugnador. Refiriéndose al primer aspecto, manifiesta que el *ad quem* analizó todas las pruebas aportadas al juicio, las cuales lo llevaron a la convicción íntima de que no existió contrato de trabajo entre la empresa y Pérez Mesino, por ausencia de sus tres elementos, señalados en el citado precepto legal. Hace mérito de las razones expuestas por el sentenciador para sostener que, según las pruebas, no acreditó la parte actora servicio personal de Pérez Mesino en beneficio de la empresa, su dependencia respecto de ésta y el salario como retribución del servicio, y concluye expresando que la sentencia no interpretó equivocadamente los elementos de juicio corrientes en los autos, sino de manera correcta. En relación con el otro aspecto de la acusación -interpretación errónea del art. 23- anota el opositor que el reparo es infundado, porque la sentencia no sienta tesis contraria de la que contiene el precepto, ni incurre en el mismo vicio respecto de las demás normas que el cargo cita.

Tercer cargo.

Lo enuncia el recurrente en estos términos: el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto al interpretar la tarjeta del folio 10, así como las declaraciones de los testigos, entre otras la de Alberto Arango. El error lo condujo a la violación indirecta de los arts. 23, 57-4o., 131, 186, 249, 289, 292, 293 y 306 del CST., y 1761 del C. C.

Para demostrar el cargo, dice el impugnante: la sentencia sostiene que no se ha probado el contrato de trabajo, "y para ello analiza parcialmente las declaraciones de los testigos Noguera, Barreneche, Mesino, Zarache y Niebles". "Pero contrasta esa situación restringida con la afirmación de que Pérez Mesino desarrolló diariamente y durante más de cinco años la labor de recibir el equipaje desde el vehículo en que fue transportado hasta el despacho nacional o internacional, y desde la sección de entrega de equipajes hasta el vehículo en que va a ser transportado el pasajero. La parte resolutiva de la sentencia es contraria a lo demostrado en el expediente y aún a lo afirmado por el fallador. El Tribunal examinó parcialmente las declaraciones de los testigos, aceptando de ellas solo lo favorable a la empresa, "violando así la ley sustantiva por aplicación indebida, situación que proviene de la apreciación errónea o falta de apreciación de los testimonios rendidos". "Error que aparece de manifiesto, y como se ha demostrado que entre Pérez y Avianca hubo un verdadero contrato de trabajo, por este aspecto se acusa la sentencia por error de hecho en la apreciación de dichos testimonios, con lo cual se violaron indirectamente los arts. 23, 57,4o., 131, 249, 293 y 306 del C. S. del T.". También incurrió la sentencia en error de hecho al decir que Pèrez M. no tenía vinculación laboral con Avianca. Para el Tribunal la tarjeta no tenía otro objeto que servir de documento de identificación ante los pasajeros, pero si ello es así no se ve con qué fin práctico la empresa identificaba a sus equipajeros. Dice también la sentencia, que Avianca expidió la tarjeta para limitar el número de personas con acceso a sus dependencias para que no fueran invadidas por otros equipajeros, razones sin ninguna consistencia, ya que los permisos de que habla el fallo podían servir para casos eventuales, pero no en forma permanente y por una duración de más de cinco años, bajo control de la empresa. Lo lógico es pensar que ésta organizó un cuerpo de equipajeros, dotándolo de uniformes, con horario e instrucciones precisas, al cual dió un carnet especial, para que los viajeros ocuparan sus servicios, todo con el fin de mantener el orden y el debido control en sus dependencias y evitar que los espontáneos aprovecharan las aglomeraciones "para hacer de la suyas con perjuicio del nombre de la entidad".

Concluye el cargo así: está demostrado en el juicio que la empresa prohibió a sus equipajeros el cobro de los servicios a los pasajeros. Como retribución de ellos dispuso que se limitaran a recibir la propina que les dieran. Esa obligación demuestra la relación laboral subordinada, porque el trabajo humano no se puede regalar y el derecho a la retribución es irrenunciable, según los arts. 14 y 17 del C. S. T. De acuerdo con el art. 27 ibídem el patrono está obligado a pagar el servicio de su trabajador, por lo cual no puede someterlo a la generosidad del público por medio de propinas, aparte de que una estipulación en tal sentido la prohibe el art. 131 del mismo Código. Además, en caso de no haberse pactado salario, debe tenerse en cuenta el mínimo legal.

En la respuesta al cargo dice el opositor:

Los testimonios y la prueba documental de que hace mérito el cargo fueron apreciados acertadamente por el Tribunal. La circunstancia de que el concepto del recurrente sea distinto del juicio del sentenciador, no demuestra que éste haya incurrido en error manifiesto de hecho en su estimación. Todas las pruebas del proceso llevan a la conclusión que de ellas deduce el fallo acusado, esto es, la de que Pérez Mesino, en su actividad de equipajero en el aeropuerto de Soledad, fue un trabajador autónomo. Por haberlo estimado así, no vió en la tar-

jeta del folio 10 la prueba del vínculo laboral, si no un documento en virtud del cual la empresa otorgaba permiso a Pérez Mesino para ejercer en el aeropuerto la función de equipajero y a la vez un medio de identificación ante terceros. Estima improcedente la petición que hace el acusador en el sentido de que para liquidar las prestaciones reclamadas, si el cargo prospera, se tome el salario mínimo legal, porque para aplicar éste se requiere trabajo no inferior a 8 horas diarias, y en el juicio no se demostró que esa hubiera sido la jornada rendida por el trabajador.

- V -

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. El art. 24 del C. S. T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Si se atiende, como es de rigor, a la definición que de la nombrada figura jurídica dá el art. 22 ibídem, el trabajo personal debe prestarse por una persona natural en beneficio de otra persona, natural o jurídica. El Tribunal sostiene que la labor personal realizada por Pérez Mesino en el aeropuerto de Soledad no lo fue en provecho de la sociedad demandada, sino de los pasajeros, después de haberles entregado a éstos el equipaje en la oficina correspondiente, dejando satisfecha con la ejecución de ese acto sus obligaciones de porteador. Funda el concepto en estas pruebas, que analiza detenidamente: los testimonios de compañeros de labores de Pérez Mesino, la inspección ocular y la tarjeta o carnet de identidad corriente al folio 10. Por tanto, el hecho que el sentenciador encuentra establecido en el juicio no es el constitutivo de la presunción legal en examen, sino el trabajo personal de Pérez en beneficio de personas distintas de la demandada.

2. Se presenta la violación directa de la ley, cuando a un hecho que no se discute en el proceso deja de aplicar la sentencia la norma que lo regula. Fue ampliamente debatido por las partes el hecho en que se funda la presunción del art. 24, que la parte demandante no logró acreditar en el juicio, en concepto del fallador. Si para demostrar el antecedente de la presunción es necesario examinar pruebas, por haberlo negado el Tribunal, ya no se está dentro del ámbito de infracción directa de la ley, sino en una modalidad distinta, la de su quebranto de modo indirecto por errores de hecho o de derecho en la actividad probatoria del sentenciador. Resalta, pues, la defectuosa formulación del cargo, motivo suficiente para su rechazo.

3. El segundo cargo adolece del mismo defecto de orden técnico señalado al anterior. Acusa violación del art. 23 del C. S. T., por errónea interpretación. Funda este vicio de la sentencia en la consideracion de que la prueba testimonial a que se refiere, demuestra la subordinación de Pérez Mesino a la empresa, que el **ad quem** negó por no haber tenido en cuenta dicha prueba en su integridad sino de manera fragmentaria.

De acuerdo con jurisprudencia constante de la Corporación, la errónea interpretación de la ley proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido, con independencia de toda cuestión de hecho. De esta índole es la dependencia del empleado al patrono, pues solo mediante el examen de los medios probatorios allegados al juicio es posible saber si Pérez Mesino fue o no trabajador subordinado de la empresa, esto es, si de ella recibió órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o le impuso reglamento. Si la sentencia, con base en la prueba testimonial de que habla el acusa-

dor, llega a la conclusión de que el trabajo de Pérez Mesino no fue dependiente sino autónomo, nada tiene que ver ese concepto con el que acerca de la subordinación establece el art. 23 del Código, al cual no dá el Tribunal significación que pugne con su recto y cabal entendimiento. No prospera el cargo.

4. El error de hecho que alega el tercer cargo se funda en que la sentencia estimó parcialmente los testimonios de que hace mérito, y en que interpretó erróneamente el documento del folio 10. Las dos pruebas, en concepto del acusador demuestran el contrato de trabajo que alega la demandante.

LA SALA OBSERVA:

El error de la naturaleza indicada consiste en dar por establecido un hecho sin prueba que lo acredite, o negarlo cuando ésta lo demuestra. Tomar de la declaración de un testigo lo que favorezca a uno de los litigantes, desechando cuanto le perjudique, no conduce a error de hecho en su valoración. El fallador goza de libertad en la formación de su convencimiento, conforme a la ley, de manera que si procedió en la forma que indica el recurrente, su juicio, correcto o equivocado, no es denunciable en casación. Otra sería la conclusión si al estimar el testimonio, deduce hechos de que el testigo no dá cuenta, o desconoce los que el declarante afirma haber presenciado. En otros términos: si la sentencia, en la crítica del testimonio, se aparta sin razones valederas de su contenido, o procede contra las reglas de la sana crítica. No sobra anotar que el impugnante no da a conocer cuales son los hechos afirmados por los testigos que demuestren el contrato de trabajo. Al respecto se limita a decir que sus declaraciones fueran estimadas de manera incompleta o fragmentaria, sin expresar razón alguna que sustente la afirmación. Aunque lo expuesto basta para el rechazo del cargo, no es exacto que las dos pruebas de que hace mérito hayan sido mal estimadas por el fallador. Así resulta de su contenido, como se verá a continuación.

A). Los testimonios.

Dice el testigo Félix Barreneche (fls. 72 a 76):

"En ningún monento me he considerado empleado de la Avianca ni de la Eca". La segunda empresa sucedió a la primera en el dominio del aeropuerto de Soledad. El testigo José Mesino informa en su declaración (fls. 87 a 90) que para la ejecución del trabajo la Avianca le hizo sugerencias, pero de ella no recibió órdenes concretas; que entró a trabajar particularmente en la empresa, por su cuenta. El declarante Agustín Niebles (fls. 90 a 95), expone: Jamás, ni nunca, ni ahora, ni antes nos hemos considerado empleados de Avianca". El testigo Antonio Noguera dice en su testimonio (fls. 97 a 100) que Avianca no le entregó la ficha con su retrato, medio de identificación establecido para sus trabajadores, porque "no soy empleado de ella". Manifestación idéntica a la anterior hace el testigo Rafael Sarache (fls. 103 a 109).

Aseveran los cinco declarantes que en el aeropuerto de Soledad ejercieron la función de equipajero, idéntica a la desempeñada por José C. Pérez Mesino. Acerca del sistema de remuneración, todos afirman que consistía en la propina que espontáneamente les daban los pasajeros. La labor se concretaba a transportar la maleta de la oficina de entrega en el aeropuerto al vehículo que debía transportar a su dueño a la ciudad de Barranquilla y la de conducirlo del vehículo que la trans-

porta al aeropuerto a su oficina de recibo. Dicen los declarantes que la empresa les dió una tarjeta o un carnet como instrumento de identificación ante los pasajeros y directores de la empresa en el aeropuerto; algunos de ellos hablan de órdenes recibidas de la compañía, otros de un convenio celebrado con ella, sin indicar sus términos.

De los testimonios importa destacar el hecho de que ninguno de los testigos se consideró trabajador dependiente de la empresa, que para el asunto litigioso es el fundamental.

Como se ve, la prueba en examen no demuestra hecho distinto del que en ella ve el sentenciador. Por tanto, el reparo de que la estimó con desacierto es infundado.

B). El documento del folio 10.

Se trata del carnet de identidad otorgado por la compañía demandada a cada uno de los equipajeros.

5. El recurrente hace de la prueba una estimación distinta de la del Tribunal, y como de las dos la suya es la correcta, concluye que fue equivocada la del fallador. No consiste el error de hecho en el contraste de opiniones entre la sentencia y el impugnante, sino, como antes se anotó, en que el juicio del Tribunal sobre el medio probatorio sea opuesto al hecho que él acredita. A tal conclusión no conducen los argumentos del acusador. Los testimonios de que se ha hecho mérito afirman de consuno que el carnet entregado por la empresa a los equipajeros tenía por objeto identificarlos ante los pasajeros y directores de la empresa en el aeropuerto, y, además, permitirles el uso gratuito de sus vehículos para transportarlos del indicado lugar (Soledad) a Barranquilla y viceversa. Tal es la significación que el ad-quem le dá al documento en referencia, acorde con la que le atribuyen los equipajeros en sus declaraciones.

6. Objeta el acusador el concepto del Tribunal acerca de los permisos concedidos por la empresa a los equipajeros para el desarrollo de sus actividades en el aeropuerto, que relaciona con los carnet o tarjetas de identidad, y dice que no podían ser eventuales -como lo pretende el fallador-, sino permanentes, porque tuvieron una duración de más de cinco años. La alegación es de instancia, y, por tanto, inatendible. De los permisos dá cuenta el señor Alberto Arango, Jefe de aeropuerto, en la declaración del folio 140, en cuya estimación por la sentencia no se advierte error de hecho manifiesto. Otra alegación de instancia, sin base probatoria, es el supuesto de que la empresa organizó un cuerpo de equipajeros bajo su dependencia. La hipótesis, que no contempla la sentencia, no es razón valedera para demostrar el error de hecho que el cargo alega.

Por último, debe observarse que el impugnante guarda silencio sobre fundamentos cardinales del fallo acusado, como el que aduce con base en el art. 298 del C. Co. acerca del riesgo en el contrato de transporte, que, en su concepto, fue asumido por los pasajeros y no por la Sociedad. No destruída esta apreciación de la sentencia, le sirve de soporte suficiente.

No prospera el cargo.

RESOLUCION.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por

autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Son de cargo del recurrente las costas del recurso de casación.

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

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes. - Roberto de Zubiría C. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION DEL LUCRO CESANTE POR RUPTURA UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1. En qué consiste la infracción directa de la ley. 2. El artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral no consagra derechos u obligaciones de los sujetos de la relación laboral.

1. La jurisprudencia de casación, tanto civil como laboral, han sostenido reiteradamente que la infracción directa de la ley es independiente de toda cuestión probatoria, y solo se configura, cuando frente a hechos no discutidos, se aplica la norma legal a una hipótesis no contemplada en ella, o deja de aplicarse siendo el caso de hacerlo. La infracción de la ley sustantiva a través de errores de hecho, no es directa sino indirecta.

2. El artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral simplemente confiere la facultad de fallar extra y ultra petita, limitándola a la primera instancia. Pero no consagra derechos u obligaciones de los sujetos de la relación de trabajo, y de consiguiente, no puede servir de base por sí sola esta disposición legal para quebrantar la sentencia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

EDUARDO A. PRICE O., por conducto de apoderado, demandó a la empresa "Sears Roebuck de Colombia Ltda. para que se le condenara a pagarle $3. 695.oo por concepto de "contrato presuntivo de trabajo"; $640.38 como remuneración del descanso en 26 domingos; $135.46 por descanso en 5 días feriados; $812.79 por "salarios caídos" en 33 días y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, el actor prestó sus servicios a la entidad demandada, sin solución de continuidad, desde el 13 de abril de 1.955 hasta el 7 de mayo de 1.957, fecha ésta en que la empresa, simulando una suspensión, lo despidió sin justa causa; por sus servicios devengaba una comisión de $739.00, en promedio, que sólo comprendía los días de trabajo, dejando así de pagársele 26 domingos y 5 días feriados, a razón de $24.63 cado uno de ellos; las prestaciones sociales que le correspondían no se le liquidaron sino 33 días después del despido; el demandante se reservó el derecho a posteriores reclamos.

Se fundó en las disposiciones pertinentes del C. S. del T..

En la contestación de la demanda, la empresa negó los hechos afirmados en el libelo y se opuso a las pretensiones del demandante.

El Juzgado Tercero del Círculo Judicial del Trabajo de Barranquilla, al decidir el negocio, condenó a Sears Roebuck de Colombia Limitada a pagar al actor la suma de $2.216.16 por concepto de la primera petición de la demanda, o sea la relativa al lucro cesante; la absolvió de las peticiones sobre pago de domingos y feriados y de indemnización moratoria. La condenó en costas y fijó en $300.00 "el valor de los honorarios del abogado del actor".

Ambas partes apelaron de la sentencia de primer grado para ante el Tribunal Superior de Barranquilla, entidad que reformó la sentencia recurrida así:

"1o...

"a). Condénase a la empresa SEARS ROEBUCK DE COLOMBIA LIMITADA a pagar a EDUARDO A. PRICE O., la suma de DOS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS ($2.353.33) por lucro cesante;

"b). Confírmase la condena en costas;

"2. Absuélvese a la misma demandada por los demás cargos de la demanda.

"3. Costas en segunda instancia, a cargo de ambas partes recurrentes en la proporción de 75 °/o contra Sears Roebuck de Colombia Ltda. y 25°/o a cargo del demandante".

En virtud de solicitud que al efecto formuló, dentro del término legal, el apoderado de la sociedad demandada, el Tribunal accedió, por vía de corrección aritmética, a reducir a la suma de $ 2. 216. 16 la condena por lucro cesante, esto es, igual a la de primera instancia.

Interpuesto el recurso de casación por ambas partes, concedido, admitido y tramitado legalmente, va a decidirse previo el estudio de las demandas presentadas para sustentarlo y del único escrito de oposición que fue el del representante judicial de la empresa.

RECURSO DEL TRABAJADOR

Aunque la demanda tiene un capítulo denominado "alcance de la impugnación", el recurrente no señala en él la finalidad que persigue con el recurso, requisito éste que tiene grande importancia en casación, sino que se limita a hacer consideraciones sobre una supuesta modificación al contrato celebrado entre las partes el 13 de abril de 1.955, en lo referente a la modalidad del salario que devengó el demandante, con base en lo cual alega que a èste no se le pagó el descanso en los días domingos y feriados.

Sin invocar la causal correspondiente, acusa la sentencia, en un solo cargo, de violación directa, por aplicación indebida, de los artículos 172, 173, 174, 176 y 177 del C. S. del T.

Sostiene el recurrente, en síntesis, que el Tribunal desconoció el derecho del actor al pago de la remuneración del descanso en días domigos y feriados debido a que "confundió la cláusula del contrato de trabajo" de 13 de abril de

1.955 con la reforma hecha por medio de cartas, aceptada por los contratantes, lo que lo condujo al quebranto de los preceptos mencionados.

El opositor anota que la demanda no se ciñe a los requisitos técnicos de este recurso, de modo especial en cuanto sostiene que el fallador "pudo violar directamente los artículos 172, 173, 174, 176 y 177 del C. S. del T., por aplicación indebida, a través de una mala apreciación de las pruebas del juicio".

Se estudia el cargo.

En verdad la acusación se dirige a demostrar que el sentenciador dió por establecido el hecho de que el demandante devengó una remuneración mensual dentro de la cual quedaba comprendida la del descanso en días domingos y feriados, por no haber estimado la prueba consistente en la reforma de la cláusula respectiva del contrato de trabajo del 13 de abril de 1.955, reforma efectuada por medio de cartas.

Ahora bien, la jurisprudencia de casación, tanto civil como laboral, ha sostenido reiteradamente que la infracción directa de la ley es independiente de toda cuestión probatoria, y solo se configura, cuando frente a hechos no discutidos, se aplica la norma legal a una hipótesis no contemplada en ella, o deja de aplicarse siendo el caso de hacerlo. La infracción de la ley sustantiva, a través de errores de hecho, no es directa sino indirecta.

Así, pues, el cargo está mal formulado, y por tanto no prospera.

EL RECURSO DE LA EMPRESA.

Pretende que se case parcialmente la sentencia recurrida en lo tocante a las condenaciones proferidas contra la sociedad demandada, y que la Sala, convertida en Tribunal de instancia, revoque los ordinales primero y tercero de la parte resolutiva de la de primer grado y la absuelva de todos los cargos del libelo, condenando al actor en las costas del juicio.

Invoca la causal primera del artículo 87 del C. P. del T. y formula dos cargos, el uno como principal y el otra como subsidiario.

Cargo Principal.

Acusa por violación indirecta del artículo 64 del C. S. del T., por haberlo aplicado indebidamente al caso de autos, a consecuencia de manifiestos errores de hecho en que incurrió el sentenciador al no apreciar las pruebas que obran en el expediente.

Alega que el Tribunal, por no haber apreciado la afirmación contenida en el hecho primero de la demanda (folio 3), la manifestación verbal del actor, visible a los folios 27 y 28, y las declaraciones de los señores Miguel Jhonson (folios 29 y 30) y Carlos José Rivera (folios 35 y 36), pruebas éstas que confluyen a demostrar que el señor Price fue retirado del servicio el 7 de mayo de 1.957, dió por demostrado que ese hecho ocurrió el 24 de los mismos mes y año, y que este error lo condujo a condenar a la sociedad al pago del lucro cesante correspondiente a los perjuicios causados al actor por el despido efectuado en la última de las fechas mencionadas.

Se estudia el cargo:

El fallador de segunda instancia acoge y transcribe lo que acerca del punto que plantea el recurrente expresó el Juez de primera instancia así:

"En la primera petición solicita el apoderado del actor la condena por concepto de contrato presuntivo de trabajo, esto es, por el monto de los salarios correspondientes al tiempo faltante del plazo presuntivo del contrato. El Juzgado para llegar a ese extremo en la forma que será ordenado, hace las siguientes consideraciones: La relación de trabajo entre el demandante y la empresa demandada, fuera de la aceptación de la última, se encuentra procesalmente acreditada en el expediente y de modo concreto en el contrato de trabajo contenido en el documento visible a folio 19, cuyas cláusulas Primera, Segunda, Tercera y Sexta se transcribieron anteriormente, pues aún cuando el demandante ha hecho alusión a otro contrato posterior bajo cuyo amparo estaba cuando fué despedido y del cual se estimaría el término presuncional de seis (6) meses, es lo cierto que no se ha producido la prueba de su existencia real, ni de los términos en que estuvieron concebidas sus cláusulas. Al respecto, el Juzgado estima que no basta la simple afirmación del demandante de que tal contrato fue contraído, y por el término presuntivo que expresó, para que se tenga como probada la existencia de dicho contrato, máxime cuando la parte demandada no le ha dado su aceptación. Lo anterior es la consecuencia del viejo principio de derecho probatorio de que es al demandante a quién le toca la carga de la prueba. Así las cosas, se echa de ver que para el caso de autos, conforme a la cláusula 3a. del Contrato de 13 de abril de 1.955, su duración se pactó por cuatro MESES a partir del mencionado 13 de abril, con prórrogas automáticas y por períodos iguales de cuatro meses cuando ninguna de las partes notificara a la otra su voluntad de darlo por concluido. De manera que no puede tenerse como término del contrato el presuntivo de seis (6) meses alegado por el actor. Partiendo, pues, de que el vínculo contractual que unía a las partes cuando el trabajador dejó de prestar sus servicios a la empresa demandada, lo fué el mencionado contrato de 13 de abril de 1.955, cuyo término de duración se pactó expresamente en CUATRO MESES prorrogables automáticamente, el Juzgado sí encuentra acreditado que la empresa dió por terminado unilateralmente el contrato el día siete (7), de mayo de 1.957, sin ninguna causa justa o legal acreditada procesalmente. A tal conclusión se llega con las declaraciones juradas de los señores Miguel Jhonson y Carlos José Noguera, folios 29, 30 y 35 a 36, respectivamente, y ante la consideración del hecho de que la empresa no comunicó la pretendida suspensión el mismo día del retiro, sino cuatro (4) días después, y que además los cargos que en ella hace el trabajador tampoco los ha acreditado con ninguna prueba dentro del juicio. Y es que retirado definitivamente Eduardo A. Price, en la forma como lo detallan los testigos antes mencionados, el trabajador no estaba obligado a aceptar que se trataba de una simple suspensión, sin detrimento de su decoro y aún de sus intereses económicos favorecidos con las consecuencias del despido injusto, a cargo del patrono. Por otro lado, estando acreditado por los mismos testigos que el trabajador fué retirado el día siete (7) de mayo de 1.957, la pretendida suspensión hasta el veinte (20) del mismo mes resulta ilegal porque de acuerdo con el artículo 112 del Código Sustantivo del Trabajo, tal suspensión no podía exceder de ocho (8) días por la primera vez. Se concluye, pues, que la empresa demandada al dar por terminado sin justa causa el contrato de trabajo, unilateralmente, debe indemnizar al trabajador de los perjuicios causados con la violación del contrato, conforme al artículo 64 del mismo Código y por el lucro cesante equivalente al monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltó para cumplirse el plazo pactado de CUATRO (4) meses en el contrato de 13 de abril de 1.955. Y como el trece (13) de abril de 1.957 comenzó

una prórroga automática de dicho plazo de cuatro meses, habiendo sido despedido el trabajador el siete (7) de mayo siguiente se computan tres (3) meses y cinco (5) días como tiempo faltante, a razón de un sueldo mensual de setecientos pesos ($700.00) que fué el último devengado por el ex-trabajador Eduardo Price y lo que da la suma de dos mil doscientos diez y seis pesos con sesenta y seis centavos ($2.216.66) moneda legal. Prospera, pues, la Primera petición de la demanda en los términos que se dejan expuestos".

Como se vé, el a-quo, a cuyo juicio se remite el fallador de segundo grado, considera que el contrato de trabajo terminó el 7 de mayo de 1.957. Y si bien es cierto que por un error de cómputo el Tribunal fijó la suma de $3.353.33 por concepto de tiempo faltante para el vencimiento de la última prórroga del contrato, suponiendo que el despido se efectuó el 24 del mismo mes de mayo de 1.957, ese error fue corregido por el propio fallador, a solicitud precisamente del apoderado de la parte demandada, según aparece en el folio 25 del cuaderno del Tribunal. De tal manera que la condena definitiva de segunda instancia, en razón del lucro cesante, se redujo a la suma de $2.216.16, quedando así confirmada la de primera instancia.

Por lo demás, aun en la hipótesis de que el fallo hubiese estimado que el despido del demandante se produjo el 24 de mayo de 1.957, y no el 7 de los mismos mes y año, ello no desvirtúa el hecho de que el contrato terminó antes del plazo convenido, sin justa causa y por decisión unilateral del empleador, hecho que constituye el verdadero fundamento de la condena por lucro cesante y que el recurrente no ataca, dejando de este modo sin demostración el quebranto del artículo 64 del C. S. T. que enuncia en el cargo. Este, en consecuencia, no prospera.

Cargo Subsidiario. - *Está formulado así*:

"Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria, por infracción directa, del precepto nacional de carácter sustantivo contenido en el art. 50 del decreto 2158 de 1.948.

"La Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Barranquilla condenó a la Sociedad que apodero al pago de una cuantiosa indemnización de perjuicios por un despido del actor que afirma haber realizado dicha Sociedad el 24 de mayo de 1.957.

"El actor pidió, en su libelo de demanda, que se condenara a la Sociedad que apodero al pago de los perjuicios provenientes de su retiro intempestivo del servicio de la Sociedad que apodero, retiro que afirmó haber ocurrido el día 7 de mayo de 1.957.

"Aparece claro, entonces, que el Tribunal sentenciador condenó a la Sociedad que apodero al pago de una indemnización distinta de la pedida por el demandante. La facultad de decidir los litigios laborales en forma extra-petita, está consagrada, con exclusividad, en favor de los jueces de primera instancia. Luego, al fallar como lo hizo, el Tribunal Superior de Barranquilla violó, en la forma indicada, el precepto nacional de carácter sustantivo contenido en el art. 50 del decreto 2158 de 1.948, norma legal en la que aparece consagrada, con la mencionada restricción, aquella facultad".

SE CONSIDERA:

El artículo 50 del C. P. T. simplemente confiere la facultad de fallar extra o ultra petita, limitándola a la primera instancia. Pero no consagra derechos u obligaciones de los sujetos de la relación de trabajo, y de consiguiente no puede servir de base por sí sola para quebrantar la sentencia.

Por otra parte, como se observó al examinar el cargo principal, el fallador corrigió su sentencia para reducir la condena por lucro cesante a la misma cantidad que fue objeto de la de primer grado. Al respecto, en la parte resolutiva del auto que decidió acerca de la corrección, dispuso lo siguiente:

"Corrijase el error aritmético en que se incurrió en la sentencia proferida en el juicio de Eduardo Price contra Sears Roebuck de Colombia Ltda. en el sentido de que la suma porque se condena es de $2.216.16, como dice la sentencia de primera instancia. Lo demás de la sentencia por no ser motivo de la corrección queda igual".

Finalmente, es de anotar que si en la demanda se pidió en pago de perjuicios por incumplimiento de lo pactado (despido intempestivo), no cabe afirmar que el Tribunal falló extra-petita al condenar por lucro cesante, pues no se trata de indemnizaciones distintas. Y desde luego, la supuesta falta de coincidencia entre la fecha indicada en el petitum y la tomada por el sentenciador como punto de partida para la liquidación de la condena, implica una simple cuestión probatoria, que no alteraría la naturaleza de la indemnización.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo - Luis Fernando Paredes A. - Roberto de Zubiría C. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO Y TRABAJO AUTONOMO. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. CRITICA DE LA PRUEBA.

1. El juez debe atenerse a la forma contractual estipulada por las partes; pero si en su ejecución no se ajusta a lo pactado, priva el que resulta de los hechos. Ya que el vínculo laboral no es de cumplimiento inmediato sino sucesivo, su ejecución a través del tiempo es lo que permite saber si quien presta el servicio lo rinde con autonomía o bajo la dependencia de quien lo recibe. 2. Circunstancias que no desvirtúan la naturaleza del contrato de trabajo. 3. Las modalidades de infracción de la ley en forma directa y por errónea interpretación, no son pertinentes cuando se vinculan a actividades probatorias del sentenciador. La infracción directa se produce cuando al hecho probado no aplica la sentencia la norma que lo regula, y su errónea interpretación requiere la aplicación del precepto, pero en sentido diverso del que ofrece su recto entendimiento.

1. De la comparación que hace la sentencia acusada entre el trabajo ejecutado por el demandante, según el dicho de los testigos y lo que rezan las estipulaciones del contrato escrito, llega a la conclusión de que los testimonios desvirtúan lo pactado en el contrato, porque aquél realizó la labor bajo la dependencia del demandado, sujeto a las órdenes impartidas de su administrador.

Le dió el Tribunal prevalencia al trabajo tal como lo muestra la realidad y no como lo presentan las estipulaciones del contrato escrito, siguiendo al respecto el criterio que informa la jurisprudencia. El Juez debe atenerse a la forma contractual estipulada por las partes, conforme al principio de la autonomía de la voluntad; pero si al contrario, en su ejecución no se ajusta a lo pactado, priva el que resulta de los hechos. La naturaleza misma del vínculo laboral impone esta solución, ya que no es de cumplimiento instantáneo sino sucesivo. Su ejecución a través del tiempo es lo que permite saber si quien presta el servicio lo rinde con autonomía o bajo la dependencia de quien lo recibe. Decir en una escritura privada que el trabajador realizará la labor con libertad, sin horario, recibiendo como retribución determinado precio por la cofección de cada obra, no la sustrae del imperio de la ley laboral, si en la práctica presta el servicio bajo el control del patrono, recibiendo de éste órdenes e instucciones, como ocurrió en el asunto litigioso, de acuerdo con lo que resulta de la prueba testimonial.

2. Respecto a la segunda glosa, debe anotarse que no desvirtúa el contrato laboral el hecho de que sea de propiedad del trabajador la herramienta para ejecutar la labor, pues las partes pueden convenirlo así, como lo autoriza el artículo 57-1o. del C. S. T.

"2o.) El jornal devengado por mi mandante era el de VEINTE PESOS DIARIOS ($ 20.oo) m. l. c., según lo confiesa el mismo demandado, en la citada Acta;

"3o.) El señor JULIO C. MONTENEGRO, mi mandante, fué despedido, sin justa causa y sin habérsele dado el preaviso, el 15 de julio de 1.956;

"4o.) El doctor Falk, demandado, se ha negado sistemáticamente a pagar a mi mandante, por razones que ignoro, las prestaciones a que tiene derecho como son prima de servicios, cesantía, vacaciones, etc., según consta en la misma y ya citada Acta;

"5o.) El doctor Falk, desde que se halla en Nariño, gozando de los mejores contratos con el Gobierno Nacional, se ha caracterizado por su mala fé en cuanto al arreglo de las prestaciones sociales de sus trabajadores, a los que trata como esclavos;

"6o.) JULIO CESAR MONTENEGRO me ha conferido poder para que lo represente legalmente en el presente caso".

En derecho fueron citados los artículos 1, 5, 14, 18, 23, 48, 63, 65, 249, 306 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo; y los Decretos-Leyes 616 y 617 en lo pertinente; y artículos 1, 5, 25, 28, 75, 151 y concordantes del Código de Procedimiento Laboral.

El demandado, también por medio de apoderado, dió contestación a la demanda oponiéndose a las peticiones, negando todos los hechos narrados y formuló las excepciones que resultaran probadas y en especial la de compensación.

ANTONIO FALK instauró demanda de reconvención contra JULIO C. MONTENEGRO para que fuese condenado a pagarle la cantidad de $ 1.620,oo por concepto de anticipos a trabajo que MONTENEGRO no efectuó en favor de FALK, e igualmente los perjuicios causados a éste por ese hecho. Para ello narró lo siguiente:

"El señor Julio C. Montenegro estuvo trabajando con el Dr. Falk hasta el dia 1o. de octubre de 1.955 y ese día abandonó el trabajo pretextando que estaba enfermo y no obstante esa falsa excusa, entró a trabajar al servicio del Departamento de Nariño. Es decir haciendo un verdadero fraude, pretextó enfermedad y por eso, Falk le pagó los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1.955, sin que trabajara con él. Después de eso, el señor Montenegro regresó a trabajar con Falk en marzo de 1.956".

En cuanto a derecho se dijo: "LAS DISPOSICIONES PERTINENTES DEL C. S. T., las pertinentes del C. C. arts. 1602 y siguientes de la misma obra".

El contrademandado Montenegro por conducto de mandatario judicial dió respuesta a la demanda de reconvención y adujo estos argumentos:

OPOSICION: Niego en su totalidad los hechos en que se fundamenta la demanda de reconvención por no ser verdaderos. Pues, el demandado Dr. Falk en ningún tiempo le ha dado anticipos a mi mandante para que descontara en trabajo, ni menos Julio C. Montenegro ha trabajado con el Departamento de Nariño en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1.955.

"De igual manera niego que mi representado Montenegro se hubiera retirado del trabajo pretextando enfermedad alguna y menos que de manera uni-

lateral hubiera roto el contrato de trabajo. Por el contrario fuè el demandado quien despidió al trabajador Montenegro sin haberle hecho cancelación alguna de parte de sus salarios y de la totalidad de sus prestaciones.

"HECHOS: La oposición a la demanda de reconvención la fundamento en los siguientes hechos:

"a). El señor Julio César Montenegro entró a trabajar con el Dr. Antonio W. Falk el día siete (7) de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1.954), con destino a la construcción de la Hidroeléctrica de la ciudad de Túquerres, como buldozero en esas obras. Allá estuvo el demandante laborando hasta los últimos días del mes de noviembre de 1.954, cuando la máquina en que operaba entró a reparación a los talleres del señor Luis M. Montenegro en esta ciudad y en cuya labor intervino el demandante;

"b). Como el Dr. Falk no le pagara al señor Montenegro parte de sus salarios, ni menos liquidación alguna referente a prestaciones, mi mandante lo notificó para que le definiera su situación, pero como Falk que es hombre habilidoso y de experiencia por los muchos diferendos laborales que ha sostenido y sostiene con los trabajadores, no quiso resolver el asunto y por el contrario le manifestó que pronto lo llamaría a trabajar con mejores salarios. En tales circunstancias, Julio C. Montenegro se contrató con el Departamento -Secretaría de OO. PP.- adonde entró a trabajar el dia trece (13) de enero de mil novecientos cincuenta y cinco (1.955); allí estuvo laborando hasta el seis (6) de marzo del mismo año, cuando por segunda vez fué llamado por Falk a trabajar en el buldozer, siendo de advertir que ese llamamiento lo hizo el ingeniero por telegramas que en número de dos le dirigió a mi representado a la Unión (N.) en donde se encontraba trabajando a órdenes del Departamento; y,

"c). El Ingeniero Dr. Falk, en ningún tiempo ha dado anticipos a mi representado por concepto de trabajo. Si eso fuera así, que presente los recibos correspondientes, en donde se exprese el concepto de dichos avances de dinero. Pues, no sólo una ocasión sino bien se puede decir de costumbre, juntamente con los salarios le suministraba dinero a mi mandante para que hiciera compras de ACPM y demás lubricantes para el funcionamiento del buldozer, por lo cual mi mandante realizó tales compras en varios lugares de la ciudad y de lo cual hay la prueba suficiente".

En el libelo de reconvención se propusieron además "como excepciones las de carencia de derecho para contrademandar y las que resulten del fondo del negocio".

El 24 de Junio de 1.958 se dictó fallo de primera instancia por el Juzgado del conocimiento, en cuya parte resolutiva se condenó al demandado Falk a pagar a favor del demandante Montenegro la cantidad de $ 1.552,66 por los conceptos de cesantía, vacaciones y primas de servicios, y la suma de $ 20.oo por cada día de retardo, desde el 16 de Julio de 1.956 inclusive, como indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones sociales aludidas. No se hizo condenación en costas y se absolvió al demandado Antonio Falk de los demás cargos y peticiones de la demanda principal, así como al contrademandado Julio C. Montenegro de lo solicitado en el libelo de reconvención.

Los apoderados judiciales de ambas partes apelaron de la decisión de primer grado y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

desató el recurso de alzada mediante sentencia de fecha Abril 16 de 1.959, de este modo: reformó las condenas decretadas por el a-quo sobre cesantía, vacaciones y primas de servicios elevándolas, en total, a la cantidad de $1.800,oo; revocó lo atinente a la condena por indemnización moratoria, confirmó las absoluciones hechas tanto para el demandado principal como para el reconvenido y no impuso costas en las instancias. Hubo salvamento de voto.

Interpuso el recurso de casación contra la sentencia del ad-quem el procurador judicial de la parte demandante, el que concedido y luego admitido y tramitado por esta Superioridad se decide previo estudio de la demanda sustentatoria que contiene dos cargos. No se presentó escrito de oposición.

ALCANCE DE LA INPUGNACION:

Al final del escrito sustentatorio del recurso extraordinario el recurrente solicita que se case la sentencia recurrida y que se condene al demandado Antonio Falk al pago de los salarios moratorios.

Es de observar que el impugnador denomina causales a las dos acusaciones que formula y es así como menciona primera y segunda causales, lo que no deja de ser antitécnico puesto que, como es sabido, la segunda causal de casación es la reformatio in peius y de esto no se trata en ninguna de las acusaciones como más adelante se verá.

La acusación inicial se encabeza así:

"PRIMERA CAUSAL:

El sentenciador incurre en ERROR DE HECHO, evidente, por haber interpretado de manera errónea las pruebas que obran en el juicio y también por falta de estimación de otras, con lo cual se incurren en una violación indirecta de la ley sustantiva, que en este caso lo es el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

A continuación el recurrente toma como punto de referencia del desarrollo del cargo el salvamento de voto de uno de los Magistrados del Tribunal y con base en èl arguye en estos términos:

"En realidad, como se dice en el salvamento de voto que se comenta, el patrono no ha puesto en duda ni el contrato laboral ni la cuantía de las prestaciones. No solamente porque en la contestación de la demanda y en las posiciones absueltas por el demandado así se reconoce, sino también porque el fallo del H. Tribunal de Pasto es condenatorio en cuanto a este aspecto se refiere. En estas condiciones no es lógico ni jurídico que se absuelva al patrono de la obligación del pago de los salarios diarios por mora, ya que de la realidad procesal se deduce con claridad meridiana que existen más que suficientes motivos para decretar, como lo hizo el juzgador de primera instancia, la sanción por mora en el pago de las prestaciones sociales del trabajador, con la advertencia de que la suma depositada por la parte demandada no guarda ni la más remota proporción con el monto de tales prestaciones. Y antes de seguir adelante conviene que se estudie la jurisprudencia que existe al respecto creada por la máxima entidad de la justicia laboral, que después de un verdadero proceso de varios años ha llegado a unificar en gran parte la doctrina en general del derecho del trabajo. Véamoslo".

A renglón seguido el casacionista comenta la jurisprudencia sobre no pago oportuno de los derechos laborales consagrada por el extinguido Tribunal Supemo del Trabajo en fallos de 1.954 y 1.955.

Después de esas citas expone:

"De manera que conforme a la jurisprudencia citada antes, para buscar el verdadero sentido y espíritu de la disposición que se comenta, de la cual, en mi concepto, el H. Tribunal de Pasto tiene equivocado entendimiento (Subraya la Sala), de ella se deduce claramente que a la terminación del contrato de trabajo el patrono debe pagar a su trabajador tanto los salarios y prestaciones como también las indemnizaciones y en general las acreencias a las cuales éste tenga derecho; sin que sea suficiente para que el patrono quede libre de la indemnización por mora, la consignación de una cantidad cualquiera, a su arbitrio; porque de implantar otra tesis al respecto los intereses del asalariado se verían menoscabados, hasta el punto de quedar a merced del patrono, pues bastaría consignar a la terminación del contrato una suma cualquiera, arbitraria, por parte de éste y esperar luego los resultados de un fallo, muchas veces tardío; de no aceptarse la jurisprudencia que trae en mención y de darle su justa interpretación, se llegaría a extremo de que el trabajador antes de verse envuelto en la dispendiosa labor de un juicio preferiría aceptar sumas menores al monto de sus verdaderas prestaciones, o salarios o indemnizaciones". (Subraya la Sala).

En otro párrafo el impugnador añade:

"Por lo tanto, la jurisprudencia en relación con los llamados salarios caídos es clara, principalmente cuando dice que un simple abono a la deuda no significa que quede interrumpida la mora en derecho laboral". (Subrayado).

Después de "estudiados los principios anteriores sobre el tema que nos ocupa", el recurrente pasa a analizar la parte motiva del fallo impugnador. Comienza por criticar esta observación del Sentenciador: "Ya se dijo y se dejó plenamente establecido que sino fuera por el reconocimiento hecho por el demandado, de las pretensiones del actor, éstas carecerían de respaldo en el proceso.....", lo que a juicio del Tribunal constituye una "BASE GENERAL" que incide sobre la conducta procesal de Falk. Lo anterior es glosado por el recurrente así:

"Ante tal observación hecha por el H. Tribunal basta anotar que la realidad procesal sobre cualquier hecho del proceso, para que resulte probado, no sería jurídico hacer diferenciación acerca de la manera cómo resultó comprobado ese hecho, si por confesión, por prueba testimonial, documentos o por cualquier otro medio de los que la ley señala. De manera que, en el caso presente, no se vé la razón de que pueda constituír una "base general" que incida principalmente sobre la conducta procesal que haya observado el demandado señor Falk por el hecho de que éste haya reconocido las pretensiones de mi representado".

Otro comentario del Tribunal es censurado por el impugnador en estos términos:

"Ni tampoco vale el argumento del H. Tribunal de Pasto de que el demandado, ante la Inspección del Trabajo de dicha cuidad haya manifestado "que no le reconoce los valores correspondientes a los conceptos reclamados, porque espera que lo demande ante el Juzgado del Trabajo para hacer los descargos que estime conveniente"; y no es aceptable tal argumentación porque, muy al contrario, tal

manifestación equivale precisamente a una negativa rotunda al pago de las prestaciones, con el deseo de remitir al trabajador al ajetreo de un juicio laboral para el cobro de ellas".

Posteriormente agrega el casacionista:

"Da a entender el H. Tribunal de Pasto, en la parte motiva de la sentencia recurrida, que por el hecho de la confesión del demandado Sr. FALK, su negativa al pago de las prestaciones sociales de mi poderdante ante la Inspección del Trabajo de Pasto y la exhibición de sus propios libros de contabilidad para facilitar la inspección ocular decretada por el Juzgado del Trabajo de dicha ciudad, que con ello se comprueba la buena fé del demandado; pero ya se ha dicho que con la confesión se ha reconocido el derecho del demandante Sr. Montenegro para que se le paguen sus prestaciones, entonces dónde radica la buena fé del demandado, si ante la Inspección del Trabajo se niega rotundamente al pago de ellas y "ESPERA (según su propia expresión) QUE LO DEMANDE ANTE EL JUZGADO DEL TRBAJO PARA HACER LOS DESCARGOS QUE ESTIME CONVENIENTES".

Luego el recurrente discurre acerca de la buena y mala fé para llegar a esta conclusión:

"Pero donde más resalta -y en resumen- el error de hecho, evidente, en que incurre el H. Tribunal de Pasto, es al considerar que "NO EXISTE LA MENOR PRUEBA PARA ESTABLECER LA EXISTENCIA DEL ANIMO FRAUDULENTO O DOLOSO POR PARTE DE ANTONIO FALK"; cuando es todo lo contrario, pues, según reiterada jurisprudencia, como se ha visto anteriormente, la simple demora en el pago de las prestaciones por parte del patrono lo hace acreedor a la sanción de que trata el art. 65 del C. S. del Trabajo, lo que indica que por ese retardo existe ya temeridad o malicia por parte de èste para con el trabajador, es decir, que habiendo retardo en el pago de las prestaciones la carga de la prueba respecto de la mala fé le corresponde al patrono, para demostrar que no la hubo y quede así exonerado de la indemnización por mora".

Para finalizar, el impugnador expone estas apreciaciones:

"De la simple lectura del fallo de primera y de segunda instancias, hasta por la misma confesión del demandado señor ANTONIO FALK, se deduce claramente el derecho indiscutible de mi mandante JULIO C. MONTENEGRO de sus prestaciones sociales, como aparece indiscutible también, que sin mediar la orden escrita de èste o mandamiento judicial, no se le puede, ni pudo haber retenido, deducido o compensado suma alguna del monto de sus prestaciones y salarios.

"Como se ve, siempre se llega al elemento subjetivo de la buena o mala fé, que para fijar el criterio dentro de la realidad procesal, debe suponerse el ánimo fraudulento en el patrono por el simple retardo de èste en el pago de las prestaciones y salarios a favor del trabajador.

"En consecuencia, se deduce con claridad meridiana el error en que incurre el juzgador de segunda instancia, en forma evidente, no sólo por el hecho de considerar que como no existe prueba del ánimo fraudulento por parte del patrono para retener las prestaciones a que tiene derecho mi representado, se debe por ello concluír que no hay lugar a la indemnización por mora, cuando, como

se ha dicho en repetidas veces, el simple retardo en el pago de tales prestaciones lo hace acreedor al patrono a la sanción de que trata el artículo 65 comentado, correspondièndole a éste la prueba de no haber obrado de mala fé; que es lo que no ha hecho o probado; como tambièn ha incurrido en error, evidente, al considerar que no hay lugar a dicha sanción, si por otra parte hubo condena al pago de las prestaciones sociales, porque no hubo duda acerca del derecho del trabajador, ni mucho menos de la relación de trabajo que existió entre éste y el Señor Falk".....

SE CONSIDERA.

La Sala ha transcrito casi en su totalidad el primer cargo con el fin de destacar las fallas que presenta, las cuales, en su concepto, le restan eficacia para desquiciar la providencia acusada.

En efecto, al escrito en examen cabe formularle las siguientes observaciones:

a). El recurrente afirma en su acusación que hubo interpretación errónea de unas pruebas y falta de estimación de otras. Mas ocurre que en el desarrollo del cargo no precisa qué pruebas fueron mal interpretadas y cuáles dejadas de apreciar. Apenas existe una referencia general a varios elementos de convicción pero sin que se indique en cada uno de ellos la modalidad del error que se le atribuye al Tribunal. En otros tèrminos, no están satisfechas las exigencias del Art. 87 del C. P. L. sobre errores de hecho.

b). El casacionista inicia la demostración del cargo tomando como base el salvamento de voto de uno de los Magistrados del Tribunal fallador. Pero dicho salvamento de voto sólo contiene, en síntesis, los puntos de vista del Magistrado inconforme con la exoneración de la condena por indemnización moratoria. Es decir, son apreciaciones personales que no bastan para configurar un evidente error de hecho.

c). Otro aspecto que trata el recurrente es el de la jurisprudencia consagrada sobre los salarios moratorios. Mas este punto no constituye otra cosa que la posición doctrinaria del Juzgador laboral frente al artículo 65 del C. S. T. Es, en resumen, la interpretación jurisprudencial del mencionado precepto. Pero tampoco esta circunstancia puede servir por sí sola de fundamento para configurar el error alegado.

Como se ve, de todo lo antes expuesto claramente se deduce que la acusación del impugnador, en su aspecto sustancial, se encamina a demostrar el error de interpretaciòn del artículo 65 en que incurrió el ad - quem. De donde resulta que la vía de impugnación escogida no es la adecuada puesto que el concepto de violación legal por interpretación errónea de la ley debe ser propuesto con prescindencia de errores de valoración probatoria. Por la razón anotada, la Sala considera que la acusaciòn no es eficaz para desquiciar la decisión recurrida.

"SEGUNDA CAUSAL"

Se enuncia así:

"Desde otro punto de vista, incurre el juzgador de segunda instancia en la providencia recurrida proferida el 16 de abril del presente año, en una viola-

ción de la ley sustantiva, como lo es el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por la interpretación errónea que de él se hace en dicha providencia".

La errada inteligencia de la norma mencionada, a juicio del recurente estriba en lo siguiente:

"En este caso el equivocado entendimiento que el sentenciador de segunda instancia tiene de la disposición comentada radica ya no -como en la PRIMERA CAUSAL- en la apreciación que se haga respecto a la buena o mala fé que haya tenido el patrono para retener, deducir o compensar del monto de las prestaciones de mi mandante el valor de los anticipos, sino por el hecho de no aplicar el artículo 65 mencionado al caso sub-judice, el cual no hace distinciones, ya que en forma clara dispone la indemnización por mora con el pago de los salarios hasta que se cancelen los valores de las prestaciones sociales o de los mismos salarios".

El cargo concluye con este argumento:

"La acusaciòn que en esta causal formulo contra dicha sentencia del H. Tribunal de Pasto, quiero que quede bien en claro, no la hago consistir en el error de hecho evidente en que incurra el Juzgador, como lo he demostrado hasta la saciedad en la primera causal antes estudiada, sino en la violación escueta del artículo 65 del C. S. del Trabajo por dejar de aplicarlo al caso controvertido, conforme a las razones que expongo en este aparte".

SE CONSIDERA:

El cargo se plantea por interpretación errónea del artículo 65 del CST. Sin embargo, el análisis detenido de la acusación, que se ha transcrito en sus aspectos esenciales, demuestra que el casacionista se limitó a enunciar la impugnación sin efectuar el desarrollo adecuado de la misma, es decir, sin precisar en qué aspectos radica el error de apreciación legal que le atribuye al Sentenciador. De manera, pues, que el ataque resulta incompleto y, por lo mismo, sin la suficiente eficacia para quebrantar la decisión impugnada. La glosa anterior indica que el cargo no puede properar.

En mérito de los razonamientos precedentes, 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.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insèrtese en la "Gaceta Judicial" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes A. - Roberto de Zubiría C. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CESANTIA, VACACIONES Y PRIMAS DE SERVICIO. DEFECTUOSA E INCOMPLETA FORMULACION DE CARGOS EN CASACION.

1. El concepto de violación legal por interpretación errónea de la ley debe ser propuesto con prescindencia de errores de valoración probatoria. 2. Es preciso demostrar en qué aspecto radica el error de interpretación de la ley que se le atribuye al sentenciador.

1. Del examen del primer cargo se deduce que la acusación del impugnador, en su aspecto sustancial, se encamina a demostrar el error de interpretación del artículo 65 del C. S. T. en que incurrió el *ad quem*. De donde resulta que la vía de impugnación escogida no es la adecuada puesto que el concepto de violación legal por interpretación errónea de la ley debe ser propuesto con prescindencia de errores de valoración probaroria. Por la razón anotada, la Sala considera que la acusación no es eficaz para desquiciar la decisión recurrida.

2. El segundo cargo se plantea por interpretación errónea del artículo 65 del C. S. T. Sin embargo, el análisis detenido de la acusación, demuestra que el casacionista se limitó a enunciar la impugnación sin efectuar el desarrollo adecuado de la misma, es decir, sin precisar en que aspectos radica el error de apreciación legal que le atribuye al sentenciador. De manera, pues, que el ataque resulta incompleto y, por lo mismo, sin la suficiente eficacia para quebrantar la decisión impugnada. La glosa anterior indica que el cargo no puede prosperar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotà, febrero cuatro de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Doctor Roberto de Zubiria C.).

Ante el Juzgado del Trabajo de Pasto y por medio de apoderado, JULIO C. MONTENEGRO demandó por la vía de juicio ordinario laboral a ANTONIO FALK para que éste fuese condenado a pagarle: $ 300.oo por concepto de vacaciones; $ 750.oo por cesantía; $ 1.800.oo por plazo presuntivo; $900.oo por preaviso, y "más de $ 1.000.oo por concepto de indemnización por falta de pago". Al final de la demanda solicitó igualmente la condena por el pago de tres primas de servicio por un valor superior a $ 750.oo.

Los hechos, fundamento de las peticiones, fueron relatados de la siguiente manera:

"1o.) Mi mandante, de notas civiles ya dichas, trabajó, como buldozero, al servicio del demandado, según lo confiesa éste mismo, en el Acta que se firmó en la Inspección del Trabajo, durante QUINCE MESES, es decir, desde el 15 de marzo de 1.955 hasta el 15 de julio de 1.956;

Tampoco abona la tesis del impugnante el hecho de que el trabajdor hubiera ejecutado la labor sin sujeción a horario. Lo que sobre el tema expone la sentencia, acorde con la modalidad del trabajo a destajo, no lo ataca el recurrente. Por tanto, acerca del punto en mención, queda en pie la estimación del fallador. En este caso -dice la sentencia acusada- podía no haber horario de trabajo, lo cual no significa falta de subordinación, por cuanto la labor es a destajo, y, de consiguiente variable el salario, no es indispensable sujetarla a determinada jornada, ya que en tal caso la cuantía de la remuneración depende del esfuerzo del operario.

3. La infracción directa que alega el segundo cargo, tiene por fundamento la errónea estimación del documento del folio 7. La que presenta el tercer cargo, por errónea interpretación, aduce idéntico razonamiento. La Sala observa que las modalidades de infracción de la ley no son pertinentes cuando se vinculan a actividades probatorias del sentenciador, ni es pertinente fundar el quebranto de una norma por los dos conceptos expresados con los mismos argumentos, porque la infracción directa se produce cuando al hecho probado no aplica la sentencia la norma que lo regula, y su errónea interpretaciòn requiere la aplicación del precepto, pero en sentido diverso el que ofrece su recto entendimiento.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, cinco de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquin Rodriguez).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segundo grado, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Manuel Fernández contra Gustavo Arango Escobar.

-I-

LA LITIS Y SUS ANTECEDENTES.

1. Manuel Fernández llamó a juicio a Gustavo Arango Escobar, para que por sentencia definitiva fuera condenado a pagarle auxilio de cesantía, primas de servicio, remuneración por trabajo en domingos y demás días festivos, perjuicios por lucro cesante, indemnización moratoria y costas del juicio.

2. Según las voces del libelo Manuel Fernández trabajó al servicio de Gustavo Arango, en la sección de tapicería del taller denominado "Decoraciones Hollywood". La relación de trabajo se inició el 29 de noviembre de 1.958 y terminó el 24 de agosto de 1.959. En esta última fecha se presentò Fernández al taller a ejecutar su labor de costumbre, pero el Jefe de personal se negó a suministrarle la materia prima y los elementos necesarios para el trabajo, por no haber querido firmar un contrato escrito que el patrono le presentó, en el cual se hacía constar su calidad de contratista independiente. La medida al respecto implica despido injusto del trabajador. Durante la vigencia del contrato devengó en éste un sueldo semanal en promedio de $180.oo.

3. Las pretensiones citan en su apoyo las normas pertinentes del Código del Trabajo.

4. La respuesta a la demanda niega el contrato de trabajo. Afirma que las relaciones entre las partes terminaron por haberse negado Fernández a firmar un nuevo documento que Arango le presentó el 22 de agosto de 1.959, en el cual consta su condición de contratista independiente. Propuso como excepción perentorias la de carencia de acción.

5. El juicio siguió su curso conforme al trámite que le es propio, y culminó con sentencia proferida por el Juzgado 2o. del Trabajo de Medellín. El fallo condena a Gustavo Arango a pagar a Manuel Fernández (numeral 1o.) la suma de $ 2.413,oo, valor total de las obligaciones a cargo de aquél, según esta discriminación: a) $417,30, por primas de servicio; b) $605,08 por cesantía; y c) $1.391,oo, importe de la remuneración por trabajo en domingos y festivos. El numeral 2o. absuelve al demandado de los demás cargos, sin costas en la instancia.

6. Apelaron ambas partes. La sentencia decisoria de la relación de segundo grado, dictada por el Tribunal Superior de Medellín con fecha 9 de abril de 1.960, condena al demandado a pagar al actor, lo siguiente: a) $502,46 por cesantía; b) $350,oo por primas de servicio; y c) $2.333,oo por indemnización moratoria. Absuelve al demandado de los demás cargos y declara no probada la excepción propuesta por éste. En los términos expuestos adiciona la sentencia de primer grado, la reforma y en parte la revoca.

- II -

EL RECURSO.

Aspira a que la Corte case la sentencia de segundo grado, y en instancia absuelva al demandado de todos las cargos que le formula el libelo inicial. Pide en subsidio que se infirme el fallo del **ad quem** en cuanto a la condena por lucro cesante, que su parte resolutiva denomina "indemnización por mora".

Formula seis cargos con fundamento en la causal primera. Los cargos primero a cuarto acusan violación de los arts. 22, 23, 34, 47, 65, 249 y 306 del CST., así: el primero por aplicación indebida a causa de error de hecho proveniente de equivocada estimación de las pruebas: el cuarto aduce el mismo motivo por mala apreciación del documento corriente al folio 14, agregando como violaciones de medio las de los arts. 393, 594, y 603 y 637 del C. J., en concordancia con los arts. 51, 61 y 145 del C P L.; el segundo por violación directa; y el tercero por errónea interpretación. En vista de que las acusaciones señalan como violadas las mismas disposiciones legales, la Sala las estudia en conjunto.

La impugnación comprende estos puntos: existencia del contrato de trabajo; expiración del vínculo; y salario. Será examinada siguiendo el orden expuesto.

I. Contrato de trabajo.

En la sustentación del primer cargo, advierte el recurrente que tanto para él como para el Tribunal, están demostrados estos hechos: el servicio personal prestado por el actor al demandado y su remuneración por éste. Circunscribe la censura contra el fallo en cuanto dá por demostrado, sin estarlo, que Fernández fue trabajador dependiente de Arango Escobar y no un contratista independiente, por lo cual incurrió en error evidente de hecho en la estimación de las pruebas.

Cita como mal apreciadas las practicadas en primera instancia, obrantes en el cuaderno principal, a saber: los documentos de folios 5, 6, 7, 14 y 18; la inspección ocular (fls. 22 y 23); y las declaraciones de los testigos Bernardo Muñoz, Oswaldo Cifola y Ernesto Gómez Jiménez (fls. 16 y 17 y 19 y 20). El anterior acervo probatorio -dice el recurrente- acredita que Fernández prestó sus servicios sin horario de trabajo, ni obligación de laborar todos los días hábiles de la semana, o en días determinados, con facultad para retirarse del taller a cualquier hora, y, además, que ejecutó la labor con su propia herramienta.

Alega el acusador que Fernández fue contratista independiente, porque la parte principal de la materia prima para la ejecución de la obra (tapizado de sillas) la suministraba su dueño, y una parte secundaria el demandado. Sin embargo, de estos hechos deduce el Tribunal la continuada subordinación del actor al demandado. Agrega el cargo: el único control que Arango ejerció sobre Fernández se concretó a la clase de obra convenida y al plazo para su entrega, de acuerdo con lo estipulado al respecto en el contrato consignado por escrito, pero como las exigencias en tal sentido son corrientes en las convenciones de derecho privado, no puede verse en ellas elementos indicativos de continua subordinación o dependencia, como lo asevera el Tribunal. Entendió éste mal una parte de la declaración del testigo Muñoz, en el pasaje en que afirma que Fernández "hizo unos asientos de comedor a contrato con el aministrador". Lo que se deduce del aserto es que Fernández no podía ejecutar sino el trabajo convenido con el administrador, y no cualquiera que éste le ordenara, como lo dice la sentencia. Según los testimonios, el establecimiento tenía un personal estable, bajo su dependencia, encargado de los trabajos normales. Para los de excepción, existía la modalidad de que da cuenta el contrato recogido en el documento del folio 7; su celebración no obedeció a una maniobra de Arango, a intento de desfigurar la relación laboral, como lo dice el Tribunal. Se trata de un acto jurídico real, ejecutado de acuerdo con sus estipulaciones, según lo acredita la prueba testimonial. Por tanto, si del texto del contrato se deduce que no existió continuada subordinación del actor al demandado, el ad quem incurrió en error de hecho al sostener lo contrario.

El segundo cargo, por infracción directa, sostiene que las partes no estuvieron vinculadas por contrato de trabajo, y, al efecto, dice: como elementos constitutivos de ese contrato señala el Tribunal la obligación asumida por el contratista de realizar una labor determinada dentro de cierto plazo, como se estipuló en el documento del folio 7. La subordinación del trabajador al patrono -expone el recurrente- debe ser continuada al tenor del art. 23 del CST., y ocurre que, conforme al convenio consignado en el documento del citado folio, Fernández gozaba de autonomía, sin que el demandado tuviera facultad de darle órdenes en cuanto al tiempo de trabajo. En atención a que el Tribunal considera que la estipulación sobre plazo para la ejecución de la obra, consignada en el contrato en mención, entraña subordinación, violó de manera directa el art. 23 y los demás que el cargo relaciona.

El tercer cargo alega errónea interpretación del art. 23 que cita, literal b). Para sustentarlo, el recurrente aduce el mismo razonamiento que informa el anterior.

II. Expiración del contrato.

Sobre este punto dice el recurrente:

Terminado el contrato a que se refiere el documento del folio 7 por la ejecución de la obra allí determinada, era natural que para la ejecución de otra, con precios distintos, el trabajador firmara nuevo contrato, habiéndose producido su retiro por haberse negado a ello. La negativa abedeció, como lo afirma el testigo Cifola, a que Fernández no estaba de acuerdo con los precios. Da a entender que la expiración del vínculo por tal causa no puede ser considerada como hecho constitutivo de despido ilegal del demandante, como lo entiende la sentencia; que para el caso no conviene esa calificación, porque Fernández fue trabajador autónomo, ya que gozaba de libertad para dedicarse a labores distintas de las concernientes a la obra contratada, como lo dice el testigo Muñoz, con la única condición de ejecutar esa obra dentro del plazo convenido con el demandado.

III. Salario.

Es cuestión que trata el cuarto cargo. Acusa éste error de hecho, consistente en que el Tribunal dió por establecido, sin estarlo, el salario devengado por el demandante. Deduce el error de la equivocada estimación del documento del folio 14, emanado de la Cooperativa Familiar de Medellín Ltda.

En sentir del recurrente, el documento carece de todo mérito, y, en consecuencia, no sirve para demostrar la cuantía de la remuneración asignada al demandante. Funda el concepto en estas razones: se ignora quien autoriza el documento, porque obra en él la manifestación de que la firma es ilegible; se trata de un escrito privado, que no ha sido reconocido, proveniente de una persona jurídica, cuya personería no ha sido demostrada en el juicio, y no fue creado por ninguna de las partes en litigio.

- III -

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. La existencia del contrato de trabajo entre las partes es hecho que demuestra todo el material probatorio, en concepto del fallador. Con todo, limita su examen al análisis de la prueba testimonial y al documento del folio 7. Destaca de la primera la declaración del testigo Bernardo Muñoz, compañero de labores del demandante, y anota: dice el testigo que "el trabajo lo ejecutaba Fernández en la misma fábrica con materiales que suministraba el Dr. Arango. Nosotros teníamos que cumplir los contratos en un tiempo determinado, por ejemplo, nos decían que teníamos que entregar quinientas sillas o veinte en determinado tiempo. No teníamos horario fijo para entrar y salir pero teníamos que cumplir el contrato. El administrador era el que se encargaba de recibirnos la obra y nos repartía el trabajo y los materiales y nos daba órdenes, como, por ejemplo; "hay que entregar tantos asientos, haga esto y esto otro, etc....".

La dependencia o subordinación -continúa la sentencia- está representada por el control ejercido por el demandado, a través de su administardor, para que la labor se cumpliera según las especificaciones acordadas y en el plazo convenido. En este caso, podía no haber horario de trabajo, lo cual no significa falta de subordinación, pues cuando la labor es a destajo, y, de consiguiente, variable el salario, no es indispensasble sujetarla a determinada jornada, ya que en tal caso la cuantía de la remuneración depende del sefuerzo del operario.

Así las cosas -prosigue el sentenciador- si la existencia del contrato de trabajo sólo depende de las condiciones reales en que se prestó el servicio, con prescindencia de lo que hayan estipulado las partes por escrito, el documento del folio 7, destinado a desvirtuar la subordinación, no logró su objetivo, ya que este elemento y los demàs que configuran el vínculo laboral estuvo siempre presente, de hecho, durante todo el tiempo de prestación de los servicios. Por consiguiente, en dicho documento debe verse un contrato de trabajo, a pesar de las apariencias en contrario.

2. Sobre las relaciones de trabajo entre los litigantes obran en el proceso dos pruebas: la testimonial, integrada por las declaraciones de los testigos Bernardo Muñoz, Oswaldo Cifola y Ernesto Gómez J. y la documental del folio 7. La segunda consigna un contrato sobre prestación de servicios, según el cual el demandante se obliga a ejecutar una obra determinada, en beneficio del demandado, por el precio que allí se indica, dentro del término máximo de un mes, sin estar sujeto a horario, advirtiendo que Fernández no tiene derecho a prestaciones sociales. El trabajo que aquél debe realizar lo califica de accidental o transitorio la última de las cláusulas de la convención.

3. De la comparación que hace la sentencia entre el trabajo ejecutado por el demandante, según el dicho de los testigos, y lo que rezan las estipulaciones del contrato escrito, llega a la conclusión de que los testimonios desvirtúan lo pactado en el contrato, porque aquél realizó labor bajo la dependencia de Arango, sujeto a las órdenes impartidas por su administrador.

Le dió el Tribunal prevalencia al trabajo, como lo muestra la realidad, al mismo hecho, como lo presentan las estipulaciones del contrato escrito, siguiendo al respecto el criterio que informa la jurisprudencia. El Juez debe atenerse a la forma contractual estipulada por las partes, conforme al principio de la autonomía de la voluntad; pero si el contrato, en su ejecución, no se ajusta a lo pactado, priva el que resulte de los hechos. La naturaleza misma del vínculo laboral impone esta solución, ya que no es de cumplimiento instantáneo sino sucesivo. Su ejecución a través del tiempo, es lo que permite saber si quien presta el servicio lo rinde con autonomía o bajo la dependencia de quien lo recibe. Decir en una escritura privada que el trabajador realizará la labor con libertad, sin horario, recibiendo como retribución determinado precio por la confección de cada obra, no la sustrae del imperio de la ley laboral, si en la práctica presta el servicio bajo el control del patrono, recibiendo de éste órdenes e instrucciones, como ocurrió en el asunto litigioso, de acuerdo con lo que resulta de la prueba testimonial.

4. Ataca el recurrente el juicio del fallador, porque los testimonios, mal apreciados por él, demuestran que Fernández efectuó el trabajo en las condiciones previstas en el contrato de que se ha hecho mèrito.

5. Para dilucidar el punto conviene conocer el contenido de la prueba en mención.

El testigo Oswaldo Cifola, jefe de producción de la Fábrica, informa en su declaración (fl. 19) que Fernández trabajó en el taller del demandado como tapicero de sillas para Cine Colombia, en calidad de contratista con herramientas que se llevó al retirarse de la empresa; que realizaba la labor, sin sujeción a horario; que la materia prima para el tapizado la suministraba Cine Colombia,

y las puntillas y el hilo para las costuras se los daba la empresa; que cuando el actor no tenía trabajo por falta de materia prima, ejecutaba en la empresa otras obras.

El declarante Ernesto Gòmez, jefe de la Fábrica, dice en su testimonio (fl. 20) que Fernández trabajó en la empresa con material que le suministraba en parte Cine Colombia y en parte el demandado; que no estuvo sometido a horario; y que parte de la herramienta que utilizaba en la ejecución de la labor fue llevada por él a la fábrica.

Se dio a conocer antes, en lo pertinente, la declaración del testigo Bernardo Muñoz.

6. De los testimonios fluye con claridad el hecho de que Fernández trabajó en el taller "Decoraciones Hollywood", de propiedad del demandado, bajo su dependencia, y no en calidad de contratista independiente. De la subordinación dá cuenta el testigo Muñoz; corrobora su aserto el declarante Cifola. Afirma èste que cuando la empresa no le suministraba a Fernández la materia para la obra convenida, se dedicaba a otros trabajos en el establecimiento. Es obvio que si aquél no hubiera sido trabajador dependiente, no habria tenido la empresa facultad para ordenarle la ejecución de otras labores.

La materia prima para la obra -dice el acusador- era suministrada por su dueño, dando a entender que éste no era el demandado sino un tercero. De este hecho y de la circunstancia de que la herramienta manual pertenecía al trabajador y no a la empresa, deduce el recurrente que Fernández fue un contratista independiente. A todo lo cual observa la Sala: es inconducente el primer reparo, pues como se dejó anotado, el autor del recurso admite como hecho indiscutido en el proceso el de que el beneficiario del servicio fue el demandado y no un tercero. Por lo demás, lo que consta en autos, según el testimonio de Bernardo Muñoz, es que la materia prima para el tapizado de silla, suministrada por Cine Colombia, era entregada por éste al taller, de quien la recibía el demandante. Respecto a la segunda glosa, debe anotarse que no desvirtúa el contrato laboral el hecho de que sea de propiedad del trabajador la herramienta para ejecutar la labor, pues las partes pueden convenirlo así, como lo autoriza el art. 57-1 del CST.

Tampoco abona la tesis del impugnante el hecho de que Fernàndez hubiera ejecutado la labor sin sujeción a horario. Lo que sobre el tema expone la sentencia, acorde con la modalidad del trabajo a destajo, no lo ataca el recurrente. Por tanto, acerca del punto en mención, queda en pié la estimación del fallador.

El análisis que se ha hecho de la prueba testimonial, demuestra lo que en ella vió el sentenciador. Por tanto, el error que alega el recurrente por su equivocada estimación, carece de fundamento.

7. La censura contra el fallo por haber estimado que el contrato terminó, sin justa causa, por voluntad unilateral del patrono, es inconducente. Se funda la decisión al respecto en que el demandado, al responder los hechos cuarto y quinto de la demanda, se negó a seguir suministrándole trabajo al actor porque éste a su turno no quiso firmar el documento que le presentó, el cual le asignaba la calidad de contratista independiente. El motivo alegado por el demandado para dar por terminado el vínculo, no es de los que la ley contempla co-

mo constitutivos de ese fenómeno, relacionados en los arts. 62 y 63 del CT. Por lo demás, el ataque lo formula el recurrente, no contra la prueba que al Tribunal le sirvió de base para la decisión, sino por mala estimación del testimonio de Oswaldo Cifola, según el cual motivó el retiro del demandante el hecho de no haber aceptado como previo de las obras, el ofrecido por el empresario, es decir, causa distinta de la confesada por éste.

A lo expuesto, conviene agregar estas consideraciones: la condena por lucro cesante, uno de los efectos asignados por la ley (art. 64 del C.S.T.) a la ruptura ilegal del contrato a cargo del responsable de lainfracción, tiene estos fundamentos: la ineficacia del contrato consignado por escrito y, de consiguiente, la de la cláusula que le señaló como término de duración el de un mes máximo; la declaración consecuencial de que el vínculo quedó sometido al plazo presuntivo de seis meses; la fijación del 1o. de diciembre de 1.958 como fecha inicial de la relación de trabajo y la del 22 de agosto de 1.959 como fecha de expiración, mediando entre las dos, para la conclusión del segundo periodo presuncional, el término de 100 días. Para adoptar la decisión en tal sentido, el Tribunal dió aplicación a los arts. 43, 46, 47, 62, 63 y 64 del CST.

Para el caso, la proposición jurídica con incidencia en la decisión de derecho, la integra el grupo de normas relacionado, y ocurre que el recurrente sólo cita como infringidas por el Tribunal las de los art. 43 y 47. Expuesta asi la acusación, resulta incompleta y, por consiguiente, inatendible.

8. El reparo de que el sentenciador incurrió en error de hecho porque acogió como prueba del salario el de $700,oo mensuales de que dá cuenta el documento del folio 14, no es de recibo. En efecto, en la respuesta al libelo inicial, el demandado pidió, como prueba a su favor, el original o copia auténtica de la carta suscrita por los litigantes dirigida a la Cooperativa Familiar de Medellin, en la cual consta que el actor no era obrero o empleado suyo, para lo cual solicitó se librara a dicha entidad el exhorto correspondiente. Librado éste, la Cooperativa envió al Juzgado la nota del folio 14, la cual trascribe copia de la comunicación de que se trata. Allí se dice que Fernández no es trabajador dependiente de la empresa; que con ella tiene celebrado un contrato para la tapicería de asientos, que le produce "Setecientos pesos al mes".

La firma ilegible de que habla la nota es la de sus autores, no no la del Gerente de la Cooperativa, como lo afirma el recurrente. El detalle carece de importancia, porque al solicitar el demandado como prueba, copia de la comunicación, aceptaba por ese solo hecho su autenticidad. Además, no le está permitido a la parte que presenta una prueba, repudiarla, según principios dominantes en doctrina y jurisprudencia. Por razones idénticas a las anotadas, debe rechazarse la glosa de que la nota no merece fe por no haberse demostrado la existencia de la Cooperativa. Además, que ésta tenga o no vida legal, es cuestión extraña al proceso, que, por lo mismo, no tenía por qué ser debatida en él.

9. La infracción directa que alega el segundo cargo, tiene por fundamento la errónea estimación del documento del folio 7. La que presenta el tercer cargo, por errónea interpretación, aduce idéntico razonamiento. La Sala observa que las modalidades de infracción de la ley no son pertinentes cuando se vinculan a actividades probatorias del sentenciador, ni es pertinente fundar el quebranto de una norma por los dos conceptos expresados con los mismos argumentos, porque la infracción directa se produce cuando al hecho probado no aplica la sentencia

la norma que lo regula, y su errónea interpretación requiere la aplicación del precepto, pero en sentido diverso del que ofrece su recto entendimiento.

10. Los cargos examinados acusan violación del art. 65 del CST. Para su rechazo basta observar que los fallos de instancia absuelven al demandado de la indemnización establecida en el citado ordenamiento legal. El recurrente no tiene, pues, interés jurídico para impugnar la decisión que lo favorece. Posiblemente, por error involuntario, la sentencia, en su parte resolutiva, condena al demandado a la indemnización por mora, pero debe entenderse que quiso referirse al perjuicio por lucro cesante, como se infiere de las razones expuestas en la parte motiva.

Cargos quinto y sexto.

El quinto acusa violación del art. 47 del CST., por errónea interpretación, y el sexto, por infracción directa y, a la vez, por aplicación indebida.

En ambos se afirma que no es fecha cierta la que como inicial del contrato (1o. de diciembre de 1.958) fija el tribunal, y que, por tal motivo, quebrantó el art. 47 del Código, por los tres conceptos mencionados.

SE CONSIDERA:

El fallo acusado señala como fecha inicial de la relación de trabajo, la que indica el acusador, para lo cual toma en cuenta estas pruebas: las afirmaciones pertinentes de la demanda y su respuesta, la inspección ocular y la declaración del testigo Oswaldo Cifola. Es una cuestión que no puede ser dilucidada sino con base en elementos probatorios, como lo hizo el Tribunal. Y ya se ha visto que las modalidades de infracción de la ley de manera directa o por errónea interpretación, se presentan con independencia de toda consideración sobre las pruebas. La misma significación tiene el desconocimiento de la ley por aplicación indebida, cuando se aduce como modalidad la de violación directa, esto es, sin mediar errores de hecho o de derecho.

Los cargos no prosperan.

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 lo sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes. - Roberto de Zubiría C. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osario, Secretario.

JORNADA ORDINARIA Y TRABAJO SUPLEMENTARIO.

Las partes están autorizadas para señalar una jornada de trabajo inferior a la máxima legal. Las horas que excedieren el límite de lo pactado tienen la significación de trabajo suplementario. La ley fija la jornada máxima cuando las partes no han convenido otra; suple la voluntad de éstas cuando sobre el punto han guardado silencio.

La jornada de trabajo tiene en el Código Sustantivo esta regulación:

Jornada ordinaria es la que convengan las partes y, en su defecto, la máxima legal (art. 158). La segunda tiene una duración de ocho horas al día, para toda clase de actividades (art, 161). Es trabajo suplementario todo el que exceda a la jornada ordinaria o a la máxima legal (art. 159). El artículo 161 establece varias excepciones a la regla sobre jornada máxima legal en sus literales a), b), c). La del literal b) contempla, entre otras actividades, las de simple vigilancia, para las cuales la jornada ordinaria no puede exceder de doce horas diarias. Ese límite rige, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 162, literal c), cuando el empleado no reside en el lugar del trabajo, que es la hipótesis aplicable al asunto debatido según la prueba testimonial. En caso contrario, esto es, cuando el asalariado reside en el sitio de labores, la jornada no queda sujeta a límites en su duración, conforme a lo previsto en la citada norma del Código Sustantivo del Trabajo.

Según lo expuesto, la jornada ordinaria no puede exceder el número de horas fijado en la máxima legal, lo cual quiere decir que la ley autoriza a las partes para señalar una inferior a la jornada máxima.

En el asunto litigioso, la jornada ordinaria, expresamente estipulada por las partes en contratos consignados por escrito fue de ocho horas diarias. Por consiguiente, las horas que excedieron ese límite, acreditadas en el juicio, tienen la significación de trabajo suplementario, como acertadamente lo sostiene el Tribunal.

Para el recurrente, la jornada ordinaria de ocho horas convenida por los litigantes, no es la que debe gobernar sus relaciones, sino la máxima legal de doce. A su entender, sobre la voluntad contractual debe privar la regla contenida en el artículo 161, literal b), que para las actividades de vigilancia señala en doce horas la jornada máxima. La exégesis olvida la preceptiva del artículo 158, dominante en la materia, según el cual la ley fija la jornada máxima cuando las partes no han convenido otra. Aquélla suple la voluntad de éstas cuando sobre el punto han guardado silencio. De todo lo expuesto se deduce que la argumentación del acusador contraría abiertamente los textos legales cuya violación acusa, rectamente entendidos por el Tribunal y aplicados por él con sujeción estricta al claro mandato de sus normas. Por lo dicho, no prospera el cargo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, trece de febrero de mil novecietos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Josè Joaquín Rodríguez).

MATERIA DEL PLEITO.

Ante el Juzgado del Trabajo de Cartagena, Santiago Berrio demandó a la sociedad de responsabilidad limitada, denominada "Zeisel, Martelo, Bozzi", para que por sentencia definitiva fuera condenada al pago de las obligaciones que el libelo determina en su parte petitoria, entre las cuales figura la remuneración por trabajo suplementario.

Los hechos pertinentes de la demanda son, en síntesis, los siguientes: Santiago Berrío ingresó al servicio de la sociedad el 20 de junio de 1.956, como trabajador en la construcción de una fábrica para la Compañía Colombiana de Tabaco; transcurridos dos meses pasó a desempeñar el cargo de Celador con salario fijo de $6,oo diarios, hasta el lo. de junio de 1.959, fecha en que fue despedido sorpresivamente; en el cargo de Celador laboró con horario fijo de 6 a 6, en jornada alterna diurna y nocturna, tanto en días hábiles como feriados, sin interrupción; trabajó, por tanto, horas extras diurnas y nocturnas; la empresa debe al trabajador las prestaciones relacionadas en las súplicas de la demanda, entre las cuales aparece como insoluta la correspondiente al salario por horas extras.

La sociedad no dió respuesta a la demanda.

El juicio terminó en primera instancia con fallo absolutorio en favor de la compañía demandada, con costas a cargo del demandante. Apelado por éste, el Tribunal Superior de Cartagena desatò el recurso de alzada por sentencia del 4 de mayo de 1.960. La providencia condena a "Zeisel, Martelo, Bozzi Ltda." a pagar al demandante la suma de $2.768,40, por concepto de horas extras. Confirmó la resolución del a-quo respecto de los demàs cargos de la demanda, sin costas.

Contra el fallo de segundo grado interpuso la parte demandada el recurso de casación, que le fue concedido. Preparado en legal forma, la Sala lo decide a continuación.

EL RECURSO.

Persigue la quiebra del fallo del ad quem, para que la Corte, en instancia, absuelva a la sociedad demandada de todos los cargos de la demanda inicial.

Invoca la causal primera de casación, por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida, e interpretación errónea del art. 162 del CST. Formula dos cargos.

Primer Cargo.

En su desarrollo, dice el recurrente que es hecho básico del litigio el de que el demandante trabajó al servicio de la sociedad en una función de vigilancia, de celador, en jornada de doce horas diarias, que es la impuesta por la ley para labores de esa clase en el art. 162 del CST.; que, por tanto, al deducir la

sentencia trabajo extraordinario, durantes cuatro horas diarias, condenando a la sociedad a su pago, violó la norma citada, "por no haberla aplicado al caso del pleito; la aplicó en forma indebida; la interpretó erróneamente, y, en todo caso, la violó". Infringió también, en consecuencia, el art. 159 del Código, por falta de aplicación, porque, según su texto, trabajo suplementario es el que excede de la jornada ordinaria, y, en todo caso, el que excede de la màxima legal. Es así que Berrío, en labores de simple vigilancia, rindió jornadas de doce horas, que es la máxima legal autorizada por el art. 162, literal c) del Código, según la previsión del art. 159 Ibídem, luego la condena al pago de trabajo suplementario, infringe los arts. 158 y 162 del nombrado estatuto. Agrega el acusador: la celaduría es actividad de simple vigilancia, que el Código regula como excepción a la regla del art. 158; de preferencia a éste debe aplicarse el 162, porque contiene una excepción y es posterior. Por su naturaleza, la función de celaduría no puede ejecutarse en jornada inferior a doce horas diarias, y por ese motivo la ley la somete a esa jornada, que es la ordinaria. La ley laboral es de orden público y no se modifica por una aparente omisión de los contratantes, que están obligados a someterse a ella. Concluye el cargo así: viola la sentencia estas normas del Código del Trabajo: el art. 158, por haberlo aplicado al pleito, no siendo el caso; el 159, por no haberlo aplicado, siendo pertinente hacerlo; y el 162, por no haberlo aplicado, o haberlo aplicado mal, siendo aplicable.

Segundo Cargo.

Acusa violación de los arts. 55, 158, 159 y 162 del CST., en esta forma: el primero por falta de aplicación; el segundo, por haberse aplicado sin ser el caso; y los dos últimos, por no haber recibido aplicación. El quebranto de las normas se produjo a causa de graves errores de hecho.

El cargo, en su motivación, dice lo siguiente:

La sentencia se guardó de apreciar o apreció erróneamente el documento del folio 55, en el cual se fijó al demandante una jornada de doce horas diarias. El contrato recogido en ese documento fue renovado por otros en idénticas condiciones, sin alterar su esencia "por omisión de agregar la expresada cláusula a contratos sucesivos que se ejecutaban de buena fe por parte del patrono demandado". No apreciò la sentencia "el valor probatorio del documento individualizado bajo el número 1, fechado el 2 de febrero de 1.957, o lo apreció erróneamente, y por causa de este error de hecho, en materia grave, infringió los textos legales antes citados.

LA CORTE CONSIDERA:

1. La sentencia acusada condena al pago de horas extras (4 diarias), del 15 de junio de 1.957 al 5 de junio de 1.959, fecha ésta en que expirò el contrato de trabajo. Funda la decisión en estas consideraciones:

En el contrato del 2 de febrero de 1.957, las partes convinieron en fijar para la labor de vigilancia a que se obligó el empleado, la máxima de 12 horas que permite la ley; pero en los contratos posteriores y sucesivos, suscritos el 15 de junio y 31 de agosto de 1.957, 1o. y 31 de mayo, 2 de agosto y 10 de noviembre de 1.958 y 7 de marzo de 1.959 (fls. 48 a 54), pactaron una jornada de ocho horas diarias. Los testigos José M. Vega (fl. 17 v.), Juan Gutiérrez (fl. 26), Augusto Rocha (fl. 27) y Aníbal V. Padilla (fl. 28) están acordes en afirmar que

el actor trabajó 12 horas diarias como Celador, en turnos rotativos, diurnos y nocturnos. Habiéndose estipulado una jornada de ocho horas, tiene derecho el demandante a la remuneración de las cuatro restantes, a título de trabajo suplementario, durante el tiempo ya indicado, que deben liquidarse de acuerdo con el salario de $6,00 diarios, según resulta de la inspección ocular.

2. En derecho la sentencia expone estas razones: si de acuerdo con el art. 158 del CST., la jornada ordinaria es la que convengan las partes, y éstas estipularon una de ocho horas, trabajo suplementario será el que exceda ese límite. El art. 161 ibídem fija en ocho horas la jornada máxima legal, pero las partes pueden estipular una inferior. Cuando se trabaja horas adicionales a la jornada ordinaria, que es la convenida por las partes conforme al art. 158, ese trabajo lo considera suplementario el art. 159. "No todo celador debe laborar necesariamente 12 horas diarias, aun cuando sí puede pactarse legalmente una jornada hasta por ese término máximo".

3. Los argumentos del recurrente no atacan los fundamentos de la decisión del ad quem. De acuerdo con ellos, del 15 de junio de 1.957 al 5 de junio de 1.959, los litigantes, en contratos consignados por escrito, estipularon una jornada de ocho horas diarias, y según los cuatro testimonios de que hace mérito, el demandante rindió una jornada de doce horas al día en turnos diurnos y nocturnos.

4. La jornada de trabajo tiene en el Código esta regulación:

Jornada ordinaria es la que convengan las partes, y, en su defecto, la máxima legal (art. 158). La segunda tiene una duración de ocho horas al día, para toda clase de actividades (art. 161). Es trabajo suplementario todo el que exceda a la jornada ordinaria o a la máxima legal (art. 159). El art. 161 establece varias excepciones a la regla sobre jornada máxima legal en sus literales a) a c). La del literal b) contempla, entre otras actividades, las de simple vigilancia, para las cuales la jornada ordinaria no puede exceder de doce horas diarias. Ese límite rige, según se desprende de lo dispuesto en el art. 162, literal c), cuando el empleado no reside en el lugar de trabajo, que es la hipótesis aplicable al asunto debatido según la prueba testimonial. En caso contrario, esto es, cuando el asalariado reside en el sitio de labores, la jornada no queda sujeta a límites en su duración, conforme a lo previsto en la norma legal antes citada.

Según lo expuesto, la jornada ordinaria no puede exceder el número de horas fijado a la máxima legal, lo cual quiere decir que la ley autoriza a las partes para señalar una inferior a la jornada máxima.

En el asunto litigioso la jornada ordinaria, expresamente estipulada por las partes en contratos consignados por escrito, a apartir del 15 de junio de 1.957, fue la de ocho horas diarias. Por consiguiente, las horas que excedieron ese límite, acreditadas en el juicio, tienen la significación de trabajo suplementario, como acertadamente lo sostiene el Tribunal.

Para el recurrente, la jornada ordinaria de ocho horas convenida por los litigantes, no es la que debe gobernar sus relaciones, sino la máxima legal de doce. A su entender, sobre la voluntad contractual debe privar la regla contenida en el art. 161, literal b), que para las actividades de vigilancia señala en doce horas la jornada máxima. La exégesis olvida la preceptiva del art. 158, dominante en la materia, según el cual la ley fija la jornada máxima cuando las partes

no han convenido otra. Aquélla suple la voluntad de èstas cuando sobre el punto han guardado silencio. De todo lo expuesto se deduce que la argumentación del acusador contraría abiertamente los textos legales cuya violación acusa, rectamente entendidos por el Tribunal y aplicados por él con sujeción estricta al claro mandado de sus normas. Por lo dicho, no prospera el primer cargo.

5. El segundo cargo no indica cual fue el error de hecho en que incurrió la sentencia, como es de rigor en casación. Parece dar a entender que el error consistió en que, habièndose pactado por los litigantes en el contrato del 2 de febrero de 1.957 (fl. 55), una jornada de doce horas, ha debido entender el Tribunal que los posteriores a esa fecha (fls. 48 a 54) quedaron también sometidos a la misma jornada.

La acusación carece de todo fundamento. En todos los contratos celebrados por las partes después del que se ha mencionado, obra esta estipulación (cláusula primera: "..... Es entendido que el trabajador queda obligado a prestár sus servicios a los contratistas en cualquiera de los turnos de ocho horas que éstos tienen establecidos o establezcan". Para aceptar la interpretación del impugnante habria sido necesario borrar de los contratos referidos la cláusula que se deja transcrita. A tal conclusión no habria podido llegar el fallador sin incurrir en manifiesto error de hecho. Sobre el punto, la estimación probatoria se ajusta con exactitud a la realidad procesal. Por consiguiente, no se recibe el cargo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publiquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes. - Roberto de Zubiría C. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario

AUXILIO DE CESANTIA Y VACACIONES. PRETENDIDA INCOMPETENCIA DE LA JUSTICIA DEL TRABAJO PARA CONOCER Y FALLAR EL PRESENTE NEGOCIO. INFUNDADA INVOCACION DE LA CAUSAL ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 1o. DEL DECRETO 2017 DE 1.952.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, febrero catorce de mil novecientos sesenta y tres.

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

Ante el Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, por medio de apoderado, LUIS EDUARDO GARCIA presentó demanda ordinaria laboral contra la ASOCIACION NACIONAL DE NAVIEROS (ADENAVI), a fin de que fuese condenada a pagarle cesantía, vacaciones y costas del juicio.

Los hechos fueron relatados así:

"1o. El señor Luis Eduardo García trabajó al servicio de la entidad que demando, como afiliado al Sindicato de Braceros Portuarios (Sindebra), desde el día 2 de marzo de 1.959 hasta el 8 de Octubre de 1.960, cuando se retirò voluntariamente.

"2o. El último salario que recibió mi mandante fue el de $12.80, como salario bàsico, segùn lo estipulado en el Laudo Arbitral de 5 de Diciembre de 1.953 que considera salario a destajo.

"3o. La empresa se ha negado sistemáticamente a pagar las prestaciones que demando, no obstante que por medio de las directivas del Sindicato, mi poderdante las ha reclamado".

Como fundamentos de derecho fueron citados los articulos 23, 27, 37, 65, 186 y 249 del C. S. del T. y el Decreto No. 2158 de 1.948.

La parte demandada, igualmente por conducto de apoderado, dió respuesta al libelo inicial oponiéndose a que se hicieran las condenaciones solicitadas y en cuanto a los hechos expresó: "Nada me consta, y por ende los niego para que se demuestren. Niego así mismo el derecho invocado". Propuso además las excepciones de declinatoria de jurisdicción, ilegitimidad de la personería en la parte demandada, inexistencia del contrato de trabajo, pago efectivo, inepta demanda y prescripción.

El Juzgado del conocimiento profiriò su decisión de primera instancia, de fecha 25 de Agosto de 1.962, por medio de la cual se condenó a la Sociedad demandada a pagar la cantidad de $579,20 por concepto de cesantía y $ 192,oo por vacaciones; igualmente condenó en costas a la parte demandada y dispuso que "No prosperaron las excepciones de pago, inexistencia del contrato de tra-

bajo, inepta demanda y prescripción. Como no se hicieron más peticiones no se hacen más declaraciones". Esta providencia del a quo fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Medellín -Sala Laboral-, en fallo fechado el 27 de Septiembre del mismo año, habiéndo resuelto el recurso de apelación que ambas partes propusieron contra ella. Corresponde ahora a esta Superioridad decidir sobre el recurso extraordinario de casación que el apoderado judicial de la parte demandada interpuso contra el fallo del ad quem y el cual fué concedido y tramitado en legal forma. Para ello examina la demanda que lo sustenta y el escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Está expuesto así:

"El objeto del recurso, circunscrito como está en el auto admisorio del mismo para los efectos del artículo 17 del decreto 2017 de 1.952, en su parágrafo se dirige a solicitar se declare la nulidad por haber conocido la jurisdicción del trabajo del asunto, careciendo de competencia para ello y como consecuencia case la sentencia recurrida, y deje sin efecto el proceso para que de él, conozca el juez arbitral".

MOTIVOS DE CASACION:

Se aduce éste:

"Acuso la sentencia recurrida por causa de nulidad que la afecta (así como todo el proceso) consistente en haber conocido y fallado un litigio o conflicto jurídico careciendo de competencia para éllo y con base en lo dispuesto por el parágrafo del artículo 1o. del Decreto 2017 de 1.952".

DEMOSTRACION DEL CARGO:

Comienza el recurrente por referirse a la doctrina consagrada por esta Sala en casos similares al debatido consistente en que "cuando se pretende destruir una sentencia mediante el recurso de casación establecido en el decreto 2017 de 1.952, quedan excluídos del debate en casación los motivos de que trata el art. 87 del C. P. del T.". Y agrega:

"Sostiene la Corte que se trata de un motivo especial de casación por vicio de actividad o error in procedendo, cuyo fundamento consiste en la ausencia de competencia de la jurisdicción común del trabajo para decidir litigios que las partes han confiado a Tribunales Arbitrales. En este caso la acusación "debe limitarse a denunciar el vicio de incompetencia de la justicia del trabajo para definir el litigio, con base en lo prescrito en el artículo 1º. del decreto en referencia. Por tanto, no es pertinente añadir a la acusación el quebranto de otros preceptos legales. En consecuencia, y para ajustarme a la técnica del recurso en este caso particular demostraré a continuación de cómo el asunto sometido a la consideración de la justicia del trabajo era materia de un Tribunal Arbitral especial y cómo careciendo de competencia conoció del asunto y falló, originando así la nulidad alegada".

A continuación él impugnador expresa:

"En oportunidad, el apoderado de ADENAVI, propuso la excepción consistente en la incompetencia o declinatoria de jurisdicción, (folio 4 cuaderno principal) por considerar que tanto la entidad demandada como los Sindicatos de Braceros de Puerto Berrío, estaban sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla.

"LA ASOCIACION NACIONAL DE NAVIEROS sostiene que en el fallo o laudo arbitral, dictado por el Tribunal Especial de Arbitramento, constituído para fallar el conflicto colectivo surgido entre los SINDICATOS DE BRACEROS "SINDEBRA" y BRACEROS Y LANCHEROS "SINBRALAN" de Puerto Berrío y la ASOCIACION NACIONAL DE NAVIEROS (ADENAVI) con fecha 5 de diciembre de 1.953, notificado a las partes el 8 del mismo mes y año, y que es una ley para las partes, normativa no sólo de las condiciones de trabajo sino en ocasiones de la competenciay procedimiento para dirimir los conflictos se dejó claramente establecido que la competencia no era de la justicia del trabajoo sino de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena".

En los pasajes transcritos se encuentra la parte medular de la acusación en examen. De otro lado el opositor critica los argumentos del recurrente con estos puntos de vista que extrae de su escrito la Sala:

"a). El Decreto Extraordinario 2017 de 1.952 tan llevado y traído por la contraparte no tiene vigencia concreta en los asuntos aludidos ya que él mismo, alinderado su ámbito de aplicación, preceptúa:

"Art. 1o. Es competencia privativa de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje o de los organismos que hagan sus veces, el conocimiento y decisión de los conflictos o controversias que, de acuerdo con la respectiva convención, pacto o fallo arbitral, les corresponda dirimir a tales entidades". (Subrayo para mayor énfasis).

"Es de claridad meridiana que el ya mencionado Laudo atinente a las vinculaciones jurídico-laborales con Adenavi, en parte alguna decidió remitirse a esas entidades especializadas:

"b). Si se comulgara, en gracia de discusión, con las científicamente inaceptables argumentaciones del recurrente en el sentido de que las premisas explicativas y dispositivas de un fallo son una misma cosa, poseen igual efecto resolutivo, ni aún con este desacierto se llegaría la meta deseada por el demandante en casación.

"Pues no es cierto que los arbitradores al motivar sus decisiones hubieran verificado el reenvío de los futuros impases a las apuntadas comisiones permanentes de conciliación. Al efecto, sólo atinaron en reconocer la existencia de tales organismos (estudio de la cláusula vigésima de tales organismos) y si es cierto que deliberadamente acogieron más bien las normas generales de la ley procesal".

La oposición finaliza con estas palabras:

"Por lo expuesto, resulta superfluo entrar en disquisiciones bizantinas conducentes a teorizar sobre si el dicho Tribunal tenía disponibilidad jurídica para señalar o remitir a una entidad de competencia singular cuando se abstuvo de decidir tal aspecto".

SE CONSIDERA:

En vista de que el problema jurídico que plantea la acusación es igual, en sus aspectos esenciales, al resuelto en fallo reciente por esta Corporación, la Sala transcribe y acoge lo allí expuesto que dice:

' "Sobre la cuestión que plantea el cargo, dice el fallo del ad quem: no basta la existencia de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena para que sean de su competencia privativa las controversias de índole laboral entre los trabajadores portuarios y sus patronos, pues de acuerdo con el decreto 2017 de 1.952, (art. 1º.) corresponde su conocimiento al Tribunal ó Comisión de Arbitraje que, de acuerdo con la respectiva convención, pacto o fallo arbitral, tenga el encargo de dirimir las que surjan entre las partes. ' "En el evento a estudio -agrega- como en todos los litigios que se han presentado entre los trabajadores y la Asociación de Navieros brilla por su ausencia la prueba indicadora de que en convención, pacto o fallo arbitral se hubiese estipulado la competencia de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje para dirimir las controversias a que se viene aludiendo". "Por tanto, no se entiende suspendido para el caso el art. 2o. del CPL. sobre competencia de la justicia del trabajo para el conocimiento del asunto, de imperativa observancia por ser de orden público.

' "Como se ve, fundamento cardinal de la sentencia es el de que al juicio no se ha aportado la prueba sobre constitución de un tribunal de arbitraje al cual hubieran confiado las partes el encargo de decidir los conflictos jurídicos que entre ellas pudieran presentarse durante la vigencia de los respectivos contratos de trabajo, por lo que, faltando esa prueba, corresponde a la justicia del ramo el conocimiento del caso litigioso, de acuerdo con la regla general de competencia establecida en el estatuto de procedimiento laboral (art. 2o.).

' "No destruye el concepto de la decisión recurrida, ninguno de los argumentos aducidos por el acusador. En opinión de éste el fallo arbitral de diciembre de 1.953, decisorio del conflicto surgido entre los Sindicatos de Braceros y el Braceros y Lancheros de Puerto Berrío, por una parte, y la Asociación Nacional de Navieros, por la otra, acredita la existencia de un Tribunal de Arbitramento para la resolución de las controversias que pudieran surgir entre los trabajadores de las dos asociaciones sindicales y la entidad patronal. La afirmación es inexacta, como se deduce claramente de las súplicas del pliego de peticiones sometido a la consideración del Tribunal Especial de Arbitramento que profirió el fallo mencionado. De las súplicas, se refieren a la cuestión en examen las contenidas en las cláusulas vigésima y vigésima-primera. Solicita la vigésima la creación de una Junta de Relaciones con el encargo de armonizar las actividades laborales entre sus miembros y la Asociación de Navieros. Y pide la vigésima-primera que el Inspector del Trabajo o el Juzgado Laboral de Puerto Berrío, decidan las diferencias entre las partes que durante la ejecución del contrato sindical no hubiera podido arreglar la Junta de Relaciones.

' "El fallo arbitral, al resolver las peticiones, rechazó la de la cláusula vigésima, "porque hoy existe -dice- la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, para estos casos, que es de creación legal.....". Tampoco accedió a lo pedido en la cláusula vigésima-primera, "por cuanto se relaciona con una materia de jurisdicción especial en que solo un acuerdo de las partes puede operar y el Tribunal no puede imponerla.....".

"Donde el fallo arbitral de 1.953 dispuso: no se accede a la súplica sobre establecimiento de un Juez Arbitral, quiere el recurrente que se lea lo contrario, esto es, que ese fallo es el acto orgánico del juez en referencia. Salta a la vista la inconsistencia del razonamiento. No sobra anotar que el árbitro, según la petición de los sindicatos debía ser el Inspector del Trabajo o el Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, no tribunal alguno de conciliación y arbitraje.

"No es cierto que el fallo arbitral en mención hubiera negado la creación de una jurisdicción especial con el fundamento de que ya ésta existía, como lo afirma el recurrente. El laudo habla de preexistencia de una Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena para resolver diferencias entre el Sindicato de Braceros y la Asociación de Navieros, de orden interno, que era lo que aquèl pretendía al pedir la creación de una Junta de Relaciones, cuyas atribuciones, según lo expresa la cláusula vigésima del pliego petitorio, eran "las de armonizar las relaciones entre la empresa patronal y el Sindicato y al mismo tiempo vigilar que las empresas cumplan con los deberes propios del contrato y que todos y cada uno de los integrantes de la Junta laboren dentro de las normas preestablecidas e igualmente sobre la conducta laboral de los mismos, acudiendo al conducto regular en todo caso". "No se le confiaba a la Junta el encargo de resolver conflictos jurídicos, sino el que se deja expresado, de manera que al negar el fallo arbitral su creación por entender que la función que se le asignaba le había sido confiada a la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río, no está diciendo que ésta era también un Tribunal de Arbitramento, como lo entiende el acusador.

"Se dejó anotado que las demás razones expuestas por el impugnador son ajenas a la cuestión decidida en el fallo del ad-quem. En efecto, lo que éste sostiene es que al juicio no se aportó la prueba que demuestre la creación de un Tribunal de Arbitramento para la decisión de conflictos jurídicos emanados de contratos de trabajo celebrados entre la Asociación Nacional de Navieros y sus empleados, indispensable para sustraer su conocimiento de la justicia del trabajo. Por tanto, decir como lo hace el recurrente, que el arbitraje permanente puede ser instituído en un laudo arbitral; que la cláusula compromisoria puede pactarse no sólo en el contrato individual de trabajo, en el sindical y en la convención colectiva, sino también en cualquier otro documento posterior otorgado por las partes, como lo autoriza el Art. 131 del C P L., ninguna relación tiene con el punto debatido en el juicio ni con la estimación del fallo acusado. El cargo se refiere a estos puntos para combatir las tesis erróneas que, en su opinión, ha sostenido la Corte en casos semejantes al que ahora se contempla. Por las razones expuestas no entra ella a examinar lo que sobre tales puntos expone la demanda de casación, ni a rectificar conceptos que no ha expresado, como el de que el arbitraje permanente reconoce, entre otras fuentes, el compromiso, error inexcusable que no se encuentra en ninguna de las numerosas providencias que al decidir casos iguales ha dictado la Corporación". (Sentencia de noviembre 26 de 1.962. Juicio seguido por Adelángel Salcedo P. contra Adenavi).

Por las razones expresadas, la acusación no prospera.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

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.

VACACIONES. PRETENDIDA INCOMPETENCIA DE LA JUSTICIA LABORAL PARA CONOCER Y FALLAR ESTE PROCESO. INVOCACION DE LA CAUSAL DE CASACION CONSAGRADA EN EL DECRETO 2017 DE 1.952.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, febrero quince de mil novecientos sesenta y tres.

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

Ante el Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, por medio de apoderado, JOAQUIN EMILIO LONDOÑO presentó demanda ordinaria laboral contra la ASOCIACION NACIONAL DE NAVIEROS (ADENAVI), a fin de que fuese condenada a pagarle todo cuanto se dedujera y probara en juicio por concepto de cesantía, vacaciones, primas de servicio, horas extras diurnas y nocturnas, domingos y festivos, indemnización moratoria y las costas del mismo. Subsidiariamente, solicitó el pago de "lo que se demostrara y probara en el juicio por uno o alguno de los conceptos anotados y las costas del juicio".

Los hechos fueron relatados así:

"1o. La Asociación Nacional de Navieros (Adenavi) se fundó el 23 de Octubre de 1.950, para representar ante el Estado y los particulares, las empresas de navegación que operan en el Río Magdalena, empresas que hasta entonces fueron patronos directos de sus trabajadores en la labor de bracería, por laudo arbitral de 8 de diciembre de 1.953, fueron reglamentados los sistemas de trabajo, jornadas, formas de remuneración, etc., entre la Asociación Nacional de Navieros y los Sindicatos de Braceros entre los cuales figura el Sindicato de Braceros Lancheros de Puerto Berrío, al cual estoy afiliado.

"2o. Entré a trabajar al servicio de la entidad demandada el 26 de Abril de 1.959 hasta el 9 de Octubre del año en curso, habiendo laborado en dicho lapso en forma continua e ininterrumpida: En esta fecha se extinguieron las relaciones laborales por haberse celebrado entre la entidad demandada y los Sindicatos una nueva convención que estableció nuevas modalidades en la prestación de los servicios de los braceros portuarios.

"3o. Desempeñé la labor como bracero en forma continua e ininterrumpida y no disfruté de los descansos compensatorios por los domingos y festivos trabajados, ni me fueron reconocidos en dinero, tampoco recibí el valor de mis primas, ni hice uso de vacaciones y no obstante la terminación de la relación jurídico-laboral no se me han pagado las prestaciones a que tengo derecho".

Como fundamentos de derecho fueron citados los artículos 22, 23, 57, 65, 172, 177, 186, 249, 306 y concordantes del C. S. del T., y el Decreto No. 2158 de 1.948.

La parte demandada, igualmente por conducto de apoderado, dió respuesta al libelo inicial, así: "Los HECHOS, los niego, pues los ignoro, para que se demuestren. Me OPONGO a que se hagan las declaraciones impetradas en los ordinales a) y b). Niego los fundamentos de derecho invocados por no ser los pertinentes". Propuso además las excepciones de incompetencia o declinatoria de jurisdicción, inexistencia del contrato de trabajo, petición de un modo indebido, ilegitimidad de la personería en la parte demandada, cosa juzgada y prescripción.

El Juzgado del conocimiento profirió su decisión de primera instancia, de fecha 23 de Agosto de 1.962, por medio de la cual se condenó a la sociedad demandada a pagar: "Quince (15) días hábiles y consecutivos de vacaciones, remuneradas, con el salario que esté devengando en el momento de comenar a disfrutarlas, correspondientes ellas al año comprendido entre el 27 de abril de 1.959 y el 27 de abril de 1.960". De otro lado resolvió lo siguiente: "Igualmente declárase probada la excepción perentoria temporal de "petición antes de tiempo", en relación con la cesantía y las vacaciones causadas con posterioridad al 27 de abril de 1.960. Y se declaran no probadas las demás excepciones propuestas. Menos la de cosa juzgada la cual de acuerdo con las constancias procesales de los documentos de fls. 52 y 53, está demostrada en cuanto a las peticiones de prima de servicios, horas extras diurnas y nocturnas y dominicales y festivos, hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, en el juicio anterior y de esa fecha en adelante se absuelve a la demandada por estos mismos conceptos. Absuélvese a la misma Asociación de los demás cargos formulados en su contra en la demanda".

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en sentencia de fecha 27 de Septiembre de 1.962 desató el recurso de apelación que los apoderados judiciales de ambas partes interpusieron contra el fallo dictado por el a-quo. La parte resolutiva de dicho proveído expresa: ". . . . . C O N F I R M A la sentencia pronunciada por el Juzgado del Trabajo de Puerto Berrio en este juicio, el 23 de agosto pasado, con la aclaración de que la excepción de cosa juzgada en relación con las primas de servicio, horas extras, y domingos y festivos sólo opera para el tiempo anterior al 10 de Octubre de 1.960, fecha hasta la cual se formula la reclamación en el libelo, pues por el tiempo posterior se declara que no hay lugar en esta providencia a entrar en el estudio de tales materias". Tanto en el fallo de primera como de segunda instancia se guardó silencio sobre costas.

Corresponde ahora a esta Superioridad decidir sobre el recurso extraordinario de casación que el mandatario judicial de la parte demandada interpuso contra la providencia del ad quem y el cual fué concedido y tramitado en legal forma. Para ello examina la demanda que lo sustenta y el escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Está expuesto así:

"El objeto del recurso, circunscrito como está en el auto admisorio del mismo para los efectos del artículo 17 del Decreto 2017 de 1.952, en su parágrafo se dirige a solicitar se declare la nulidad por haber conocido la jurisdicción del trabajo del asunto, careciendo de competencia para éllo y como consecuencia case la sentencia recurrida, y deje sin efecto el proceso para que de él, conozca el Juez arbitral".

MOTIVOS DE CASACION:

Se aduce éste:

"Acuso la sentencia recurrida por causa de nulidad que la afecta (así como todo el proceso), consistente en haber conocido y fallado un litigio o conflicto jurídico careciendo de competencia para éllo y con base en lo dispuesto por el parágrafo del artículo 1o. del Decreto 2017 de 1.952".

DEMOSTRACION DEL CARGO:

Comienza el recurrente por referirse a la doctrina consagrada por esta Sala en casos similares al debatido consistente en que "cuando se pretente destruír uua sentencia mediante el recurso de casación establecido en el Decreto Nº. 2017 de 1.952, quedan excluídos del debate en casación los motivos de que trata el artículo 87 del C. P. del T.". Y agrega:

"Sostiene la Corte que se trata de un motivo especial de casación por vicio de actividad o error in procedendo, cuyo fundamento consiste en la ausencia de competencia de la jurisdicción común del trabajo para decidir litigios que las partes han confiado a Tribunales Arbitrales. En este caso la acusación "....debe limitarse a denunciar el vicio de incompetencia de la justicia del trabajo para definir el litigio, con base en lo prescrito por el artículo 1o. del decreto en referencia. Por tanto, no es pertinente añadir a la acusación el quebranto de otros preceptos legales". En consecuencia y para ajustarme a la técnica del recurso en este caso particular demostraré a continuación de cómo el asunto sometido a la consideración de la justicia del trabajo era materia de un Tribunal Especial y cómo careciendo de competencia conoció del asunto y falló, originando así la nulidad alegada".

A continuación el impugnador expresa:

"En oportunidad, el apoderado de ADENAVI, propuso la excepción consistente en la incompetencia o declinatoria de jurisdicción, (folio 5 cuaderno principal) por considerar que tanto la entidad demandada como los Sindicatos de Braceros de Puerto Berrío, estaban sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla.

"La ASOCIACION NACIONAL DE NAVIEROS sostiene que en el fallo o laudo arbitral, dictado por el Tribunal Especial de Arbitramento, constituído para fallar el conflicto colectivo surgido entre los SINDICATOS DE BRACEROS "SINDEBRA" y BRACEROS Y LANCHEROS "SINBRALAN" de Puerto Berrío y la ASOCIACION NACIONAL DE NAVIEROS (ADENAVI) con fecha 5 de diciembre de 1.953, notificado a las partes el 8 del mismo mes y año, y que es una ley para las partes, normativa no sólo de las condiciones de trabajo sino en ocasiones de la competencia y procedimiento para dirimir los conflictos se dejó claramente establecido que la competencia no era de la justicia del trabajo sino de la Comisión de Conciliación y Arbitraje de Río Magdalena".

En los pasajes transcritos se encuentra la parte medular de la acusación en examen. De otro lado el opositor critica los argumentos del recurrente con estos puntos de vista que extrae de su escrito la Sala:

"a). El Decreto Extraordinario 2017 de 1.952 tan llevado y traído por la contraparte no tiene vigencia concreta en los asuntos aludidos ya que él mismo, alinderado su ámbito de aplicación, preceptúa:

'"Art. 1o. Es competencia privativa de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje o de los organismos que hagan sus veces, el conocimiento y decisión de los conflictos o controversias que, de acuerdo con la respectiva convención, pacto o fallo arbitral, les corresponda dirimir a tales entidades". (Subrayo para mayor énfasis).

"Es de claridad meridiana que el ya mencionado Laudo atinente a las vinculaciones jurídico-laborales con Adenavi, en parte alguna decidió remitirse a esas entidades especializadas;

"b). Si se comulgara, en gracia de discusión, con las científicamente inaceptables argumentaciones del recurrente en el sentido de que las premisas explicativas y dispositivas de un fallo son una misma cosa, poseen igual efecto retroactivo, ni aún con este desacierto se llegaría a la meta buscada por el demandante en casación.

"Pues no es cierto que los arbitradores al motivar sus DECISIONES hubieran verificado el reenvió de los futuros impases a las apuntadas comisiones permanentes de conciliación. Al efecto, sólo atinaron en reconocer la existencia de tales organismos y sí es cierto que deliberadamente acogieron mas bien las normas generales de la ley procesal". (Estudio de la cláusula vigésima).

La oposición finaliza con estas palabras:

"Por lo expuesto, resulta superfluo entrar en discusiones conducentes a teorizar sobre si el dicho Tribunal tenía disponibilidades jurídicas para señalar o remitir a una entidad de competencia singular cuando se abstuvo precisamente de decidir tal aspecto".

SE CONSIDERA:

En vista de que el problema jurídico que plantea la acusación es igual, en sus aspectos esenciales, al resuelto en fallo reciente por esta Corporación, la Sala transcribe y acoge lo allí expuesto que dice:

'"Sobre la cuestión que plantea el cargo, dice el fallo del ad quem: no basta la existencia de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena para que sean de su competencia privativa las controversias de índole laboral entre los trabajadores portuarios y sus patronos, pues de acuerdo con el decreto 2017 de 1.952, (art. 1o.) corresponde su conocimiento al Tribunal o Comisión de Arbitraje que, de acuerdo con la respectiva convención, pacto o fallo arbitral, tenga el encargo de dirimir las que surjan entre las partes. "En el evento a estudio -agrega- como en todos los litigios que se han presentado entre los trabajadores y la Asociación de Navieros brilla por su ausencia la prueba indicadora de que en convención, pacto o fallo arbitral se hubiese estipulado la competencia de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje para dirimir las controversias a que se viene aludiendo". "Por tanto, no se entiende suspendido para el caso el art. 2o. del C.P.L. sobre competencia de la justicia del trabajo para el conocimiento del asunto, de imperativa observancia por ser de orden público.

'"Como se ve, fundamento cardinal de la sentencia es el de que al juicio no se ha aportado la prueba sobre constitución de un Tribunal de arbitraje al cual hubieran confiado las parte el encargo de decidir los conflictos jurídicos que entre ellas pudieran presentarse durante la vigencia de los respectivos contratos de trabajo, por lo que, faltando esa prueba, corresponde a la justicia del ramo el conocimiento del caso litigioso, de acuerdo con la regla general de competencia establecida en el estatuto de procedimiento laboral (art. 2o.).

'"No destruye el concepto de la decisión recurrida, ninguno de los argumentos aducidos por el acusador. En opinión de éste el fallo arbitral de diciembre de 1.953, decisorio del conflicto entre los Sindicatos de Braceros y el de Braceros Lancheros de Puerto Berrío, por una parte, y la Asociación Nacional de Navieros, por la otra, acredita la existencia de un Tribunal de Arbitramento para la resolución de las controversias que pudieran surgir entre los trabajadores de las dos asociaciones sindicales y la entidad patronal. La afirmación es inexacta, como se deduce claramente de las súplicas del pliego de peticiones sometido a la consideración del Tribunal Especial de Arbitramento que profirió el fallo mencionado. De las súplicas, se refieren a la cuestión en examen las contenidas en las cláusulas vigésima y vigésima-primera. Solicita la vigésima la creación de una Junta de Relaciones con el encargo de armonizar las actividades laborales entre sus miembros y la Asociación de Navieros. Y pide la vigésima-primera que el Inspector del Trabajo o el Juzgado Laboral de Puerto Berrío, decidan las diferencias entre las partes que durante la ejecución del contrato sindical no hubiera podido arreglar la Junta de Relaciones.'

'" El fallo arbitral, al resolver las peticiones, rechazó la de la cláusula vigésima, "porque hoy existe -dice- la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, para estos casos, que es de creación legal.....". "Tampoco accedió a lo pedido en la cláusula vigésima-primera, " por cuanto se relaciona con una materia de jurisdicción especial en que sólo un acuerdo de las partes puede operar y el Tribunal no puede imponerla.....".

'" Donde el fallo arbitral de 1.953 dispuso: no se accede a la súplica sobre establecimiento de un juez arbitral, quiere el recurrente que se lea lo contrario, esto es, que ese fallo es el acto orgánico del juez en referencia. Salta a la vista la inconsistencia del razonamiento. No sobra anotar que el árbitro, según la petición de los sindicatos debía ser el Inspector del Trabajo o el Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, no tribunal alguno de Conciliación y Arbitraje.

'" No es cierto que el fallo arbitral en mención hubiera negado la creación de una jurisdicción especial con el fundamento de que ya ésta existía, como lo afirma el recurrente. El Laudo habla de preexistencia de una Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena para resolver diferencias entre el Sindicato de Braceros y la Asociación de Navieros, de orden interno, que era lo que aquél pretendía al pedir la creación de una junta de Relaciones, cuyas atribuciones, según lo expresa la cláusula vigésima del pliego petitorio, eran " las de armonizar las relaciones entre la empresa patronal y el Sindicato y al mismo tiempo vigilar que las empresas cumplan con los deberes propios del contrato y que todos y cada uno de los intregantes de la Junta laboren dentro de las normas preestablecidas e igualmente sobre la conducta laboral de los mismos, acudiendo al conducto regular en cada caso ". No se le confiaba a la Junta el encargo de resolver conflictos jurídicos, sino el que se deja expresado, de manera que al negar el fallo arbitral su creación por entender que la función que se le asignaba

le había sido confiada a la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río. No está diciendo que éste era también un Tribunal de Arbitramento, como lo entiende el acusador.

"Se dejó anotado que las demás razones expuestas por el impugnador son ajenas a la cuestión decidida en el fallo del ad-quem. En efecto, lo que éste sostiene es que al juicio no se aportó la prueba que demuestre la creación de un Tribunal de Arbitramento para la decisión de conflictos jurídicos emanados de contratos de trabajo celebrados entre la Asociación Nacional de Navieros y sus empleados, indispensable para sustraer su conocimiento de la justicia del trabajo. Por tanto, decir como lo hace el recurrente, que el arbitraje permanente puede ser instituído en un laudo arbitral; que la cláusula compromisoria puede pactarse no sólo en el contrato individual de trabajo, en el sindical y en la convención colectiva, sino también en cualquier otro documento posterior otorgado por las partes, como lo autoriza el Art. 131 del CPL., ninguna relación tiene con el punto debatido en el juicio ni con la estimación del fallo acusado. El cargo se refiere a estos puntos para combatir las tesis erróneas que, en su opinión, ha sostenido la Corte en casos semejantes al que ahora se contempla. Por las razones expuestas no entra ella a examinar lo que sobre tales puntos expone la demanda de casación, ni a rectificar conceptos que no ha expresado, como el de que el arbitraje permanente reconoce, entre otras fuentes, el compromiso, error inexcusable que no se encuentra en ninguna de las numerosas providencias que al decidir casos iguales ha dictado la Corporación". (Sentencia de Noviembre 26 de 1.962. Juicio seguido por Adelángel Salcedo P. contra Adenavi).

Por las razones expresadas, la acusación no prospera.

En mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. - Roberto de Zubiría C. - Luis Fernando Paredes A. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SUSTITUCION PATRONAL. CLAUSULA DE RESERVA. ERROR DE HECHO EN LA ESTIMACION DE LAS PRUEBAS. COMPUTO DEL AUXILIO DE CESANTIA CAUSADO CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DEL CODIGO.

1. Cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador al servicio del nuevo patrono bajo el mismo régimen contractual, son los tres presupuestos que según la jurisprudencia estructuran la sustitución patronal. La trasmisión del dominio de la empresa de un patrono a otro, evento en que el sustituído desaparece, es una de las causas del fenómeno de la sustitución patronal, pero no es exclusiva, ya que no sólo la enajenación de la empresa conduce a la sustitución, sino cualquier otro título, como el simple cambio del régimen de administración. 2. La afirmación de que la cláusula de reserva no tiene validez por haberse mediado vicio en el consentimiento del trabajador, no se presume sino que debe probarse. 3. Cómputo de cesantía conforme a la legislación anterior al Código Sustantivo del Trabajo.

1. El hecho primero de la demanda inicial afirma que el 15 de agosto de 1938, el demandante entró a trabajar como Secretario del Banco Agrícola Hipotecario, cargo que ejerció hasta el 12 de abril de 1.945; y el segundo, que en la última de estas fechas, por haberle confiado el Gobierno la administración del Banco a la Caja de Crédito Agrario, el actor fue trasladado al mismo empleo en dicha entidad. La respuesta a la demanda aceptó como ciertos los dos hechos.

El documento del folio 18 recoge un contrato de trabajo suscrito en 1.954, celebrado entre el demandante y la Caja. En su texto se lee la declaración de que el actor comenzó a prestar sus servicios como Secretario del Banco Agrícola Hipotecario, a partir del 15 de agosto de 1.938 y que con fecha 12 de abril de 1.945 fue trasladado a la Caja Agraria de Cúcuta "y continúa en el mismo cargo".

La confesión espontánea contenida en la respuesta a la demanda y el contrato con la Caja, demuestran que el demandante laboró al servicio de los dos establecimientos bancarios, sin solución de continuidad, del 15 de agosto de 1.938 al 6 de mayo de 1.954. De esos hechos se deduce con claridad que hubo cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador al servicio del nuevo patrono, bajo el mismo régimen contractual iniciado en agosto de 1.938. Concurrieron, pues, los tres presupuestos que según la jurisprudencia estructuran la institución del derecho social denominada sustitución de patronos. Es esa la doctrina dominante, tanto bajo el régimen de la ley 6ª. de 1.945 (artículo 8º.) y su Decreto Reglamentario 2127 del mismo año (artículos 53 y 54), como en la legislación posterior, contenida en el Codigo del Trabajo (artículos 67 y 68).

El contrato de trabajo con el Banco no se extinguió en abril de 1.945, como lo sostiene la sentencia acusada. Las anotaciones que hace la convención

laboral celebrada con la Caja de Crédito, de que se habló antes, no llevan a tal conclusión, sino que, al contrario, reafirman la continuidad de los servicios a los dos establecimientos bancarios entre agosto de 1.938 y mayo de 1.954. Resulta contradictoria la tesis del Tribunal al aceptar, por una parte, que la Caja tomó la administración del Banco y al declarar por la otra que èste continuó sus propios negocios con independencia de la Caja. No es lógico el razonamiento, pues si una empresa confìa a otra la administración de sus negocios, la primera queda excluída de toda ingerencia en su manejo, quedando la segunda encargada de su gestión.

El argumento de que el Banco no se extinguió por haber pasado su administración a la Caja, no es un hecho que impida la sustitución patronal, como lo entiende el fallador. La trasmisión del dominio de la empresa de un patrono a otro, evento en que el sustituído desaparece, es una de las causas del fenómeno, pero no exclusiva, ya que no sólo la enajenación de la empresa conduce a la sustitución, sino cualquier otro título, como el simple cambio del régimen de administración. Es éste el sentido de la ley orgánica de la institución, tanto de la antigua como de la nueva.

De lo expuesto se concluye que el Tribunal ad quem incurrió en el error de hecho que el cargo le atribuye consistente en haber negado la ocurrencia del fenómeno de la sustitución patronal, y en consiguiente violación de las normas legales sobre sustitución de patronos y cesantía. La negativa tuvo como consecuencia el rechazo de la condena al pago de la citada prestación, pues el patrono sustituto, según comprobante, pagó al actor únicamente la correspondiente al tiempo en que estuvo a su servicio, sin computar el prestado al patrono sustituído.

En cuanto a la prestación de que se trata, prospera el cargo y se casará la sentencia para ordenar lo que sea procedente.

2. La acusación contra la sentencia por no haber acogido la petición sobre condena al perjuicio por lucro cesante, equivalente a 180 días de salario, carece de toda consistencia.

En efecto: la facultad para dar por terminado el contrato celebrado por el demandante con la Caja de Crédito Agrario, según su cláusula tercera, fue concedida a ambos contratantes, y no únicamente a la Caja, como lo sostiene el recurrente. Es una simple afirmación de éste la de que la Caja sorprendió al demandante para que firmara el contrato, dando a entender que fue obligado a ello por la nombrada entidad y, por consiguiente, que la convención es nula, porque el uso de la fuerza vició el consentimiento del trabajador. Un hecho de tal significación no se presume. Requiere la debida comprobación, respecto de la cual no obra en el proceso ningún elemento de juicio.

3. La cesantía por tiempo servido antes de la vigencia del Código del Trabajo (1o. de enero de 1.951), respecto de trabajadores que tuvieron restringido el derecho, debe liquidarse conforme a la legislación anterior a la fecha en que entró a regir el mencionado estatuto (artículo 252 del C.S.T.).

En el asunto litigioso el contrato de trabajo se inició en 1.938 y terminó en 1.954, por lo cual quedó bajo el imperio de la legislación vigente en la primera de las fechas citadas (Ley 10a. de 1.934, decreto 2350 de 1.944, ley 6a. de 1.945 y ley 65 de 1.946). El decreto 2350, en el literal f) de su ar-

tículo 8o. otorga el derecho a la cesantía en caso de despido del trabajador que no sea originado por mala conducta e incumplimiento del contrato, y dispone su parágrafo que para liquidar la prestación por tiempo de trabajo anterior al decreto, si la extinción del contrato es posterior a su promulgación, se apliquen estas reglas: 1a. En caso de despido del trabajador sin justa causa o cuando se retire por falta grave del patrono, se tomará en cuenta el tiempo anterior de servicios hasta por cinco años; y 2a. En los demás casos de extinción del contrato, se tomará en cuenta el tiempo anterior hasta por tres años.

En el presente juicio el contrato terminó por voluntad unilateral del patrono sustituto, tomada en uso de la cláusula de reserva, es decir, en virtud de una causa legal. En consecuencia, el trabajo anterior a la vigencia del decreto 2350 (14 de octubre de 1.944) quedó regido por la regla 2a. literal f) de su artículo 8o. También quedó sometida la convención laboral a la ley 6a. de 1.945, que en su artículo 12, literal f), establece el auxilio en los mismos términos previstos en el decreto 2350, y cuyo parágrafo instituye reglas iguales a las del decreto en cuanto al cómputo del tiempo por trabajo anterior a su vigencia (19 de febrero del año citado). Una nueva norma trae el artículo 12 de la ley, en su disposición final, respecto de empleados que lleven más de diez años de servicio; ordena el pago de la prestación por todo ese lapso, en caso de retiro voluntario pero no opera el mandato en referencia, porque el caso de autos no encaja en la hipótesis que contempla.

La ley 65 de 1.946 (parágrafo de su artículo 1o.) otorgó al trabajador particular el derecho a la cesantía con prescindencia de las causas de extinción del vínculo, establecidas en la legislación anterior. Ese estatuto, como es obvio, rige para los contratos terminados bajo su imperio. Debe anotarse lo siguiente: el precepto dispone que para la cesantía se apliquen los artículos 12 y 36 de la ley 6a. de 1.945, y ya se ha visto cuáles son las restricciones que contiene su artículo 12, parágrafo del literal f), en relación con el servicio prestado antes de la vigencia de la ley.

La ley 65 no menciona el decreto 2350, pero es claro que el silencio no tiene el mérito de extinguir el derecho que a la cesantía otorga el estatuto de 1.944 por servicios prestados antes de la fecha en que entró a regir.

El decreto 1160 de 1.947, reglamentario de normas de las leyes 6a. de 1.945, 64 y 65 de 1.946 y del decreto 2350 de 1.944, dispone en su artículo 3o. que la cesantía al empleado particular, a partir de la vigencia de la ley 65 de 1.946, se liquide, desde el 16 de octubre de 1.944, fecha en que entró en vigor el decreto 2350, cualquiera que sea el tiempo servido y la causa de terminación del contrato.

La Sala observa: si el trabajo anterior a la ley 65, que puede serlo también antes del decreto 2350, debe liquidarse desde la vigencia de éste (16 de octubre de 1.944), quedaría por fuera el tiempo de servicio prestado con anterioridad al nombrado estatuto, sin consideración a lo dispuesto tanto en el parágrafo de su artículo 8o., como en el parágrafo del artículo 12 de la ley 6a. de 1945, cuyas normas se dieron a conocer en pasaje anterior de este fallo. Si tal es la inteligencia del artículo 3o. del Decreto reglamentario, como se desprende de su tenor literal, no se conforma a las normas de derecho material que desarrolla, porque de acuerdo con su contenido, debe computarse, para liquidar la prestación de que se trata, el servicio prestado antes de su vigencia, por períodos de cinco o de tres años,

según las causas de extinción del vìnculo. En todo caso, en vista de lo dispuesto en el artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo, posterior al decreto 1160, es preciso sujetarse a su mandato, al tenor del cual debe aplicarse la legislación anterior a la vigencia del actual Código del Trabajo para los trabajadores que tuvieron restringido el derecho a la cesantía, en casos como el que contempla la presente litis.

De acuerdo con lo expuesto, el tiempo de servicio que en el evento de autos debe computarse, por trabajo prestado al Banco Agrícola, inmediato antecesor del establecimiento bancario demandado, es el comprendido entre el 16 de octubre de 1.941 y el 11 de abril de 1.945.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, dieciocho de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

En demanda presentada al Juzgado del Trabajo de Cúcuta el 20 de junio de 1.955, Pedro L. Durán citó a juicio ordinario a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Sucursal de Cúcuta, para que por sentencia definitiva se hicieran contra ella estas declaraciones y condenas: que de parte de la Caja no hubo lealtad al celebrar con el actor el contrato de fecha 6 de mayo de 1.954, por lo cual violó expresamente la cláusula sexta del contrato de fecha 1o. de diciembre de 1.938, concertado entre aquél y el Banco Agrícola Hipotecario, y, por tanto, todas las reformas que al segundo introdujo el primero, en cuanto afecten derechos del trabajador, deben considerarse sin ningún valor; que la Caja se halla en mora de pagarle el valor de 4.180 horas extras y su recargo; que la entidad debe cancelarle la cesantia correspondiente a 15 años, 10 meses y 15 dias de servicio, reajustándola al sueldo básico, esto es, al fijo más el valor a que haya lugar por horas extras, primas y bonificaciones; que también debe cubrirle, reajustadas, las vacaciones de los tres últimos años, las primas de servicio causadas desde el año de 1.950 hasta el 30 de junio de 1.954, los sueldos desde la última fecha expresada hasta el día de la presentación de la demanda, la indemnizaciòn por mora y las costas del juicio.

Los hechos de la demanda hacen las afirmaciones que se resumen a continuación:

Pedro L. Durán desempeño el cargo de Secretario del Banco Agrícola Hipotecario, desde el 15 de agosto de 1.938 hasta el 12 de abril de 1.945. En esta último fecha y por haberle confiado el Gobierno Nacional la administración del Banco a la Caja de Crédito Agrario, el demandante fue trasladado al mismo cargo en la segunda entidad. A consecuencia del cambio de patrono, las prestaciones sociales quedaron solucionadas, a excepción de la cesantia. El 12 de mayo de 1.954 el demandante celebrò por escrito un contrato de trabajo con la Caja, dejàndose constancia de que había empezado a regir desde el 12 de abril de 1.945. Como término de duración se estipuló el de un año, prorrogable por períodos de seis meses. La Caja le puso término al contrato el 30 de junio de 1.954, luego le adeuda al trabajador los salarios faltantes para cumplirse el plazo presuntivo. En la fecha anotada la Caja le pagó al demandante, por cesantía, la suma de $6.042,94, computando únicamente el tiempo servido a la entidad (12 de abril de 1.945 a 30 de junio de 1.954), excluyendo el período anterior de servicios al Banco (15 de diciembre de 1.938 a 11 de abril de 1.945).

Además, hizo lo liquidación con el sueldo fijo, sin imputar primas, bonificaciones etc. La prestación, tomando el sueldo real y el tiempo de servicio a las dos entidades, arroja el guarismo de $15.874,96. El demandante trabajó diariamente una hora extra, o sea un total de 4.180 que la Caja le adeuda con el recargo legal. No le ha cancelado ésta las primas de servicio y debe ser obligada al reajuste de las vacaciones, que no le pagó con el salario real. En vista de que los reajustes y prestaciones no fueron cubiertos oportunamente, la Caja debe pagar al actor el sueldo que venía devengando desde el 30 de junio de 1.954 hasta el dia en que se solucionan las deudas. La cláusula de reserva pactada en el contrato celebrado con la Caja es inválida, nó sólo por su carácter unilateral, sino porque el vínculo no podía concluir sino por alguna de las causas establecidas en la cláusula sexta del contrato con el Banco.

Las pretensiones invocan las normas pertinentes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda admite como ciertos estos hechos: la existencia y duración del contrato entre el actor y el Banco Agrícola, la administración de éste por lo Caja, la continuidad del empleado al servicio de la nueva entidad y la terminación del vínculo el 30 de junio de 1.954, por voluntad de la misma. Expresó que no le constaban los demás hechos, exigiendo su prueba. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones del demandante.

El juicio siguió su curso conforme al trámite de rigor, y concluyó en primera instancia con fallo absolutorio de la parte demandada. La providencia condena en costas al actor.

Apeló la parte vencida. La sentencia decisoria del recurso de alzada, proferida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta, confirmó la del Juzgado a-quo, sin costas.

Contra el fallo de segundo grado interpuso el demandante el recurso de casación, que le fue concedido.

EL TRAMITE DEL RECURSO DE CASACION.

El expediente fue remitido al extinguido Tribunal Supremo, y radicado por el Secretario el 18 de julio de 1.956. Se repartió en septiembre de ese año; para esa fecha estaba vigente el decreto legislativo que reemplazó al nombrado Tribunal por la actual Sala de Casación Laboral. Con fecha 11 de julio del año mencionado, antes del reparto, fue recibido el alegato sustentario del recurso, suscrito por el abogado del actor en las instancias.

Admitido el recurso y corridos los traslados de rigor, el negocio pasó para fallo al despacho del Magistrado a quien le fue repartido, el 16 de febrero de 1.957. Con motivo del cambio de personal de la Sala, se hizo nuevo repartimiento general de negocios, adjudicándose el de que se habla a uno de sus miembros. El Magistrado sustanciador, por auto del 19 de agosto de 1.960, se declaró impedido para conocer del negocio, y como no fue allanado el impedimento, aquel paso al despacho del actual Magistrado ponente. Separado del conocimiento el Magistrado impedido, se procedió al sorteo de Conjuez que debía reemplazarlo, el cual tomó posesión del cargo. El asunto quedó nuevamente al despacho para sentencia el 20 de septiembre de 1.960.

Preparado el recurso en legal forma, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

EL FALLO ACUSADO

El Tribunal sostiene que en el juicio no se probó la sustitución patronal, y al efecto dice:

El contrato de trabajo que el demandante celebró con el Banco el 1o. de diciembre de 1.938 y el que suscribió después con la Caja el 6 de mayo de 1.954, son legales y distintos. La administración del Banco fue confiada a la Caja por decreto 198 de 1.945, pero el cambio de administración no significó la extinción del Banco ni su incorporación a la Caja. Solo posteriormente, por decreto 1.529 de 1.954, fue autorizada la Caja para promover la liquidación del Banco y para tomar a su cargo el activo y el pasivo. Entonces, el contrato de trabajo de 1.938 se extinguió en 1.945, "cuando el demandante pasó al servicio de persona distinta de su anterior patrono sin que esta última pudiera considerarse sustituto de la primera". Si Durán firmó el contrato posterior para conseguir la prueba de que había laborado con el Banco, como lo dá a entender su apoderado, nada se ha probado al respecto, ni se ha establecido vicio alguno de su consentimiento o falta de lealtad de parte de la Caja.

Por estimar que no se acreditó la sustitución de patronos, despachó desfavorablemente la súplica sobre pago de la cesantía sin imputación del tiempo servido en el Banco. Negó las peticiones sobre condena al reajuste de vacaciones y primas de servicio en atención a que, según las pruebas de autos, las obligaciones por tales conceptos aparecen canceladas.

LA DEMANDA DE CASACION

Fuè formalizada de nuevo ante la Corte por el abogado a quien el apoderado del actor en las instancias sustituyó el poder. El correspondiente alegato dice que corrige, enmienda y adiciona la primera demanda. En vista de que la sustituye, se tomarà en cuenta únicamente la segunda.

Persigue la impugnación la quiebra del fallo, del. ad-quem, para que la Corte, en el de instancia que deba reemplazarlo, ordene el pago total, del auxilio de cesantía durante todo el tiempo de servicios, el reajuste de las prestaciones a que el demandante tenìa derecho (vacaciones y primas de servicio), y el " pago de sueldos hasta completar la última prórroga en curso cuando se hizo el despido, que era de 365 días, etc'".

Invoca el recurso la causal primera de casación. Formula tres cargos, que el capítulo final del alegato refunde en uno solo.

Alega el cargo error de hecho evidente a causa de mala apreciación de unas pruebas y falta de estimación de otras, el cual condujo a la violación de las normas legales que cita, por falta de aplicación. Consistió el error en que la sentencia no dió por establecido, estándolo, la sustitución de patronos.

La acusación trata estos temas: sustitución de patronos, cesantía, vacaciones, primas de servicio y perjuicios por lucro cesante. En el orden expuesto los examina la Sala.

I. Sustitución de patronos.

Es el tema central de la acusación. De su desconocimiento por el Tribunal deriva la violación de las normas que tutelan los derechos ya relacionados.

Inicia el ataque con la transcripción de la motivación de la sentencia sobre el fenómeno de la sustitución patronal. Sostiene el recurrente que al negar su ocurrencia en el juicio, incurrió el Tribunal en error de hecho evidente en la valoración de las pruebas, con el quebranto consiguiente de los arts. 67 a 70 del C.S.T. Acerca de la cuestión en examen manifiesta que el fallador apreció mal o dejó de apreciar estas pruebas: el contrato de trabajo entre el actor y el Banco Agrícola (fls. 2 y 3); el contrato de la misma clase entre Durán y la Caja de Crédito Agrario (fl. 18); y las copias de las providencias dictadas en otro juicio, seguido por Durán contra la caja (fls. 24 a 30 del cuaderno número segundo).

Como prueba mal apreciada cita la demanda de instancia (hechos 1o. y 2o.) y la respuesta.

Las pruebas demuestran -alega el acusador- que Durán le prestó servicios primero al Banco Agrícola y después a la Caja de Crédito Agrario, como administradora del Banco, bajo un mismo contrato de trabajo y sin solución de continuidad, del 15 de agosto de 1.938 al 30 de junio de 1.954, es decir, acreditan el cambio de patrono, la continuidad de la empresa y la del trabajador al servicio del nuevo patrono que, según la jurisprudencia, son los elementos integrantes de la sustitución patronal.

Para el Tribunal -expone el cargo- el contrato de trabajo con el Banco se extinguió en 1.945 y es distinto del que el actor concertó con la Caja en 1.954, vigente desde la extinción del anterior; que, por tal motivo, no hubo sustitución de patrono. A lo cual observa el acusador que la declaración es opuesta al decreto 198 de 1.945, que no ordenó la liquidación del Banco sino su administración por la Caja, ejercida por ella hasta la expedición del decreto 1529 de 1.954, que fue el que ordenó la liquidación del Banco.

I I. Cesantía.

Dejó de apreciar el Tribunal -dice el recurrente- la liquidación del auxilio de cesantía (fl. 5) de la cual aparece que la Caja sólo tuvo en cuenta el tiempo que estuvo a su servicio el demandante, dejando por fuera el tiempo servido al Banco. Da a entender que, probada la sustitución patronal, ha debido condenar a la Caja al pago de la prestación por el tiempo en que el demandante trabajó en el Banco, incurriendo en error de hecho por no haber tomado en cuenta la liquidación en referencia. El error condujo a la violación de los arts. 249, 250, 252, 253 y 254 del C.S.T. y arts. 14 de la ley 10 de 1.934, 12 de la ley 6a. de 1.945, 1o. y 2o. de la ley 65 de 1.946 y 1o. del Decreto 616 de 1.954.

I I I. Vacaciones

Acusa el cargo error de hecho en la apreciación de las pruebas citadas en el capítulo I y señala como normas violadas las contenidas en los arts. 186, 187 y 189 del C.S.T. Para demostrar su quebranto dice el recurrente que aduce los mismos argumentos expuestos a propósito de la sustitución patronal, y agrega: "en vigor el contrato de 1o. de diciembre de 1.938, en curso el período de 360 días, que habían empezado a correr, mal podía la Caja desconocer ese contrato e imponer uno nuevo, con desconocimiento del derecho del empleado, a quien se le debía respetar el resto del tiempo, hasta completar los 360 días. Tiempo que, casada la sentencia, tendría que reconocer la Corte, ordenar el pago de las vacaciones y el reajuste de las anteriores, teniendo en cuenta el valor de todas las ventajas del empleado, que deben entrar en el cómputo del valor de su salario".

IV. Primas de servicio.

Dice el acusador:

"La violación tiene por fundamento el no haberse ordenado el pago de la prima de servicio. Las relaciones contractuales laborales entre mi defendido y la Caja, se regían o habían de regirse por el contrato de 1o. de diciembre de 1.938". Según su cláusula sexta, el plazo estipulado era el de 360 días, que debía prorrogarse por el mismo período, si el contrato no era cancelado a la fecha de su vencimiento. "Cuando Durán fue despedido según carta del 23 de junio de 1.954, estaba en curso una de las múltiples prórrogas de 360 días a que dió origen el contrato primitivo y la obligación de respetarlo por la Caja, a virtud de la sustitución de patrono. En curso la prórroga, para despedir al empleado era necesario respetarle su situación contractual, su derecho a ser empleado hasta el vencimiento de los 360 días. Al vencerse el plazo, tenía derecho a la prima de servicio, cosa que no le reconoció el Tribunal, con flagrante violación del art. 306 citado". Se produjo la infracción por error de hecho en la estimación de las pruebas que cita al tratar de la sustitución patronal.

V. Perjuicios por lucro cesante.

Expone el recurrente: "Acuso la sentencia por error de hecho evidente en la apreciación de la prueba, que llevó al juzgador a abstenerse del pago de sueldos por el resto del tiempo de la prórroga que se había iniciado....." Y agrega: Conforme al contrato de 1.938 (cláusula sexta), vencidos los 360 días del plazo, se iniciaba otro por ese término, contado desde el 1o. de diciembre de cada año. Cuando el actor fue despedido (23 de junio de 1.954) faltaban 180 días para el vencimiento del plazo de la nueva prórroga. Despedido el demandante, "ha debido reconocérsele los salarios por el tiempo restante para cumplirse la estipulación contractual", y como así no se hizo, violó la sentencia los arts. 14, 15, 16, 22, 23, 24, 25, 27, 43, 127, 132, 133, 139 y 142 del CST.

Continúa el recurrente: no puede alegarse que para junio de 1.954 regía un nuevo contrato, "porque habiéndose estipulado en él condiciones lesivas para el trabajador, que estaba en uso de una prórroga contractual, las nuevas condiciones eran inválidas, por ser más gravosas que las señaladas en el contrato vigente y en vía de cumplirse una nueva prórroga". "Es verdad que durante la vigencia de la última prórroga a Durán se le sorprendió haciéndole firmar nuevo contrato, con cláusula de preaviso, estipulación unilateral que no puede lesionar el derecho del trabajador a que se le reconociera todo el tiempo de la prórroga.....".

El opositor rebate el cargo en estos términos:

En relación con la sustitución patronal manifiesta que no está debidamente probada en el juicio. No basta -dice- que en el contrato entre el actor y la Caja se haya dejado constancia de que Durán empezó a prestar sus servicios como Secretario del Banco Agrícola a partir del 15 de agosto de 1.938 y que con fecha 12 de abril de 1.945 fuera trasladado a la Caja, Sucursal de Cúcuta, para deducir que las dos entidades son una sola. Es bien sabido que el Banco no se ha liquidado y aún subsiste. Por tanto, la tesis del Tribunal, es acertada.

Con referencia a la prueba presentada por el actor en segunda instancia (fls. 24 a 30), integrada por copias tomadas de otro juicio entre las mismas partes, destinada a demostrar la sustitución patronal, anota el opositor que el Tribunal se

limitó a ordenar su incorporación a los autos; que no es pertinente acusar el fallo por falta de apreciación del documento, porque no fue prueba decretada en el juicio y producida con las formalidades de rigor, ni, por consiguiente, podía ser estimada en la sentencia.

Insiste mucho el recurrente -agrega el opositor- sobre el contrato suscrito entre el actor y el Banco, diciendo que como allí se fijó un plazo de 360 días, prorrogable por el mismo lapso, no podía Durán suscribir otro contrato con la Caja. Al respecto el impugnante incurre en contradicción, pues por una parte pretende que hubo sustitución de patronos, y por la otra, que el segundo contrato debe considerarse insubsistente. Observa al respecto, que si la empresa siguió siendo la misma, no hay razón para sostener que no podía el actor celebrar nuevo contrato con ella, y si lo hizo, aceptando todas las condiciones del segundo, quiere ello decir que cancelaba sus antiguas obligaciones contractuales. La vinculación del demandante con el Banco no podía ser vitalicia, como parece entenderlo el acusador. La ley señala a los contratos de trabajo un término máximo y otro mínimo de duración, para impedir que el trabajador se vincule indefinidamente al patrono. No se entiende -agrega- cómo si Durán dejó de trabajar con el Banco desde 1.945 y suscribió nuevo contrato con la Caja en mayo de 1.954, aceptando el tiempo anterior de servicios desde el 12 de abril de 1.945, sólo nueve años después y terminado el contrato con la Caja, descubra que el primero fue violado por ésta y engañado por ella, y que solo ahora se dé cuenta de que sus condiciones anteriores eran mejores.

LA CORTE CONSIDERA:

1. El hecho 1o. de la demanda inicial afirma que el 15 de agosto de 1.938, el demandante Durán entró a trabajar como Secretario del Banco Agrícola, cargo que ejerció hasta el 12 de abril de 1.945; y el 2o., que en la última de estas fechas, por haberle confiado el Gobierno la administración del Banco a la Caja, el actor fue trasladado al mismo empleo en dicha entidad. La respuesta a la demanda aceptó como ciertos los dos hechos.

El documento del folio 18 recoge un contrato de trabajo celebrado entre el demandante y la Caja, suscrito el 6 de mayo de 1.954. En su texto se lee la declaración de que Pedro L. Durán comenzó a prestar sus servicios como Secretario del Banco Agrícola Hipotecario, a partir del 15 de agosto de 1.938 y que con fecha 12 de abril de 1.945 fue trasladado a la Caja Agraria de Cúcuta, "y continúa en el mismo cargo".

La confesión espontánea contenida en la respuesta a la demanda y el contrato con la Caja, demuestran que el demandante laboró al servicio de los dos establecimientos bancarios, sin solución de continuidad, del 15 de agosto de 1.938 al 6 de mayo de 1.954. De esos hechos se deduce, con claridad, que hubo cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador al servicio del nuevo patrono, bajo el mismo régimen contractual iniciado en agosto de 1.938. Concurrieron, pues, los tres presupuestos que, según la jurisprudencia, estructuran la institución del derecho social, denominada sustitución de patronos. Es esa la doctrina dominante, tanto bajo el régimen de la ley 6ª. de 1.945 (art. 8o.) y su

decreto reglamentario 2127 del mismo año (arts. 53 y 54), como en la legislación posterior, contenida en el Código del Trabajo (arts. 67 y 68).

2. El contrato de trabajo con el Banco no se extinguió en abril de 1.945, como lo sostiene el Tribunal. Las anotaciones que hace la convención laboral con la Caja, de mayo de 1.954, no llevan a tal conclusión, al contrario, reafirman la continuidad de los servicios a los dos establecimientos bancarios, entre agosto de 1.938 y mayo de 1.954. Resulta contradictoria la tesis del Tribunal al aceptar, por una parte, que la Caja tomó la administración del Banco y al declarar por la otra que éste continuó sus propios negocios con independencia de la Caja.

No es lógico el razonamiento, pues si una empresa confía a otra la administración de sus negocios, la primera queda excluída de toda ingerencia en su manejo, quedando la segunda encargada de su gestión.

El argumento de que el Banco no se extinguió por haber pasado su administración a la Caja, no es un hecho que impida la sustitución patronal, como lo entiende el fallador, criterio que comparte el opositor. La trasmisión del dominio de la empresa de un patrono a otro, evento en que el sustituído desaparece, es una de las causas del fenómeno, pero no exclusiva, ya que no solo la enajenación de la empresa conduce a la sustitución sino cualquier otro título, como el simple cambio del régimen de administración. Es este el sentido de la ley orgánica de la institución, tanto de la antigua como de la nueva.

3. De lo expuesto se concluye que el ad quem incurrió en el error de hecho que el cargo le atribuye, y en consiguiente violación de las normas legales sobre sustitución de patronos y cesantía. La negativa tuvo por consecuencia el rechazo de la condena al pago de la citada prestación, pues el patrono sustituto, según el comprobante del folio 5, pagó al actor únicamente la correspondiente al tiempo en que estuvo a su servicio, sin computar el prestado al patrono sustituído.

En cuanto a la prestación de que se trata, prospera el cargo. Por tanto, se casará la sentencia para ordenar lo que sea procedente.

4. La prórroga del contrato de trabajo celebrado por el actor con el Banco, de que habla su cláusula sexta, de cuyo desconocimiento deduce el recurrente el rechazo de las súplicas sobre condena por vacaciones y primas de servicio, nada tiene que ver con las deudas por tales conceptos.

La validez e ineficacia del contrato mencionado, no fue lo que determinó la decisión sobre las dos peticiones, sino consideraciones distintas, a saber: respecto de vacaciones, la de que la Caja le canceló al trabajador el descanso en tiempo, según consta en autos (fls. 24 a 29), y en relación con primas de servicio, que le canceló las causadas en los tres últimos años de labores (junio de 1.952 a junio de 1.954), como lo acredita el documento del folio 5.

Pretende el acusador que la condena por vacaciones abarque el período total de servicios a los dos patronos. No está de acuerdo la pretensión con la súplica correspondiente de la demanda inicial. Solicita ésta el pago de la obligación, mas concretamente su reajuste, por los servicios prestados en los tres últimos años. No sobra anotar que la demanda de instancia (hecho 3o.) afirma que con motivo de la sustitución de patronos, quedaron solucionadas las deudas exigibles a cargo del antiguo empresario, a excepción de la cesantía. Así las

cosas, no puede exigir el acusador que la condena por vacaciones comprenda el tiempo servido al patrono sustituido. Conviene agregar que no se aviene la exigencia con el alcance que a la impugnación señala el recurrente, pues lo que en ella solicita es el reajuste y no el pago total de la obligación.

En lo concerniente a primas de servicio, prestación vigente desde 1.950, con nombre distinto antes de la vigencia del Código, tampoco es pertinente sostener -como lo hace el recurrente- deuda pendiente por tal concepto desde 1.950 hasta la terminación del contrato, pues el patrono sustituto pagó las causadas de junio de 1.952 a junio de 1.954, como lo acredita la prueba de que hace mérito el Tribunal. En el supuesto de que la Caja no hubiera cancelado las primas anteriores a junio de 1.952, la acusación es inadecuada para demostrar que la deuda por dicho concepto, por el lapso transcurrido de 1.950 a la fecha expresada, se halla insoluta.

Como consecuencia de lo expuesto, no es viable el cargo por los aspectos examinados.

5. La acusación contra la sentencia por no haber acogido la petición sobre condena al perjuicio por lucro cesante, equivalente a 180 días de salario, carece de toda consistencia. Los argumentos que la sustentan no resisten el menor análisis.

En efecto: la facultad para dar por terminado el contrato celebrado por el demandante con la Caja, según su cláusula tercera, fue concedida a ambos contratantes, y no únicamente a la Caja, como lo sostiene el recurrente. Es una simple afirmación de éste la de que la Caja sorprendió al demandante para que firmara el contrato, dando a entender que fue obligado a ello por la nombrada entidad y, por consiguiente, que la convención es nula, por que el uso de la fuerza vició el consentimiento del trabajador. Un hecho de tal significación no se presume. Requiere la debida comprobación, respecto de la cual no obra en el proceso ningún elemento de juicio.

Conviene observar que el derecho a la indemnización de perjuicios por ruptura ilegal del contrato lo establece el art. 64 del Código, que no figura en la lista de los que el impugnante cita como violados. A la ineficacia de los argumentos examinados, se une esta otra deficiencia, por sí sola suficiente para el rechazo de la acusación.

FALLO DE INSTANCIA.

En el examen del cargo la Sala llegó a la conclusión de que el tiempo servido a los dos patronos fue el siguiente: del 15 de agosto de 1.938 al 11 de abril de 1.945 al Banco Agrícola, y del 12 de abril de 1.945 al 6 de mayo de 1.954, a la Caja de Crédito. El contrato con ésta se prolongó hasta el 30 de junio de 1.954, fecha en que le puso término, en uso de la cláusula de reserva, como resulta de la convención laboral (cláusula 3a.) y de la nota para el empleado obrante al folio 19.

El actor solicita la condena de la entidad demandada, previo reajuste, del auxilio de cesantía, por todo el tiempo de trabajo a los dos establecimientos bancarios, agregando al sueldo fijo lo que corresponda por primas, bonificaciones y horas extras.

Acerca de la petición, la Sala observa:

a) Servicios a la Caja.

La liquidación del folio 5 acredita que la entidad le pagó al demandante la suma de $6.042, 94, valor de la prestación por el tiempo que estuvo a su servicio. Para liquidarla agregó al sueldo fijo la partida correspondiente por primas y bonificaciones, que consideró como parte del salario. No hubo otro incremento de éste, pues la solicitud por horas extras no prosperó en las instancias, por falta de pruebas, ni fue materia de debate en casación. No es, pues, el caso de acceder al reajuste de la cesantía, ni, de consiguiente, a modificar la liquidación de que se trata.

b) Servicios al Banco Agrícola.

Aspira el demandante, con base en la sustitución patronal, a que la Caja sea condenada al pago de la cesantía por el tiempo en que trabajó en el Banco.

Sobre el particular deben hacerse estas consideraciones:

La cesantía por tiempo servido antes de la vigencia del Código del Trabajo (1o. de enero de 1.951), respecto de trabajadores que tuvieron restringido el derecho, debe liquidarse conforme a la legislación anterior a la fecha en que entró a regir el mencionado estatuto (art. 252 del C. S. T.).

En el asunto litigioso el contrato de trabajo se inició en 1.938 y terminó en 1.954, por lo cual quedó bajo el imperio de la legislación vigente en la primera de las fechas citadas (leyes 10ª. de 1.934, decreto 2350 de 1.944, ley 6a. de 1.945 y 65 de 1.946). El decreto 2350, en el literal f) de su art. 8o. otorga el derecho a la cesantía en caso de despido del trabajador que no sea originado por mala conducta o incumplimiento del contrato, y dispone su parágrafo que para liquidar la prestación por tiempo de trabajo anterior al decreto, si la extinción del contrato es posterior a su promulgación, se apliquen estas reglas: 1a. En caso de despido del trabajador sin justa causa o cuando se retire por falta grave del patrono, se tomará en cuenta el tiempo anterior de servicios hasta por cinco años; y 2a. En los demás casos de extinción del contrato, se tomará en cuenta el tiempo anterior hasta por tres años.

En el presente juicio el contrato terminó por voluntad unilateral del patrono sustituto, tomada en uso de la cláusula de reserva, es decir, en virtud de una causa legal. En consecuencia, el trabajo anterior a la vigencia del decreto 2350 (16 de octubre de 1.944), quedó regido por la regla 2a., literal f) de su art. 8o. También quedó sometida la convención laboral a la ley 6a. de 1.945, que en su art. 12, literal f), establece el auxilio en los mismos términos previstos en el decreto 2350, y cuyo parágrafo instituye reglas iguales a las del decreto en cuanto al cómputo del tiempo por trabajo anterior a su vigencia (19 de febrero del año citado). Una nueva norma trae el art. 12 de la Ley, en su disposición final, respecto de empleados que lleven más de diez años de servicio; ordena el pago de la prestación por todo ese lapso, en caso de retiro voluntario. No opera el mandato en referencia, porque el caso de autos no encaja en la hipótesis que contempla.

La ley 65 de 1.946 (parágrafo de su art. 1o.) otorgó al trabajador particular el derecho a la cesantía con prescindencia de las causas de extinción del vínculo, establecidas en la legislación anterior. Ese estatuto, como es obvio, ri-

ge para los contratos terminados bajo su imperio. Debe anotarse lo siguiente: el precepto dispone que para la cesantía se apliquen los arts. 12 y 36 de la Ley 6a. de 1.945, y ya se ha visto cuáles son las restricciones que contiene su artículo 12, parágrafo del literal f), en relación con el servicio prestado antes de la vigencia de la ley.

La Ley 65 no menciona el decreto 2350, pero es claro que el silencio no tiene el mérito de extinguir el derecho que a la cesantía otorga el estatuto de 1.944 por servicios prestados antes de la fecha en que entró a regir.

El decreto 1160 de 1.947, reglamentario de normas de las leyes 6a. de 1.945, 64 y 65 de 1.946 y del decreto 2350 de 1.944, dispone en su art. 3o. que la cesantía al empleado particular, a partir de la vigencia de la ley 65 de 1.946, se liquide, desde el 16 de octubre de 1.944, fecha en que entró en vigor el decreto 2350, cualquiera que sea el tiempo servido y la causa de terminación del contrato.

La Sala observa: si el trabajo anterior a la ley 65, que puede serlo también antes del decreto 2350, debe liquidarse desde la vigencia de éste (16 de octubre de 1.944), quedaría por fuera el tiempo de servicio prestado con anterioridad al nombrado estatuto, sin consideración a lo dispuesto tanto en el parágrafo de su art. 8o., como en el parágrafo del art. 12 de la Ley 6a. de 1.945, cuyas normas se dieron a conocer en pasaje anterior de este fallo. Si tal es la inteligencia del art. 3o. del decreto reglamentario, como se desprende de su tenor literal, no se conforma a las normas de derecho material que desarrolla, porque de acuerdo con su contenido, debe computarse, para liquidar la prestación de que se trata, el servicio prestado antes de su vigencia, por períodos de cinco o de tres años, según la causas de extinción del vínculo. En todo caso, en vista de lo dispuesto en el art. 252 del C.S.T., posterior al decreto 1160, es preciso sujetarse a su mandato, al tenor del cual debe aplicarse la legislación anterior a la vigencia del actual Código del Trabajo para los trabajadores que tuvieron restringido el derecho a la cesantía, en casos como el que contempla la presente litis.

De acuerdo con lo expuesto, el tiempo de servicio que en el evento de autos debe computarse, por trabajo prestado al Banco Agrícola, inmediato antecesor del establecimiento bancario demandado, es el comprendido entre el 16 de octubre de 1.941 y el 11 de abril de 1.945 (3 años, 5 meses, 25 días).

En el proceso no hay más datos sobre cuantía del salario ni de sus variaciones en los tres últimos años, que el contenido en la liquidación de la Caja de Crédito Agrario, de que ya se hizo mención. El que registra como promedio mensual en el último año, es el de $687,50, y en el año inmediatamente anterior, el de $640,oo. Con aplicación del art. 253 del C.S.T., se tomará la segunda base salarial para liquidar la cesantía. El importe de ésta por servicios prestados al Banco Agrícola, durante el lapso ya indicado, efectuadas las correspondientes operaciones aritméticas, es la suma de $2.231,10.

Se impone la condena en costas a cargo del vencido, pero como la demanda solo ha prosperado en parte, la Sala, en uso de facultad legal, la fija en un 25%.

RESOLUCION.

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 auto-

ridad de la Ley, CASA la sentencia recurrida en cuanto absuelve a la entidad demandada de la condena al pago de la cesantía por todo el tiempo servido al Banco Agrícola Hipotecario, revoca sobre el mismo punto el fallo de primer grado, y, en su lugar, resuelve:

1o. Condènase a la Caja de Crèdito Agrario, Industrial y Minero, Sucursal de Cúcuta, a pagar a Pedro L. Durán, mayor de edad y vecino de la nombrada ciudad, por saldo de cesantía, la suma de dos mil doscientos treinta y un pesos con diez centavos moneda legal ($2.231,10), que deberá cancelarle dentro de los tres días siguientes al de ejecutoria de este fallo.

2o. Condènase al mismo establecimiento bancario en las costas causadas en las instancias, en un veinticinco por ciento.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso de casaciòn.

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

Luis Alberto Bravo. - José Joaquín Rodríguez. - Roberto de Zubiría C. - Luis Javier Mariño, Conjuez. Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION SOBRE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE COMISIONES SOBRE VENTAS, REAJUSTE DE CESANTIA Y PRIMAS DE SERVICIO. CLAUSULAS CONTRACTUALES INEFICACES. LA CORRESPONDENCIA ENTRE COMERCIANTES COMO MEDIO PROBATORIO. INFUNDADA ALEGACION DE ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO.

La correspondencia entre comerciantes no está sometida a formalidades especiales, y por tanto no le es aplicable al caso de autos el artículo 657 del Código Judicial, que trata exclusivamente de los instrumentos públicos y de los documentos privados otorgados en país extranjero cuando la ley del lugar regula el modo como deben ser extendidos, en orden a garantizar las obligaciones en ellos estipuladas. Así, pues, no se configura el error de derecho que alega el recurrente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, veintiuno de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

OSCAR TORRES GOMEZ, por conducto de opoderado, demandó a la sociedad "Leonidas Lara e Hijos Limitada", con domicilio en Bogotá, para que por los trámites de un juicio ordinario de trabajo se declarara que las cláusulas de los contratos de fechas 27 de febrero de 1.952 y 12 de enero de 1.953, que sean contrarias a las leyes, no producen efecto, y se condenara a la sociedad demandada a pagar al demandante la suma de $ 45.352.99, o lo que se probare en el juicio, a título de salarios no pagados por comisiones de pedidos al exterior correspondientes a la sección de maquinaria industrial y los intereses de dicha suma; a revisar la liquidación del auxilio de cesantía y a pagar la indemnización moratoria y las costas del juicio.

Dijo en su demanda que trabajó al servicio de "Leonidas Lara e Hijos" como Jefe de la Sección de Maquinaria Industrial, desde el 18 de junio de 1.951 hasta el 20 de mayo de 1.953, tiempo durante el cual las partes regularon sus relaciones por los contratos de fechas 27 de febrero de 1.952 y 12 de enero de 1.953, que fijaron la remuneración del demandante así: sueldo básico $ 1.000.00 mensuales y comisiones por venta sobre pedidos directos al Exterior del 10 % durante la vigencia del primer contrato y del 5 % durante la del segundo; los negocios perfeccionados y ejecutados mientras prestó sus servicios fueron los siguientes: a). Con la firma LE PAGE URBAIN, la venta al Departamento del Valle de una destilería, por valor de UN MILLON TRESCIENTOS CUARENTA MIL DOLARES (U.S.$1.340.000.00), el 25 de febrero de 1.952. b). Con la firma THE THEW SHOVEL COMPANY la venta de dos palas 150 a la firma CAMPEON BERNARD COMPANY, en abril de 1.953, por valor de CINCUENTA Y

UN MIL VEINTE DOLARES (US. $51.020.00). c). Con la firma ATELIERS DE CONSTRUCTIONS ELECTRIQUES DE CHARLEROI (A.C.E.C.), la venta de transformadores a las Empresas Unidas de Energía Eléctrica de Bogotá, S.A., por valor de SEISCIENTOS SETENTA MIL FRANCOS BELGAS (670.000.00 F. B.). Los demandados recibieron las siguientes comisiones: por el negocio de Le Page Urbain, la suma de U.S.$165.088 dólares; por el de The Thew Shovel Company U.S.$4.402 y por el de Ateliers de Constructions Electriques de Chaleroi, US.$13.400; las participaciones y comisiones del demandante, teniendo en cuenta el valor de las que recibieron los demandados sobre los respectivos pedidos al exterior y el porcentaje estipulado en los contratos, alcanzan a la cantidad de US$18.068.98, que, convertida al cambio oficial, corresponde a $45.352.99; el actor, por medio de carta del 10 de abril de 1.956, recibida en la oficina de información de la sociedad demandada el 18 de los mismos mes y año, pidió el pago de las sumas que ésta le adeudaba, así como la revisión de la liquidación del auxilio de cesantía, lo cual le fue negado en contestación verbal que le dió el señor Alvaro Melgarejo, Jefe de Personal; el demandante, al recibir el auxilio de cesantía, que se le liquidó sobre un sueldo básico más las comisiones o participaciones distintas a las que cobra por medio de la demanda, dejò constancia de que tal liquidación quedaba "sujeta a reajuste una vez que Leonidas Lara e Hijos esté en capacidad de liquidarle las comisiones por pedidos directos al exterior y que no han sido recaudados por la Casa"; la demandada no ha pagado las sumas que se le cobran ni ha puesto su valor a disposión del demandante, ni lo ha consignado.

En derecho citó los artículos 2o., 5o., 9o., 13, 14, 18, 19, 21, 22, 23, 27, 32, 43, 64, 65, 127, 132, 142, 249 y demás concordantes del C.S.T. y de las leyes y decretos que lo adicionan.

La sociedad demandada, en la contestación de la demanda, admitiò algunos de los hechos, negó otros en sí mismos, o por la forma en que se exponían en el libelo, o por no tener conocimiento de ellos.

Se opuso al derecho invocado por el actor y al efecto adujo las siguientes razones:

"I. No haber intervenido el actor en las operaciones a que se refiere la demanda y no haberse colocado ni tramitado los pedidos por medio de la Sección de Maquinaria Industrial, que era la que estaba a cargo del demandante.

"II. No tener derecho el demandante a los porcentajes convenidos primero para comisiones y luègo para efecto de gastos de representaciòn sino entratándose de recaudaciones correspondientes a negocios iniciados y perfeccionados durante el tiempo de servicio del demandante.

"III. No tener derecho el demadante a las comisiones pactadas sino sobre negocios correspondientes a mercancías ya entregadas a los compradores o adquirentes".

El Juzgado Sexto del Circulo del Trabajo de Bogotá, que conoció del negocio, lo decidiò así:

"Primero. No hay lugar a declarar la nulidad invocada en la primera petición del libelo de demanda.

"Segundo. Condénase a la sociedad "LEONIDAS LARA E HIJOS LIMITADA", con domicilio en Bogotá y representada por uno cualquiera de los señores Luis A. Lara Borrero, Rómulo Lara Borrero u Oliverio Lara Borrero, a pagar al actor OSCAR TORRES GOMEZ, persona mayor de edad y vecina de esta ciudad, las siguientes cantidades de dinero y por los conceptos que a continuación se expresan:

"a). La de tres mil trescientos ochenta dólares con ochenta y un centavos (U.S. $ 3.380.81) por concepto de comisión en la venta de la maquinaria de destilería al Departamento del Valle, pagadera en moneda colombiana al cambio oficial el día 21 de abril de 1.953;

"b). La suma de ciento sesenta y cinco dólares con ochenta y un centavos (U.SS.$165.81) por concepto de comisión en la venta de la pala L-50J serie 24703 a Campeno Bernard de Colombia Limitada, pagadera en moneda colombiana al cambio oficial vigente el día 21 de abril de 1.953;

"c). La suma de quinientos sesenta y ocho dólares con noventa y tres centavos (U.S.$568.93) por concepto de reajuste del valor del auxilio de cesantía, pagadera en moneda colombiana al cambio vigente el día 21 de abril de 1.953, y

"d). La suma de noventa dólares con treinta y dos centavos (U.S.$90.32) por concepto de reajuste del valor de la prima proporcional de servicios del primer semestre de 1.953, pagadera en moneda colombiana al cambio oficial vigente el día 21 de abril de 1.953.

"Tercero. Absuélvese a la sociedad demandada "Leonidas Lara e Hijos Limitada", de las demás peticiones formuladas en el libelo de demanda por el actor Oscar Torres Gómez.

"Cuarto. Condènase en costas a la parte demandada".

Ambas partes apelaron ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral. Este, en su fallo, decidió el recurso así:

"1º. REVOCASE el numeral primero de la sentencia y en su lugar DECLARASE que no produce efecto alguno la cláusula Décimo-Sèptima del contrato de trabajo firmado entre las partes con fecha veintisiete de febrero de mil novecientos cincuenta y dos, por ser contraria a la ley sustantiva del trabajo y de conformidad con lo dicho en la parte motiva de este fallo.

"2º. MODIFICASE el ordinal a) del numeral segundo de la sentencia apelada en el sentido de condenar a la sociedad LEONIDAS LARA E HIJOS LTDA. a pagar a OSCAR TORRES GOMEZ, DOLARES quince mil trescientos veintiseis con noventa y dos (U.S.$15.326.92) por concepto de la comisiòn en la venta de la maquinaria de destileria efectuada por Le Page Urbain y Cia. de París al Departamento del Valle con la intervención de Leonidas Lara e Hijos Ltda., al cambio oficial que estuviera rigiendo en Colombia en 30 de abril de 1.952 (pago que se efectuará en moneda colombiana).

"3º. CONFIRMASE el ordinal b) del numeral segundo del fallo apelado.

"4º. MODIFICASE el ordinal c) del mismo numeral segundo de la sentencia apelada en el sentido de condenar a LEONIDAS LARA E HIJOS LTDA. representada por uno cualquiera de los señores Luis A. Lara B., Rómulo Lara B. u Oliverio Lara B. a pagar a OSCAR TORRES GOMEZ, el equivalente en mone-

da colombiana de US$ 2.485.23 (dos mil cuatrocientos ochenta y cinco con veintitrés dólares) liquidados de conformidad con el cambio oficial existente el 20 de mayo de 1.953.

"5º. CONFIRMASE el ordinal d) del numeral segundo de la sentencia apelada.

"6º. CONFIRMASE los numerales tercero y cuarto del mismo fallo apelado.

"7o. SIN COSTAS en esta instancia".

Contra el fallo de segunda instancia recurrió en casación el apoderado de la sociedad demandada. Concedido el recurso, admitido y tramitado legalmente, va a decidirse previo el estudio de la demanda que lo sustenta. No hubo escrito de oposición

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Pretende el recurrente que la Corte CASE la sentencia impugnada y que, procediendo en función de instancia, confirme el ordinal primero y revoque los ordinales segundo y cuarto del fallo de primer grado y que, en consecuencia, absuelva a la sociedad Leonidas Lara e Hijos Limitada de todos y cada uno de los cargos formulados en la demanda de Oscar Torres Gòmez.

LOS CARGOS.

Invocando la causal primera del artículo 87 del C. P. del T., formula el recurrente dos cargos.

Primer Cargo.

Acusa de violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 43 y 142 del C. S. del T., y por falta de aplicación del artículo 132 del mismo Código, a consecuencia de manifiestos errores de hecho. Puntualiza estos así:

a). Dar por demostrado, sin estarlo, que el doctor Oscar Torres Gómez renunció o cedió parcialmente su salario;

b). Dar por demostrado, sin estarlo, que el contrato de trabajo de fecha 27 de febrero de 1.952 estaba vigente en la época a que se refiere el demandante en su libelo; y

c). No dar por demostrado, estándolo, que el contrato del 27 de febrero de 1.952, cuya clàusula decimo-séptima se considera ilegal e ineficaz por el Tribunal, fue anulado y reemplazado por el que suscribieron libremente Torres Gómez y la sociedad demandada el doce de enero de 1.953.

El recurrente hace consistir el error de hecho en la apreciación equivocada de la cláusula décima séptima del contrato de fecha 27 de febrero de 1.952 (folios 9 a 13 del primer cuaderno del expediente) y del que posteriormente celebraron las mismas partes el 12 de enero de 1.953 (folios 16 a 20 ibídem), que anula y reemplaza totalmente al anterior.

Alega el recurrente que la cláusula decima séptima del contrato del 27 de febrero de 1.952 debe relacionarse con las demás estipulaciones sobre comisiones del trabajador en los negocios en que ninguna intervención personal tenía a podía tener; que ningún derecho ha vulnerado dicha cláusula; que sobre ella no

existe ninguna solicitud concreta de la parte demandante; que ninguna consecuencia jurídica se desprende de la nulidad declarada por el fallador, y que, además, el documento en que aparece incluida la referida cláusula fue totalmente reemplazado y dejado sin efecto por el de fecha 12 de enero de 1.953, a cuyas estipulaciones el Tribunal reconoce plena validez. Añade que sobre el falso supuesto de que la cláusula décima-séptima del primer contrato estaba aún vigente cuando terminó la vinculación jurídica de las partes y de que el segundo contrato no anuló ni reemplazó en su totalidad el anterior, hechos alegados como básicos pero que manifiestamente no han ocurrido, el sentenciador aplicó indebidamente los artículos 43 y 142 del C. S., y dejó de aplicar el 132 del mismo Código. Dice finalmente que está demostrado en forma palmaria la incidencia de los errores de hecho en la parte resolutiva de la sentencia inpugnada y la consiguiente violación de los preceptos legales citados, por lo cual debe casarse la sentencia acusada y en su lugar confirmar la de primer grado en cuanto por su ordinal primero dispone que no hay lugar a declarar la nulidad e ineficacia de las estipulaciones contractuales acordadas por las partes.

Se estudia el cargo.

La cláusula décimo-séptima del contrato de fecha 27 de febrero de 1.952 dice:

"Como mientras el trabajador ejerza las funciones de Jefe de la Sección de Maquinaria Industrial el trabajador devengará comisiones solamente sobre las ventas que hagan esa Sección y las Sucursales que la Firma tiene establecidas en el país, de conformidad con lo establecido en este contrato, expresamente se estipula, para abundar en claridad, que el trabajador no tendrá derecho a reclamar comisiones sobre las recaudaciones que se hagan después de su retiro voluntario o involuntario del cargo de Jefe de la Sección de Maquinaria Industrial o de ser trasladado a otro cargo, aún cuando tales recaudaciones provengan de negocios iniciados y perfeccionados por el trabajador durante el tiempo en que fue Jefe de la citada Sección de Maquinaria Industrial".

En torno a esta cláusula el Tribunal observa lo siguiente:

"En primer lugar se observa una abierta contradicción entre el contenido de la primera parte de esta cláusula y el resto pues al paso que se comienza por afirmar que el trabajador -mientras ejerza funciones de Jefe de la Sección de Maquinarias- devengará comisiones sobre las ventas que haga esta Sección y las sucursales, más abajo se dice que no tendrá derecho a percibir los porcentajes correspondientes a aquellas ventas que él mismo -y en el carácter ya indicado- hubiera "iniciado y perfeccionado", cuando las recaudaciones se hicieran después de la terminación del contrato de trabajo. Esta cláusula, a todas luces es ilegal, porque si el salario es la retribución del servicio convenido y si por otra parte en la cláusula décimo quinta se estipuló que para tener derecho a exigir las comisiones convenidas en las anteriores cláusulas lo indispensable era que las ventas estuvieran completamente perfeccionadas, esto es, que se hubiera verificado la entrega física de la mercancía a satisfacción del comprador, no se ve la razón para que más adelante se desconozca lo acordado en esta cláusula y se diga que aún por aquellas ventas perfeccionadas por el trabajador no tiene derecho a recibir las comisiones si estas se recaudan con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo. Ahora bien: el derecho al salario es irrenunciable y no se puede ceder en todo ni en parte, a título gratuito ni oneroso,

prescribe el art. 142 del C. S. del T. a mas de que el mismo estatuto dispone que en los contratos de trabajo no producen ningùn efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relaciòn con lo que establezca la legislación del trabajo etc. De manera que la declaración pedida, en parte prospera por cuanto la clàusula decima-sèptima del contrato que se ha estudiado, no produce efecto alguno".

"No cabe predicar lo mismo en cuanto se relaciona con las cláusulas décimo quinta y décimo sexta del contrato de folios 16 a 20 pues del texto de las mismas no aparece renuncia alguna por parte del trabajador. Pues si bien es verdad que en la primera cláusula ya nombrada se reservó la parte demandada la facultad de modificar los porcentajes en determinados casos (véase segunda parte del ordinal b) fol. 19) se explica si se considera que lo que tuvieron en cuenta las partes fueron los casos de excepción en los cuales la firma demandada tuviera que efectuar algunas ventas por debajo de los precios previamente fijados a las mercancías, pues es claro suponer que en este evento las comisiones acordadas de antemano por los contratantes, tenían que variar al ser modificados los precios de las ventas. Y no obstante que en la décima sexta cláusula se convino en que no habría derecho a percibir porcentajes por parte del actor, después de la terminación del contrato de trabajo lo evidente es que se dijo, en forma clara, que tal hecho solo podría ocurrir en lo relacionado con las negociaciones que hubieran sido iniciadas por el trabajador y "perfeccionadas" despúes de su retiro.

"La circunstancia de que la demandada al pactar con el actor que tendría derecho a percibir por comisiones sobre ventas de pedidos al exterior, aunque no las hiciera directamente él, sino la firna Leonidas Lara e Hijos, no le resta fuerza a la conclusión anterior porque lo cierto es que se tuvo en cuenta, especialmente, que el demandante era el Jefe de la Sección de Maquinaria Industrial y de ésta hacian parte muchos de los elementos que la demandada vendia a terceros y por cuenta de firmas extranjeras, como se verá más adelante".

De la transcripción anterior aparece con claridad que el Tribunal, para resolver la súplica primera de la demanda, tuvo en cuenta los contratos de trabajo celebrados entre las partes, el 27 de febrero de 1.952, (folios 9 a 13 del primer cuaderno) y el 12 de enero de 1.953. (folios 16 a 20 ibídem), dando por sentado desde luego que tanto el uno como el otro tuvieron vigencia en los respectivos períodos. Pero en modo alguno desconoce que el segundo dejó sin efecto y sustituyó al primero ni que, de consiguiente, era aquél el que regio cuando terminó la vinculación jurídica entre el demandante y la sociedad demandada. Lo cual, como es obvio, no tenía ni podía tener el alcance que pretende asignarle el recurrente en el sentido de que el contrato del 27 de febrero de 1.952 nunca tuvo existencia jurídica, ya que la determinaciòn de anularlo, equivalente en este caso a la de cancelarlo o remplazarlo o dejarlo sin efecto, solo podía tener consecuencias hacia el futuro.

En el libelo de demanda a que alude el recurrente se dijo en el hecho tercero: "Durante el tiempo de servicios, las partes regularon sus relaciones jurídico laborales por los contratos escritos de fecha 27 de febrero de 1.952 y de fecha 12 de enero de 1.953". Este hecho fue contestado así: "Al tercero. No es cierto en la forma expuesta, pues la verdad es que existieron tres contratos escritos de trabajo, el primero de fecha 18 de junio de 1.951, el segundo de fecha 27 de febrero de 1.952 y el tercero de fecha 12 de enero de 1.953 (subraya la Corte.).

Así, la propia entidad demandada confiesa que el contrato de fecha 27 de febrero de 1.952 fue uno de los que regularon las relaciones de las partes.

Por tanto, si dicho contrato tuvo vigencia, su cláusula decima-séptima fue susceptible de producir efectos en su tiempo, y por ello la declaración de ineficacia hecha por el fallador no es necesariamente inocua, según lo sostiene el recurrente.

Ahora bien, basta examinar el texto de la referida cláusula para advertir que evidentemente ella contiene la renuncia a una parte del salario a que tenía derecho el demandante en cuanto lo excluye de participación o comisión respecto de recaudaciones provenientes de "negocios iniciados y perfeccionados por el trabajador", esto es, aquéllos en los cuales incorporó su personal actividad.

No están, pues, demostrados los errores de hecho que alega el recurrente y, en consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

En este acusa de violación indirecta por aplicación indebida de los artículos 57, regla cuarta, 127, 132, 134, 135, 249, 253 y 306 del C.S.T., y por falta de aplicación del artículo 657 del C.J., a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Errores de hecho.

Como tales señala los siguientes:

"a). Dar por demostrado, sin estarlo, que los negocios de destilería y varios en la época en que Oscar Torres Gómez desempeñaba la Jefatura de la Sección de Maquinaria Industrial pertenecían a esta dependencia;

"b). Dar por demostrado, sin estarlo, que los negocios de venta de destilerías al Departamento del Valle y otras entidades, por intermedio de Leonidas Lara e Hijos, mercancías pertenecientes a Le Page & Cia. de París, formaban parte de los renglones adscritos a la Sección de Maquinaria Industrial de la sociedad demandada en la época en que Oscar Torres Gómez estuvo trabajando al servicio de ésta;

"c). Dar por demostrado, sin estarlo, que la sociedad Leonidas Lara e Hijos recibió por concepto de comisiones en los negocios de destilería de Le Page Urbain & Cia. de París la cantidad de U.S. $153.269.20;

"d). Dar por demostrado, sin estarlo, que la cantidad anteriormente expresada corresponde a las utilidades obtenidas por Leonidas Lara e Hijos en los negocios mencionados;

"e). No dar por demostrado, estándolo, que en el tiempo en que Oscar Torres Gómez ocupó la Jefatura de la Sección de Maquinaria Industrial, existió en la sociedad Leonidas Lara e Hijos un Departamento, autónomo e independiente de dicha Sección, denominado Destilería y Varios, al cual se le confió íntegramente la tramitación de los negocios de Le Page Urbain & Cia. de París y fué atendido inicialmente por el señor Alfonso Martín y luego por don Alfonso Hernández Osuna;

"f). No dar por demostrado, estándolo, que Oscar Torres Gómez recibió de la sociedad Leonidas Lara e Hijos sus prestaciones sociales, liquidadas con base en la totalidad del salario devengado (sueldo fijo y promedio mensual de comisiones) al terminar su contrato de trabajo".

Sostiene el recurrente que los mencionados errores de hecho provinieron de la falta de apreciación de unas pruebas y de la equivocada estimación de otras, que singulariza asi:

1· Pruebas no apreciadas.

a). El ejemplar auténtico de la liquidaciòn de prestaciones sociales que la Sociedad Leonidas Lara e Hijos efectuó al retiro del actor Oscar Torres Gómez con base en lo que devengó por salario fijo, comisiones y gastos de representación y la constacia suscrita por éste sobre el hecho de haber recibido todas las cantidades de dinero expresadas en la liquidación (folio 22).

b). Comunicaciòn del 7 de mayo de 1.952 dirigida por Leonidas Lara e Hijos a Le Page Urbain & Cie. de Paris, en la que le informa que desde el primero de dicho mes y año el señor Alfonso Martìn no forma parte del personal de la empresa demandada y que en adelante será el señor Alfonso Hernández Osuna quien se encargará del Departamento de material de Destilería Le Page Urbain & Cie.. Esta comunicación fue traducida oficialmente por el Ministerio de Relaciones Exteriores (folios 205 y 206 del primer cuaderno).

Pruebas mal apreciadas.

a). Contrato de trabajo del 27 de febrero de 1.952 en cuya cláusula décima-cuarta, punto b) se estipula que el trabajador recibiria un 10% del porcentaje de utilidad que recaudara la empresa sobre pedidos al exterior por cuenta de terceros, porcentaje pagadero en moneda colombiana al tipo del cambio oficial, siempre que los elementos correspondientes pertenecieran a la sección de Maquinaria Industrial; (folios 9 a 13 del primer cuaderno);

b). El contrato del 12 de enero de 1.953, que en sus cláusulas décima-quinta y décima-sexta disponen el pago al demandante de un 5% del porcentaje de utilidad que recaudara la empresa sobre pedidos al exterior, por cuenta de terceros, mediante el lleno de los siguientes requisitos: que las mercancías pertenecieran a la Sección de Maquinaria Industrial reservándose la sociedad demandada la facultad de determinar cuáles máquinas, repuestos o elementos hacian parte de dicha Sección; que el contrato de trabajo estuviera vigente legalmente y no hubiese sido terminado, siendo entendido que no habría derecho al pago de porcentaje sobre negociaciones iniciadas por el trabajador y perfeccionadas después de su retiro o de su traslado a otro cargo; que la sociedad Leonidas Lara e Hijos hubiese recaudado las comisiones de la respectiva empresa vendedora y deducido los gastos para conocer el monto del porcentaje de utilidad por dicho concepto (folios 16 a 20 del primer cuaderno).

c). Posiciones absueltas personalmente por el señor Luis A. Lara B. en las que éste se limitó a reiterar lo que ya se había convertido en el contrato del 12 de enero de 1.953 y a advertir claramente que lo relacionado con los negocios dd destilerìa no correspondía a la Sección de Maquinaria Industrial en el tiempo en que ésta se hallaba bajo la dirección y responsabilidad de Oscar Torres Gómez (folios 53 a 58 primer cuaderno);

d). Testimonios de Hernando Castilla Alvira, Eduardo Gómez, Alvaro Melgarejo, Jaime Buendìa Jaramillo y Gustavo Salguero, que coinciden en la afirmación de que en la sociedad Leonidas Lara e Hijos existía una secciòn denominada de Destilería y Varios, completamente independiente de la Sección de Maquinaria

Industrial, en el tiempo en que ésta estuvo a cargo de Oscar Torres Gómez. Los mismos declarantes dan cuenta de que fue aquella sección (la de Destilería y Varios) la que se encargó de la negociación que se llevó a efecto con el Departamento del Valle para la venta de Maquinaria de Destilería de la Firma de Le Page Urbain & Cie.; que en tal negociación actuaron únicamente los señores Lara Borrero y Alfonso Martín, al principio y luego Alfonso Hernández Osuna, y que todas las cuentas por gastos causados con ocasión de este asunto se cargaron siempre a la Sección de Destilería y Varios (folios 117 a 139, 142 a 156 y 163 a 171 primer cuaderno);

e). Diligencia de inspección ocular en los libros de contabilidad y archivo de la sociedad demandada en la que se estableció que el Departamento de Destilería y Varios tenía independencia absoluta de la Sección de Maquinaria Industrial; que a dicho departamento le estaban adscritos todos los negocios referentes a Le Page Urbain & Cie.; que ni Oscar Torres Gómez ni la Sección de Maquinaria Industrial tuvieron ingerencia ni intervención en los negocios de Destilería, ya que no se encontró un solo documento en que apareciera el demandante gestionando o siquiera informando acerca de esos negocios; que en la contabilidad de la empresa demandada se anotaron por separado y con nomenclatura especial los gastos relacionados con Destilería y Varios; que el catálogo presentado por la parte actora en el curso de la diligencia no fue admitido como auténtico por la sociedad demandada ni se demostró por otros medios la preexistencia en la empresa de tal catálogo; que no se halló ningún asiento contable relativo a las comisiones o utilidades recaudadas por la sociedad Leonidas Lara e Hijos, provenientes de negocios de destilería en representación de Le Page Urbain & Cie. con el Departamento del Valle del Cauca y otras entidades, ni tampoco cifra alguna sobre el valor de las ventas de mercancías de Ateliers de Constructions Electriques de Charleroi y The Thew Shovel Company (folios 66 a 71, 86 a 93 y 98 a 114 primer cuaderno); que en cuanto a la correspondencia entre Leonidas Lara e Hijos con Le Page Urbain & Cie., solo se hace una referencia genérica a las numerosas cartas cruzadas entre ellos, pero no se precisa cuáles son las comunicaciones ni sus fechas ni se transcribe su contenido ni se indica qué personas suscribían las cartas; en lo tocante a la de fecha 4 de marzo de 1.952, dirigida por Alfonso Martín a Le Page Urbain & Cie. de París, se observa que no fue reconocida en su contenido y firma por el señor Martín;

f). La carta circular Número 92004 del 27 de julio de 1.953, suscrita por el Jefe de la Sección de Maquinaria Industrial, señor Enrique Duperly, tomada por el sentenciador como un indicio de que la Sección de Maquinaria Industrial sí tenía a su cargo los negocios sobre pedidos al exterior con las empresas extranjeras ya citadas, apenas sirve para demostrar cuáles mercancías o negocios pertenecían a la Sección de Maquinaria Industrial a partir del 27 de julio de 1.953, pero de ningún modo es apta para acreditar hechos o circunstancias anteriores acaecidas en el tiempo en que Oscar Torres Gómez fue Jefe de la Sección de Maquinaria Industrial (folios 159 a 162, primer cuaderno).

Error de derecho.

Hace consistir el error de derecho en asignarle valor probatorio a los documentos producidos en el extranjero que corren a los folios 189 a 213 del primer cuaderno, sin que se hubiera dado cumplimiento a la solemnidad de su autenticación ante el respectivo agente diplomático o consular de Colombia, o en su defecto ante el de una nación amiga, dejándose de aplicar así el artículo 657 del C. J..

Los citados documentos -añade- contienen extractos de cuenta producidos fuera del país, sin firma responsable, escritos en idioma inglès y francés, y aunque traducidos oficialmente, carecen de valor por faltarles la solemnidad anotada.

Comentando el recurrente concretamente el extracto de cuenta elaborado por Le Page Urbain & Cia., critica el alcance que le dió el fallador, pues en concepto de aquél las cantidades globales a que el extracto se refiere, no indican las utilidades obtenidas por Leonidas Lara e Hijos en el negocio de venta de la Destilería al Departamento del Valle, condición prevista en el contrato para liquidar las comisiones, aparte de que, como lo admite la propia sentencia, no existe prueba sobre la fecha en que la Destilería hubiese sido entregada, ni la relativa al perfeccionamiento del negocio, datos indispensables para poder determinar en qué momento se hacian exigibles las comisiones a que tenía derecho la empresa demandada. Añade que idénticas críticas merecen las conclusiones del Tribunal sobre los otros documentos citados.

Se estudia el cargo.

Tras de un minucioso anàlisis del acervo probatorio el Tribunal, en la sentencia acusada, llega a la conclusión de que la sociedad demandada adeuda al demandante el valor de las comisiones correspondientes a la venta de la maquinaria de Destilería efectuada por Le Page Urbain & Cia., de Paris al Departamento del Valle y en la venta de la Pala L50J serie 24703 a Campenon Bernard Company de Colombia Limitada, y en consecuencia ordena el reajuste del auxilio de cesantía y de la prima proporcional de servicios del primer semestre de 1.953. Al efecto da por sentado que esos negocios se efectuaron y perfeccionaron durante la época en que Oscar Torres Gómez desempeñaba la Jefatura de la Sección de Maquinaria Industrial, así fuera sin su intervención directa o indirecta, bajo la vigencia de los contratos de trabajo de fechas 27 de febrero de 1.952 y 12 de enero de 1.953, y respecto de elementos que hacían parte de aquella Sección.

No acogió el Tribunal la tesis sostenida por la entidad demandada en el sentido de que las operaciones comerciales a que se contrae el juicio fueron adelantadas por un departamento o Sección independiente del de Maquinaria Industrial, pues si bien dicha tesis aparece respaldada por algunas pruebas, no encuentra en éstas suficientes firmeza y concordancia, a tiempo que otras, especialmente de orden documental, contribuyeron a producirle la convicción en que apoya su providencia.

Contra la conclusión del Tribunal el recurrente alega los errores de hecho y de derecho que atrás se dejaron resumidos. A continuación la Sala examinará la prueba que singulariza el cargo.

1). Liquidación de prestaciones sociales. - Afirma el recurrente que esta prueba fue totalmente ignorada por el sentenciador. "En tal documento -dice- se puede observar que la sociedad Leonidas Lara e Hijos sí incluyó para liquidar las prestaciones sociales del actor Oscar Torres Gómez lo devengado por èl a título de salario fijo, así como lo recibido por concepto de comisiones e inclusive lo de gastos de representación".

El hecho que se deduce de esta prueba, o sea la liquidación de las prestaciones sociales del actor, con base en un sueldo fijo y en un promedio de comisiones, no se ha discutido en el juicio. La demanda está dirigida a obtener precisamente el reconocimiento y pago de comisiones que no es posible consi-

derar incluidas en la liquidación del folio 22, ya que la entidad demandada niega que Torres Gómez tenga derecho a ellas. Y éste dejó constancia escrita en dicho documento, en que dice: "Sujeta a reajuste una vez que Leonidas Lara e Hijos esté en capacidad de liquidarme las comisiones por pedidos directos al exterior y que no han sido recaudados por la casa".

Además, el fallador, al disponer el reajuste del auxilio de cesantía y de la prima de servicios correspondientes al tiempo trabajado por el actor durante el primer semestre de 1.953, prácticamente se refiere al documento del folio 22. Luégo no es exacto que esta prueba haya sido "ignorada totalmente" por el sentenciador.

2. Carta del 7 de mayo de 1.952 dirigida por Leonidas Lara e Hijos a Le Page Urbain & Cie. de París. Se comunica al destinatario que a partir del primero de dichos mes y año el señor Alfonso Martín no hace parte del personal de la empresa demandada y que en adelante será el señor Alfonso Hernández Osuna quien atenderá las negociaciones con Le Page Urbain & Cie. Anota el recurrente que esta prueba demuestra claramente que en la época en que el demandante ocupaba el cargo de Jefe de la Sección de Maquinaria Industrial, existía en la sociedad demandada un departamento autónomo para el Material de Destilería.

En verdad el fallo no menciona especialmente esta carta. Pero la referencia que en ella se hace a un departamento de material de Destilería, coincide con lo que declaró al absolver posiciones el señor Luis A. Lara y con los testimonios que sobre el mismo punto rindieron los señores Hernando Castilla Alvira, Eduardo Gómez, Alvaro Melgarejo, Jaime Buendía Jaramillo y Gustavo Salguero, pruebas éstas que analizó el fallador y que halló desvirtuadas por otras de que adelante se hará mérito.

De consiguiente, carece de importancia la omisión de la mencionada carta.

3. Contratos de trabajo del 27 de febrero de 1 952 y del 12 de enero de 1.953. Sugiere el recurrente que el primer contrato no produjo ningún efecto por haber sido anulado mediante el segundo. Y refiriéndose a éste anota: "El H. Tribunal aprecia en forma incompleta esta prueba documental y pasa por alto que las partes convinieron libremente (aparte a) de la cláusula décima-quinta) en que es la Empresa Leonidas Lara e Hijos la que determina cuáles máquinas, repuestos o elementos pertenecen a la Sección de Maquinaria Industrial de la misma. La Empresa determinó que las mercancías, maquinarias o elementos de Le Page Urbain & Cie. y la representación de ésta por parte de Leonidas Lara e Hijos fueron adscritas a un Departamento especial denominado de Destilería y Varios, independiente de la Sección de Maquinaria Industrial.

Observa la Sala:

El aparte a) de la cláusula décima-quinta del contrato de fecha 12 de enero de 1.953 se refiere solo a las ventas de maquinaria industrial y sus repuestos que hicieran la Casa Principal y las Sucursales, y no a los pedidos al exterior, por cuenta de terceros, operación ésta regulada especificamente por el aparte b) de la misma cláusula así:

"Sobre pedidos al exterior que, por cuenta de terceros y mediante carta de crédito irrevocable abierta por los compradores o cualquiera otra forma de

pago previo de la mercancía en el país de origen, coloque la Sección de Maquinaria Industrial, el trabajador recibirá el cinco por ciento (5%) del porcentaje de utilidad que recaude la empresa sobre tales pedidos, siendo entendido que este porcentaje se liquidará en moneda colombiana, al tipo de cambio oficial".

De tal manera que en lo tocante a estos negocios, a cuya clase pertenecen los que son objeto del litigio, la empresa no se reservó en el contrato escrito la facultad de determinar cuáles de ellos se adscribían o nó a la Sección de Maquinaria Industrial, sino que, al contrario, remitió expresamente a esa Sección lo atinente a mercancías pedidas al exterior por cuenta de terceros.

En este punto son análogos el primero y el segundo contrato.

Y es obvio, como lo anota la sentencia acusada, que para que el trabajador adquiriese derecho a percibir comisiones sobre los mencionados pedidos al exterior, únicamente se requería que se tratara de maquinaria industrial, perteneciente por ello a la Sección de la que era Jefe el actor, y una vez que la empresa recaudara el porcentaje de utilidad correspondiente.

4. Posiciones absueltas por el señor Luis A. Lara. Acerca de esta prueba dice el Tribunal: "En la diligencia de posiciones absueltas por Luis A. Lara en su carácter de representante de la sociedad demandada confesó que al estipular con el actor la participación de éste en las ventas y pedidos directos al exterior de la Sección de Maquinaria Industrial, se hizo con el fin de que su remuneración estuviera constituída por sueldo básico y comisiones en dichas ventas y pedidos y con el objeto de estimular el trabajo y rendimiento de la misma sección y como un salario adicional. Confesó también que la Casa demandada tiene varios vendedores dependientes de la Sección de Maquinaria Industrial, pero rechazó que Oscar Torres Gómez tuviese derecho a comisiones en aquellos negocios sobre pedidos directos al exterior de la Sección de Maquinaria Industrial "cualquiera fuera el vendedor que adelantara" la gestión, explicando que la firma demandada tiene negocios de maquinaria de distinta índole que, en muchos casos, no hacen parte de la Sección que se denomina de Maquinaria Industrial. Finalmente aceptó que la Sección de la cual fué Jefe el demandante tenía a su cargo la representación de la firma denominada "The Thew Shovel Company".

Las preguntas del pliego de posiciones y las respuestas del absolvente, a que alude el sentenciador, son éstas:

"A la quinta pregunta, que dice: "Sírvase decir, cómo es cierto sí o nó, que al estipular usted la participación del Ingeniero Oscar Torres Gómez en las ventas y pedidos directos al exterior de la Sección de Maquinaria Industrial, lo hizo usted a fin de que su remuneración estuviera constituída por sueldo básico y comisiones o participación en dichas ventas y pedidos?. CONTESTO: Es cierto. Leída la aprobó. A la Sexta Pregunta, que dice: "Sírvase decir, como es cierto, sí o nó, que la participación por ventas y pedidos al exterior como parte del sueldo la estipuló usted a fin de estimular el trabajo y rendimiento de la Sección de Maquinaria Industrial?. CONTESTO: Es cierto. Leída la aprobó. A la Séptima pregunta, que dice: "Sírvase decir, cómo es cierto, sí o nó, que al señalar usted la participación por ventas y pedidos directos al exterior del Ingeniero Oscar Torres Gómez lo hizo usted a fin de fijar salario adicional de éste?. CONTESTO: Es cierto Leída la aprobó. A la Octava Pregunta, que dice: "Sírvase decir, cómo es cierto, sí o nó, que la Sociedad Leonidas Lara e Hijos que usted representaba tenía y tiene varios vendedores dependientes de la Sección de Maquinaria Industrial?. CON-

TESTO: Es cierto. Leída la aprobó. A la Novena Pregunta, que dice: "Sírvase decir, cómo es cierto, sí o nó, y a usted le consta como representante de la Sociedad y superior del doctor Oscar Torres Gómez, que las comisiones y participaciones de éste se liquidaban sobre ventas y pedidos directos al exterior de la Sección de Maquinaria Industrial, cualquiera que fuera el vendedor que adelantara la negociación?. CONTESTO: No es cierto, y aclaro: La Casa tiene diversos negocios de maquinaria de distinta índole y en muchos casos esa Maquinaria no hace parte de la Sección que se denomina "Sección Maquinaria Industrial". Leída la aprobó. A la Décima Pregunta, que dice: "Sírvase decir, cómo es cierto, sí o nó, y a usted le consta cómo representante de la Sociedad y superior del doctor Oscar Torres Gómez, que las comisiones o participación por venta y pedidos directos al exterior se le pagaban por el sólo hecho de pertenecer al renglón de la Sección de Maquinaria Industrial?. CONTESTO: No es cierto y aclaro: Como lo dije en la respuesta anterior que la Casa tiene representaciones que nó forman parte de la Sección de Maquinaria Industrial. Leída la aprobó. A la Décima-Primera Pregunta, que dice: "Sírvase decir cómo es cierto, sí o no, y a usted le consta como representante de la Sociedad y superior del Ingeniero Oscar Torres Gómez, que la destilería de Le Page Urbaín vendida al Departamento del Valle, corresponde al renglón de Maquinaria Industrial?. CONTESTO: No es cierto. Leída la aprobó. A la Décima-Segunda Pregunta, que dice: "Sírvase decir, cómo es cierto, sí o nó, y a usted le consta como representante de la Sociedad y superior del doctor Oscar Torres Gómez, que las palas L.50 de The Thew Shovel Company vendidas a Campeón Bernard Company corresponden al renglón de Maquinaria Industrial?. CONTESTO: Es cierto, pero aclaro: No sè de esa venta específica que se menciona en la pregunta que se me acaba de hacer, aunque la representación de The Thew Shovel Company sí hace parte del Sección de Maquinaria Industrial".

Como se ve, la apreciación del Tribunal se conforma al contenido de la prueba.

5. Los testimonios. El fallador admite que los testigos señores Hernando Castilla Alvira, Eduardo Gómez, Alvaro Melgarejo, Jaime Buendía Jaramillo y Gustavo Salguero manifestaron de consuno que dentro de la sociedad demandada existía, en la época en que prestó servicios el actor, una Sección completamente independiente y autónoma denominada "Destilería y Varios", de la cual fueron Jefes, en su orden, los señores Alfonso Martín González y Alfonso Hernández Osuna y que esta Sección fue la que tuvo a su cargo el negocio de venta de Destilerías de "Le Page-Urbain & Cía" a varios gobiernos departamentales, sin ninguna intervención del demandante. Anota sí, que a tiempo que los señores Buendía y Gómez, Auditor General y Auditor Auxiliar, respectivamente, de la demandada declararon que la Sección de Destilería y Varios fue adscrita posteriormente a la de Maquinaria Industrial y que los gastos de aquella formaban parte del monto de los de la última, el señor Melgarejo, Jefe de Personal, manifestó que dicha Sección jamás se incorporó a otra distinta, aunque luégo, al continuar su testimonio en audiencia distinta, dijo que después del retiro de Torres hubo modificaciones "en lo referente a algunas Secciones de la Compañía y que entre los renglones que se adscribieron a Maquinaria Industrial posiblemente estaba y está el renglón de equipos de Le Page Urbain & Cíe".

Con todo, el Tribunal desestima las mencionadas declaraciones porque las halla desvirtuadas por otras pruebas, como la de inspección ocular, en la que se examinaron documentos que se transcriben en la diligencia respectiva.

6. Inspección Ocular. Expresa el fallo que el personal de la diligencia dedujo, de afirmaciones hechas por el Jefe de Contabilidad de la Compañía demandada, que en ésta ya existían en el año de 1.951 secciones diversas a las que se denominó, para los fines de la misma diligencia, sección de Destilería y Varios, Sección de Maquinaria Agrícola y Sección de Maquinaria Industrial, todas ellas con personal diferente separado en cuanto a la nómina respecta, y que además el mismo empleado presentó comprobantes de diario en que aparecen, en el lapso comprendido entre el 16 de junio de 1.951 y el 30 de junio de 1.953, asientos de contabilidad con imputación a cuentas designada MI y DV., que según explicación del mismo empleado correspondían en la nomenclatura de la contabilidad de la empresa a las secciones de Maquinaria Industrial y Destilerías y Varios, pero advirtiendo que el perito no pudo dar concepto alguno en el sentido de que existiera la Sección últimamente nombrada.

Destaca también el fallador una carta transcrita en la diligencia, enviada por la Sección de Personal al Jefe de Contabilidad, con fecha 12 de agosto de 1.950, en la que se le comunica que Alfonso Martín ha sido contratado desde ese día para trabajar en la empresa con el fin exclusivo de atender todo lo relacionado con Le Page Urbain & Cía de. Paris y Ateliers de Constructions Electriques de Charleroi, y se dan instrucciones sobre la manera de contabilizar los gastos a que dé lugar su gestión "pues los negocios en que intervenga el señor Martín nada tienen que ver con los de la sección de Máquinas-Herramientas ni con los de ninguno de las otras secciones".

Señala así mismo el original del contrato firmado el 12 de agosto de 1.950 entre Alfonso Martín y la Sociedad demandada, en el cual el Juzgado y el perito pudieron comprobar que aquél se obligó a "incorporar su capacidad normal de trabajo en el desempeño de las funciones del ramo de Maquinaria en general (subraya el Tribunal) comprendiéndose por tal unicamente las Destilería de Le Page Urbain, Máquinas de fabricación francesa y otras que la dirección le indique".

Igualmente llama la atención hacia la carta de fecha 4 de marzo de 1.952, dirigida por la Sociedad demandada a Le Page Urbain y suscrita por Martín, que en lo pertinente dice:

"Contrato Departamento del Valle..... Acaba de exigírsenos que, mediante la carta adjunta, aclaremos el error incurrido en el contrato firmado por Uds. y nosotros con el Departamento del Valle del Cauca, error consistente en haber mencionado la Junta Reguladora de Cambios, en vez de la oficina de Registro de Cambio, en las cláusulas tercera y quinta. Por lo tanto, rogamos a Uds. se sirvan firmar la carta adjunta.... y devolvèrnosla, inmediatamente, por correo aèreo registrado..... (Fdo.) Leonidas Lara e Hijos. SECCION DE MAQUINARIA INDUSTRIAL (Fdo.) Alfonso Martín" (Las mayúsculas son del Tribunal).

Menciona también el Tribunal la carta circular visible a folios 159 a 162, fechada el 27 de junio de 1.953 y firmada por Luis A. Lara, representante de la empresa demandada, y Enrique Duperly, entonces Jefe de la Sección de Maquinaria Industrial, en la que se hace una relación de las Casas que representa la sociedad demandada y las que integran esa Sección, donde figuran las siguiente: Ateliers de Construccion Electriques de Charleroi (Electricida) Bélgica, Le Page Urbain Cíe. (Destilación de Alcoholes) Francia, The Thew Shovel Co. (Palas Mecánicas y Grúas) Estados Unidos. Anota el Tribunal que esta circular, no obstante haberse distribuido dos meses después de la terminación del con-

trato que vinculó a las partes, constituye un indicio serio de que la Sección de Maquinaria Industrial sí tenía a su cargo las negociaciones sobre pedidos al exterior con las firmas extranjeras enumeradas. Y deduce de los documentos que se agregaron a los autos en la diligencia de inspección ocular, que los pedidos al exterior, tanto de Le Page Urbain & Cia. como The Thew Shovel Co. pertenecían al renglón de Maquinaria Industrial sin que tuviera importancia al efecto el hecho de que se hubiera encargado su gestión directa el señor Alfonso Martín o al señor Alfonso Hernández Osuna. "Esta conclusión -dice- cobra más fuerza, si se considera que no aparecen en los autos, a excepción de las declaraciones otras pruebas que tiendan a infirmarla pues las documentales todas están predicando que la realidad es que la Sección de Maquinaria Industrial estaba destinada a entenderse con las negociaciones que Leonidas Lara e Hijos llevara a cabo con las firmas extranjeras relacionadas en esta providencia". Y añade, por último:

"Hay más: aun con prescindencia de las pruebas que se han analizado, de manera minuciosa, la conclusión del juzgador no podría ser diferente si se tiene en cuenta la cláusula décimo cuarta, ordinal b) del contrato de trabajo firmado el 27 de febrero de 1.952 y que fue el que rigió las relaciones de las partes cuando se llevó a cabo la negociación entre la Sociedad demandada y la firma extranjera Le Page Urbaín y Cíe. (abril de 1.952), pues lo que se convino fué que el actor recibiría un 10 % del porcentaje de utilidad que devengara la demandada sobre pedidos al exterior de elementos correspondientes a la Sección de Maquinaria Industrial sin que fuera necesario, en tal caso, que las negociaciones las efectuara él mismo ya que para tener derecho a la comisión, como único requisito, se estableció en la cláusula décimo-quinta del contrato que las ventas estuvieran perfeccionadas, esto es, que se hubieran verificado, y de conformidad con los autos la venta que de las destilerías hizo la firma extranjera, sobre un pedido que le hizo la demandada, para el Departamento del Valle, se perfeccionó durante la vigencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes. Y es que si la sociedad demandada hubiera tenido la intención de que el actor no percibiera comisiones por concepto de los negocios sobre pedidos al exterior, en los cuales no interviniera directamente él, ha debido hacerlo constar así en el contrato que se firmó en febrero de 1.952 cuando ya Alfonso Martín había sido contratado para hacerse cargo únicamente de lo relativo a los negocios de Le Page Urbain & Cie. la cual estaba adscrita a la Sección de Maquinaria Industrial. El hecho de que la demandada hubiera tenido necesidad de nombrar a dicho empleado para que se encargara, de manera especial, con todo lo relativo a la última firma extranjera, no le resta importancia a las cláusulas del contrato en estudio, porque ya se vió que el mismo representante de Leonidas Lara e Hijos al absolver posiciones confesó que esta firma tiene varios vendedores dependientes de la Sección de Maquinaria Industrial; y aceptó también que al actor se le señaló una participación por ventas y pedidos directos al exterior de elementos correspondientes a la referida Sección sin que se hubiera podido probar, por otra parte, la existencia de Destilería y Varios destinada a entenderse con la firma Le Page Urbain & Cie. Al contrario: Las documentales están indicando que fué la Sección de Maquinaria Industrial la que tuvo a su cargo lo relacionado con esta firma extranjera".

La Sala observa:

Los documentos que cita el sentenciador, constituyen, sin duda, base probatoria suficiente para inferir que los negocios de Leonidas Lara e Hijos con Le Page Urbain y Cíe., referentes a la venta de una destilería al Departamento del

Valle, si bien fueron adelantados en forma directa por los señores Martin y Hernández Osuna, vendedores especializados en la materia, no se sustrajeron del ámbito propio de la Sección de Maquinaria Industrial, cuya Jefatura ejerció el demandante cuando se consumaron tales negocios.

El anàlisis que hace el Tribunal de esos documentos, lo mismo que de los testimonios e informe de los empleados de la demandada, de las declaraciones de su representante y de las otras pruebas aducidas para demostrar la tesis contraria, se ciñe a las reglas de la sana crítica, que prescribe el artículo 61 del C. P. L., y, por tanto, las conclusiones a que llega deben ser mantenidas.

Respecto de los documentos suscritos por el señor Martín, examinados en la inspección ocular, es de advertir que no requerían, para ser tenidos en cuenta, que dicho señor reconociera su contenido y firma, porque se trataba simplemente de averiguar la ubicación que tuvo dentro de las dependencias de la empresa y las funciones que se le asignaron, pero sin incidencia sobre su situación jurídica frente a la demandada.

Y desde luego, carece de interès el hecho de que el demandante no hubiera gestionado personalmente los negocios de pedidos al exterior, ya que, perteneciendo ellos al renglón de Maquinaria Industrial, el señor Torres tenìa derecho a participar en las utilidades de los mismos de conformidad con el aparte b) de la cláusula décimo-cuarta del contrato de trabajo firmado el 27 de febrero de 1.952, como ya se ha visto.

7. Extractos de cuenta producidos por Le Page Urbain & Cia. De los extractos de cuenta comunicados en carta por Le Page Urbain & Cía. a la sociedad demandada, deduce el Tribunal, armonizándolos con la fecha en que se protocolizó la escritura de venta de la Destilería al Departamento del Valle, cuándo se perfeccionó el negocio y cuál fue el monto de lo que recibió dicha sociedad por concepto de comisiones hasta el 25 de mayo de 1.954. Sobre el particular se expresa así: "Según lo indica la documental de fol. 198 vuelto, el 30 de septiembre de 1.953 la Sociedad demandada había recibido por concepto de comisiones la cantidad de U.S $79.038,71. Y desde el 6 de los mismo mes y año hasta el 25 de mayo de 1.954, incluyendo la cantidad ultimamente relacionada, recibió un total de US. $153. 269.20. En cosecuencia será esta la cantidad que habrà de tener en cuenta el Tribunal para obtener el 10 o/o de la comisión que se pactó con el demandante de conformidad con el ordinal b) de la clàusula dècimo-cuarta del contrato de trabajo visible a folios 9 a 13 del informativo que fue el que estaba vigente cuando se llevó a cabo esta última negociación. Además, se pactó que las comisiones de que trata el referido ordinal b) serían exigibles cuando las ventas estuvieran completamente perfeccionadas, esto es cuando se hubiera verificado la entrega física de la mercancía a satisfacción del comprador. Es procedente hacer notar que en atención a que de autos no está demostrada la fecha en que las destilerías que la Casa Francesa le envió, por intermedio de Leonidas Lara e Hijos, al Depto. del Valle, deberá tenerse en cuenta la fecha en que se protocolizó la escritura contentiva del mencionado contrato, o sea el 30 de abril de 1.952 ya que para ese entonces el comprador estaba obligado a pagar dólares 68.000.00, como ya se viò antes y las restantes cantidades en pagarés con un plazo hasta el 29 de febrero de 1.956. Pero, en consideración a que no se conocen las comisiones pagadas por Le Page Urbain y Cia. a la sociedad demandada con posterioridad al 25 de mayo de 1.954, la liquidación de las comisiones del demandate solamente puede hacerse teniendo en cuenta un total de U.S $153.269.20 recibido por Leonidas Lara e Hijos, y por ser esta

la suma que aparece demostrada en los autos. Hecha la operación aritmética correspondiente, el 10o/o de dicha cantidad arroja un total de U.S $15.326.92 a favor del demandante que deberá pagársele en moneda colombiana al cambio oficial que estuviera rigiendo, cuando se perfeccionó la negociación o sea el 30 de abril de 1.952. Queda, en esta forma, resuelta la petición segunda de la demanda y modificado lo dispuesto, sobre este punto, por el Juez de Primera Instancia".

El impugnador afirma que el Tribunal incurrió en error de derecho al dar validez al mencionado extracto de cuenta lo mismo que a los otros documentos producidos en el extranjero, que corren a folios 189 a 213 del primer cuaderno del expediente, por no estar autenticados ante el respectivo agente consular o diplomático, según lo exige el artículo 657 del C. J. y porque no tienen firma responsable. Anota que, además, no existe prueba sobre la fecha en que la destilería que Le Page Urbain & Cíe. vendió por intermedio de Leonidas Lara e Hijos al Departamento del Valle, hubiese sido entregada, ni se sabe tampoco cuándo quedó perfeccionado el negocio, condición necesaria para acreditar en qué momento se hacían exigibles las comisiones a que tenía derecho la empresa demandada.

La Sala observa:

La correspondencia entre comerciantes no está sometida a formalidades especiales, y por tanto no le es aplicable al caso de autos el artículo 657 del C. J., que trata exclusivamente de los instrumentos públicos y de los documentos privados otorgados en país extranjero cuando la ley del lugar regula el modo como deben ser extendidos, en orden a garantizar las obligaciones en ellos estipuladas. Así, pues, no se configura el error de derecho que alega el recurrente.

La firma de la carta que contiene el extracto de cuenta tampoco es esencial, pues extendida aquélla en papel con membrete de Le Page Urbain & Cíe., con fecha determinada y recibida por sus destinatarios en cuyo poder obraba al llevarse a cabo la diligencia de inspección ocular, se presume su veracidad.

Sobre la fecha en la que se perfeccionó el negocio, el sentenciador, a falta de otra prueba directa, toma como punto de referencia aquella en que se protocolizó la escritura que contiene el contrato de venta de la Destilería al Departamento del Valle, lo cual es una deducción lógica. Y como la venta se efectuó a crédito, habiéndose comprobado en la diligencia de inspección ocular que el Departameto del Valle pagó U.S. $68.000.oo al firmarse el contrato, como cuota inicial, y luego pagarés sucesivos hasta cancelar el valor total, o sea la suma de US $1.340.000.oo y la que la casa francesa cubrió comisiones a los señores Lara e Hijos, a medida que se hacían los correspondientes abonos por la entidad compradora, lo que corrobora el documento del folio 201, es preciso suponer aunque el sentenciador haya omitido anotarlo, que dicha entidad recibió la mercancía a su satisfacción una vez que la negociación se perfeccionó y entró en vigencia el contrato.

En cuanto a la condena al pago de la suma de US $165.81 por concepto de comisión en la venta de la Pala L-50 J. Serie 24703 a Campenon Bernard de Colombia Ltda., condena hecha por el a-quo y confirmada por el Tribunal, expone éste lo que sigue:

"Ya se vió, al examinar las posiciones absueltas por el representante de la entidad demandada, que las mercancías de la firma anteriormente citada hacían parte de la sección de maquinaria industrial aunque aclaró sí, el señor Lara, que

no tenia conocimiento de lo relacionado con la venta específica de que trata esta petición. En tal virtud deberá acudirse a las demás pruebas que obran en autos, para conocer el fundamento de esta súplica. A fol. 192 la firma extranjera ya relacionada comunicó a la sociedad demandada que le enviaba la factura N°. 85902 que cubre la máquina L 50 J. Serie 24703 la que le fue despachada el 2 de abril de 1.953 por conducto de la Inter-Continental Epuipment Company con destino a Enterprises Campeon Bernard Company. Con fecha 7 de abril de 1.953, la misma empresa extranjera, comunicó a Leonidas Lara e Hijos que le había acreditado en su cuenta el crédito que cubre el descuento concedido sobre la negociación de la mercancía de que se há hablado por la cantidad de dólares 2.551.oo (fol. 194). Además, la misma casa extranjera en comunicación fechada el 21 de abril de 1.953 (fol. 192), le dice a la demandada que en el negocio relacionado con la máquina L 50 J. Serie 24703 se le concede una comisión equivalente al 13°/o del valor de la venta. El precio total de ésta fué el de US $25.510.oo según lo indica la factura visible a fol. 189 v. A fol. 203 aparece otra comunicación enviada por la dicha firma extranjera, con fecha mayo 6 de 1.953 a la sociedad demandada en la cual le dice que el 26 de abril del mismo año le remitió un cheque por la suma de US $7.433.95 quedando incluída en esta la cantidad de US $3.316.30 que es el equivalente al 13°/o de US$25.510.00. Esta comunicación tiene íntima relación con la nota transcrita en la diligencia de inspección ocular -fol. 70- en la cual se lee: "Leonidas Lara e Hijos, Contabilidad. Ref: Comisión Pala Lorain. Empresas Campeon. Sirve la presente para anexar carta original de la casa The Thew Shovel por medio de la cual informan que el día 26 de abril pasado nos acreditaron la suma de US$7.433.95 de conformidad con la nota de crédito N°. 83290 cuyo valor representa entre otras cosas nuestra comisión en la venta de una Pala Lorain con destino a la entidad anotada al rubro. Rogamos a Uds. se sirvan constatar dicha información y darnos a conocer su conformidad al respecto. Leonidas Lara e Hijos. Sección Maquinaria Industrial (fdo.) Enrique Duperly". Y como el 13°/o de US $25.510.00 es US $3.316.30 ésta será la suma que habrá de tenerse en cuenta para obtener el 5°/o que le correspondía al demandante, ya que de conformidad con las documentales que se han analizado últimamente, se establece que el negocio de la máquina L. 50 J. serie 24703 se efectuó y perfeccionó cuando aún estaba vigente el segundo contrato de trabajo celebrado entre las partes y que corre a folios 16 a 20. Según esta documental, la entidad demandada se comprometió a reconocer al actor el 5°/o de comisiòn sobre pedidos al exterior que por cuenta de terceros colocará la Seccion de Maquinaria Industrial, exigiéndose como requisito para tener derecho a la aludida comisión, de conformidad con la cláusula décimo sexta del contrato, que las negociaciones se hubieran perfeccionado dentro de la vigencia de éste último, condición que se cumplió. Por tanto, la demandada deberá ser condenada a pagar al demandante el 5°/o sobre la suma ya indicada o sea US $165.81 pagaderos en moneda colombiana al cambio oficial vigente en la época en que se causó la obligación, esto es, el 21 de abril de 1.953, sin que sea admisible la tesis del Dr. Reyes Posada en el sentido de que se tenga en cuenta el cambio existente cuando se hagan efectivas las condenas a que se contrae esta providencia, porque la época en que la demandada debía efectuar el pago de la comisión en referencia fué cuando se perfeccionó la venta de la maquinaria, o sea en la fecha últimamente indicada. Se confirma, en consecuencia, lo resuelto al respecto por el Juez a-quo."

Ninguna impugnación formula el recurrente contra el anterior razonamiento del fallador, y ello impide a la Sala examinar el punto.

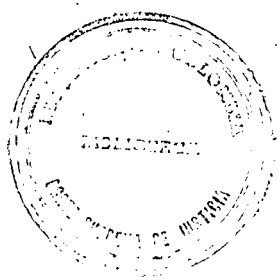
En consecuencia, el cargo no prospera.

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 recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo.- Roberto de Zubiría C.- Luis Fernando Paredes A.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.



CONTRATO DE TRABAJO Y RELACIONES DE CONCUBINATO. PRUEBA EN CONTRA DE LA PRESUNCION LEGAL DE CONTRATO DE TRABAJO.

El servicio personal exonera a quien lo presta de la carga de demostrar la existencia del contrato de trabajo, pero sólo constituye una presunción legal, que admite prueba en contrario. Condiciones para que pueda darse contrato de trabajo entre concubinos.

Aspira el recurso de casación a que la Corte case la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal y, en su lugar, condene al demandado, en el fallo de instancia que deba reemplazarla, al tenor de las súplicas de la demanda inicial.....

Consistió el error de hecho -afirma el recurrente- en que el Tribunal niega el servicio personal de la actora en beneficio del demandado, demostrando las pruebas lo contrario. Acreditado por aquélla el extremo que sirve de base al artículo 24 del CST. no desvirtuado por el demandado, ha debido la sentencia reconocer la existencia del contrato laboral y, en consecuencia, acoger las peticiones de la demanda inicial, con aplicación de las normas legales pertinentes.....

Concluye el cargo así:

Se puede admitir en principio que la relación entre concubinos no es de trabajo, pero no es aceptable la tesis de que aquélla sea opuesta a éste, o que la relación concubinaria excluya la de trabajo dependiente.

Consideraciones de la Corte:

Aunque lo dicho basta para el rechazo del cargo, conviene agregar estas consideraciones:

Para negar la existencia del contrato de trabajo, el Trihunal se funda, principalmente, en dos pruebas: la testimonial y la documental, consistente ésta en la correspondencia del demandado para la demandante. De ella resulta que ésta le prestó servicios personales al demandado, pero no en forma subordinada sino en calidad de concubina. El trato que en las cartas le da éste a aquélla, es el de estilo entre amantes, no el propio del jefe al subordinado. La correspondencia no contiene órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, sino simples recomendaciones, las cuáles no traducen el poder de mando del patrono al empleado, ni, por tanto, obligación por parte de éste de sujetarse a su cumplimiento. Las pruebas ponen de manifiesto una doble relación: de concubinato la una y de trabajo personal la otra. Pero la segunda es apenas una secuela de la primera, pues la de concubinato resalta como prevalente.....

Por lo demás, el servicio personal tiene el mérito de exonerar a quien lo presta, de la carga probatoria sobre la existencia del contrato de trabajo, pero sólo

constituye una presunción legal que, por lo mismo, admite prueba en contrario. Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 24 del Código. Y ocurre que según elementos de juicio corrientes en autos, el trabajo personal rendido por la demandante no lo fue con el propósito de recibir una retribución en calidad de trabajadora dependiente, sino con el ánimo de prestar una colaboración de manera espontánea, dentro de una relación de concubinato.

Por último debe observarse que la tesis del Tribunal no es la de que entre concubinos no pueda darse el contrato de trabajo, como lo sugiere el recurrente, sino la de que en el supuesto de haberse probado el servicio personal, no fue independiente de la relación sexual extramatrimonial entre los litigantes. En concepto de la Sala, si la concubina presta servicios personales en beneficio del hombre con quien convive, ese hecho no impide el nacimiento del contrato laboral. En tal hipótesis, objeto de la convención es el trabajo personal, respecto del cual el trato sexual es extraño e independiente y, por tanto, sin incidencia en el derecho social. Pero, como es obvio, es preciso demostrar que el servicio personal no se prestó en consideración a la vinculación concubinaria, extremo que no ha tenido comprobación en este proceso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, veintuno de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

MATERIA DEL PLEITO

María Cardona Arias, por medio de apoderado, llamó a juicio a Marco Londoño, ante el Juzgado del Trabajo de Manizales, para que por sentencia se le condenara al pago de la cesantía, vacaciones, primas de servicio, remuneración por trabajo en domingos y festivos, los salarios de ocho semanas, durante el parto, el valor del preaviso por despido injusto y el de los perjuicios por lucro cesante. Fija la demanda la cuantía de las obligaciones relacionadas. Solicita también la condena al pago de horas extras, calzado y overoles, la de los salarios moratorios y las costas del juicio.

Los hechos fundamentales de las pretensiones, en resumen, son los siguientes: Alba Cardona Arias fue contratada por Marco Londoño como administradora de varias fincas de propiedad de éste, situadas en distintos Municipios del Departamento de Caldas, habiendo laborado a su servicio desde el 17 de diciembre de 1.945 hasta el mes de febrero de 1.956. El salario convenido fue un sueldo fijo de $166,67 mensuales, y, además, vivienda y alimentación para la empleada y su familia, estimados en la suma de $300.oo al mes. La empresa tiene un capital superior a $800.000,oo. La demandante trabajó tanto en días hábiles como en domingos y festivos y en jornadas diurnas y nocturnas, especialmente en las épocas de recolección de café. Londoño no le pagó a su empleada las prestaciones causadas durante la vigencia del contrato.

Por no ser conocida la residencia del demandado, le fue designado un curador ad-litem. Dió éste respuesta a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones. Respecto de los hechos manifestó que no le constaban, exigiendo su prueba. Como excepciones perentorias propuso las que denomina genéricas, según el art. 329 del C. J.

Trabada la relación procesal, el demandado constituyó apoderado para que llevara su representación en el juicio. También dió éste respuesta a la demanda, negando los hechos que le sirven de fundamento. El Juzgado la admitió, pero, posteriormente, la declaró sin valor ni efecto.

En primera instancia terminó la controversia por sentencia del 16 de junio de 1.958, absolutoria del demandado, sin costas. Contra ella interpusieron los litigantes el recurso de apelación, limitando el suyo el demandado a la declaración que exoneró de las costas a la actora. Enviados los autos al superior, se abstuvo éste de decidir el recurso en providencia de fecha 16 de diciembre del año expresado y, en su lugar, declaró la nulidad de lo actuado, quedando afectado por ella el fallo de primer grado.

Repuesta la actuación, el Juzgado del conocimiento pronunció nueva sentencia el 4 de septiembre de 1.959, en el mismo sentido de la anterior, con costas a cargo de la demandante.

Apeló la parte vencida. El Tribunal Superior de Manizales, por medio de su Sala Laboral, resolvió la relación de segundo grado por sentencia del 27 de mayo de 1.960, la cual confirmó la del Juzgado a quo, con costas a cargo de la actora.

Interpuso la demandante el recurso de casación, que le fue concedido. Tramitado aquí en legal forma, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

LA SENTENCIA ACUSADA.

Como fundamento de la decisión acoge el alegato presentado por el apoderado de la parte demandada, el cual hace de la cuestión litigiosa el análisis que se resume a continuación:

Es hecho probado en el juicio, aceptado por las partes en posiciones, el de que las relaciones entre Alba Cardona y Marco Londoño fueron de concubinato y no de trabajo. Dan fe de esa situación los testimonios de Gregorio Díaz Andrade (fl. 96) y Jaime Ruiz (fl. 135), aportados al juicio por la demandante, e igualmente los aducidos por el demandado, integrados por las declaraciones de Tomás V. Montoya (fl. 103) e Ignacio Acosta Muñoz (fl. 227). Las manifestaciones sobre el concubinato, emanadas de las partes y los testigos, las reafirman las cartas allegadas al expediente por Alba Cardona (fl. 74 a 92). La correspondencia no le dá a ésta el trato de trabajadora sino de compañera de Londoño, con quien compartió el lecho, el techo y el pan, como se deduce de las expresiones cariñosas que contiene, impropias de un patrono para su empleada. Los servicios personales de la actora no tuvieron por causa, según las pruebas referidas, un contrato de trabajo sino una relación entre concubinos, lo cual es suficiente para destruir la presunción consignada en el art. 24 del CST.

En el proceso -dice el alegato- obran indicios sobre la celebración del contrato de trabajo, sin fuerza para fundar en ellos las condenas que solicita la actora. Se refiere a los hechos constitutivos de los indicios en estos términos:

La demanda afirma que la relación de trabajo empezó el 17 de diciembre de 1.945, y la actora en posiciones (fl. 137) declara que ingresó al servicio de Londoño en marzo de 1.946. No se explica la contradicción, porque si algo debe saber con precisión el trabajador es la fecha en que comenzó y terminó la relación laboral.

Algo semejante ocurre con los certificados expedidos por el Seguro Social. Dice la demanda de instancia que el contrato de trabajo expiró en febrero de 1.956, y afirma el Seguro (fl. 70) que la Cardona fué dada de baja el 7 de julio de ese año. Informa también que aquella se afilió de nuevo en agosto del mismo año como administradora de la finca "Las Mercedes", habiéndola dado de baja el 15 de septiembre siguiente. Según tales informes, la actora estuvo afiliada al Seguro cuando ya no prestaba ningùn servicio al demandado. En vista de la oposición entre las dos pruebas, debe aceptarse la explicación que sobre la afiliación al Seguro dá Marco Londoño en posiciones (fl. 112), según la cual, su objeto fue el de que la entidad atendiera a la Cardona en el parto que tuvo en febrero de 1.956, hecho que parece confirmar la fecha de su primera afiliación (noviembre de 1.955). Por lo demás, no todo afiliado al Seguro Social es trabajador dependiente, porque la ley 90 de 1.946, orgànica de la institución, permite la afiliación de trabajadores autonómos y aun la del cónyuge, padres e hijos menores del empleado. Por tanto, los certificados de que se trata no prueban la subordinación; apenas constituyen indicios de escaso valor en atención a las contradicciones anotadas.

En cuanto al servicio personal de la actora, la prueba testimonial le es adversa. Los únicos testigos que la catalogan como administradora de inmuebles del demandado, son Gregorio Díaz y Jaime Ruiz, pero, de un lado, no señalan el tiempo de duración de los servicios, y del otro, la califican a la vez de concubina de Londoño. Los testigos Montoya y Muñoz, afirman, el primero, que Londoño ejercía la administración por conducto de otras personas que menciona en su declaración, y el segundo, que aquél la ejercía personalmente dándole órdenes a los trabajadores, o impartiéndolas por conducto del declarante no habiéndo cumplido jamás la Cardona función alguna en los inmuebles en calidad de empleada.

Las declaraciones de renta de las partes, correspondientes al año de 1.954, de las cuales aparece que la Cardona recibió de Londoño, a título de sueldo, la suma de $2.000,oo, ningún valor tienen frente a las constancias procesales examinadas. La prueba demuestra que entre las partes existieron unas relaciones, pero a ciencia cierta se sabe que ellas no fueron laborales sino concubinarias. Sin duda alguna, al incluír Londoño en su declaración la partida en referencia, no persiguió fin distinto del de disminuir en algo la incidencia impositiva.

A los razonamientos anteriores agrega el Tribunal estas consideraciones: aun aceptando que la actora hubiera realizado por sí misma alguna actividad personal en beneficio del demandado, lo cierto es que en autos no hay prueba de los otros dos elementos del contrato de trabajo, o sea, la subordinación y el salario. En el caso de autos se evidenció el concubinato pero no un contrato laboral independiente de aquél, por lo cual la sentencia de primer grado se ajusta a derecho y debe ser confirmada.

EL RECURSO.

Aspira a que la Corte case la sentencia del ad-quem y, en su lugar, condene al demandado, en el fallo de instancia que deba reemplazarla, al tenor de las súplicas de la demanda inicial.

Con fundamento en la causal primera de casación, formula un solo cargo. Acusa en éste violación de los arts. 1757 del C. C., 661 y 662 del C. J., 48, 61,

62, 63, 89, 127, 129, 145, 158, 172, 177, 179, 186, 193, 230, 241, 249, 306 y 343 del CST., por falta de aplicación; y los arts. 1o., 2, 3, 5, 9, 14, 21, 23, 24 y 27 del Código del Trabajo, por indebida aplicación. Se produjo la infracción por errónea estimación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, por lo cual la sentencia incurrió en evidente error de hecho y, en consecuencia, en quebranto de las normas legales relacionadas.

Consistió el error de hecho en que el Tribunal niega el servicio personal de la actora en beneficio del demandado, demostrando las pruebas lo contrario. Acreditado por aquella el extremo que sirve de base al art. 24 del CST., no desvirtuado por el demandado, ha debido la sentencia reconocer la existencia del contrato laboral, y, en consecuencia, acoger las peticiones de la demanda inicial, con aplicación de las normas legales pertinentes.

Sostiene el recurrente que prueban el contrato de trabajo los siguiente elementos de juicio: a) la confesión del demandado en posiciones (respuesta a la pregunta 7a.); b) la declaración de renta de Londoño del año de 1.954 (fl. 191 v.); c) la declaración de renta de Alba Cardona correspondiente al mismo (fl. 54); c) la inscripción de la demandante en el Seguro Social (fls. 61, 70 y 71); y d) el certificado del Inspector del Departamento de Administración del Seguro de Enfermedad-Maternidad (fl. 71).

Analiza la prueba relacionada en estos términos:

Londoño, en la confesión provocada que rindió en el juicio, dice que Alba Cardona llegó a su finca en fecha que no recuerda, en calidad de mujer pública, abandonada del marido, con una hija de cinco años, rogándole que la recogiera, a lo cual accedió, prodigándole a ella y a la hija gran cariño. Prueba la declaración que Londoño al recoger a la Cardona, la aceptó como trabajadora a su servicio. Posteriormente le prodigó gran cariño y comenzó con ella vida distinta, que no excluye la vinculación laboral existente. Al apreciar esta prueba, incurrió la sentencia en error de hecho al desconocer el contrato de trabajo que acredita.

En la declaración de renta de 1.954, Londoño incluye en la partida de gastos la suma de $ 2.000,oo, valor de los sueldos de la demandante como administradora de la finca de El Medio. Esta, a su vez, en la declaración de renta del mismo año, denuncia como sueldos recibidos del demandado, la misma partida. El Tribunal apreció erróneamente el primer documento, y dejó de estimar el segundo. Uno y otro demuestran el contrato laboral entre las partes, luego al negarlo, incurrió en error de hecho evidente.

Los certificados expedidos por el Seguro Social demuestran que Londoño la inscribió en dicha entidad como su trabajadora. El Tribunal acepta la explicación que sobre el punto dá el demandado, para deducir de ella la inexistencia del contrato de trabajo. La estimación es desacertada, porque, o la inscripción en el Seguro demuestra que la Cardona era trabajadora de Londoño, o que no tenía tal calidad. En la segunda hipótesis cometió un delito de falsedad, por lo cual el fallador ha debido ordenar la expedición de las copias pertinentes y remitirlas al Juez Penal para la investigación del ilícito. Por consiguiente, apreció la sentencia con desacierto la prueba, deduciendo de ella una realidad contraria de la que acredita. Por tanto, en su estimación incurrió en error de hecho.

El informe del Inspector del Seguro Social dice que la Cardona hacía las veces de mayordomo en la finca del demandado.

La sentencia no estimó el documento, lo cual "implica la comisión de otro grave error de hecho".

Concluye el cargo así:

Se puede admitir en principio que la relación entre concubinos no es de trabajo, pero no es aceptable la tesis de que aquélla sea opuesta a éste, o que la relación concubinaria excluya la de trabajo dependiente. La jurisprudencia ha dicho que entre una y otra no hay oposición. La mayoría de los testigos juran que la actora prestó servicios personales al demandado; al mismo tiempo revelan la "existencia de hechos inductivos de la relación concubinaria"; pero la última no demuestra la inexistencia del contrato laboral, como quiera que en el trabajo personal ve el art. 24 del CST. la prueba de esa figura jurídica, como lo dijo la Corte en fallo reciente.

El opositor dice que la demanda de casación presenta defectos formales de orden técnico, suficientes para su rechazo. Le anota, entre otros, el de que se extiende en consideraciones jurídicas propias de un alegato de bien probado. Refiriéndose al fondo de la acusación, expone;

En la confesión que Londoño rindió en el juicio expresa que no llevó a la demandante a sus fincas como administradora o como empleada. La confesión es indivisible, pero si se estima lo contrario, habría que admitir que las explicaciones dadas por el confesante resultan acreditadas por las declaraciones de la actora en posiciones (fls. 137 y 138). En ellas acepta su condición de mujer casada, separada del marido, con una hija, y, además, que fue concubina de Londoño por largo tiempo.

El certificado del Inspector del Seguro Social (fl. 71), no prueba la subordinación de la demandante al demandado, porque hacer las veces de mayordomo no significa que quien la realiza sea trabajador dependiente, ya que el dueño del negocio puede ejercer la misma función,

Con referencia a los certificados sobre inscripción en el Seguro Social, anota que algunos de ellos son posteriores a la fecha en que terminó la relación de trabajo de que habla la demanda de instancia, acogiendo lo que sobre el particular anota el alegato del demandado ante el Tribunal.

En relación con las declaraciones de renta, expresa que sirven para demostrar el capital del patrono pero no el contrato de trabajo.

Ve en las pruebas relacionadas simples indicios, que no pueden servir de fundamento a un cargo por error de hecho, según principios recibidos por la jurisprudencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

No es conducente el reparo del opositor en el que tacha de defectuoso, por su aspecto formal, el alegato de casación, con la consecuencia de que la Corte rechace el recurso. Es cierto que la acusación contiene alegaciones de instancia, pero al propio tiempo formula ataques contra la decisión recurrida. En tal

caso, lo indicado, para no obrar con exceso de rigor, es desechar la argumentación de instancia y tomar en cuenta únicamente la censura contra el fallo, que es lo que ha hecho la Sala al destacar la impugnación.

Examen de las pruebas:

a) Confesión del demandado (fls. 112 a 115).

El cargo acusa la sentencia por no haberla estimado. Destaca de las posiciones absueltas por Londoño, la respuesta a la pregunta séptima. El contenido de ésta es el siguiente: 'Cómo es verdad, si o nó, que la señora Alba Cardona Arias llegó a sus inmuebles a fines de 1.945 y prestó sus servicios como administradora en forma contínua hasta el mes de febrero de 1.956"?. Contestó el absolvente: "No es cierto y aclaro: llegó a mi finca en fecha que no recuerdo, desde luego de ingrata recordación, en calidad de mujer pública que había abandonado a su esposo legítimo teniendo una hija de cinco años y rogándome que la recogiera, lo que hice incautamente, prodigándole posteriormente gran cariño tanto a ella como a la hija; pero en ningún caso la llevé ni la tuve como administradora ni como empleada".

De la declaración el recurrente transcribe la primera parte, omitendo la segunda. Afirma qua la primera demuestra el hecho de que Londoño recibió a la Cardona en su finca como trabajadora. Recoger a una persona abandonada, a ruego suyo, no tiene el significado que el cargo le asigna. No está diciendo el absolvente que recibió a la demandante en la hacienda como trabajadora a su servicio, sino como protegida. Por lo demás, la respuesta, en el aparte final, niega que la Cardona hubiera llegado a su finca en calidad de administradora. Tomada en su integridad la respuesta y aún fraccionada, no es exacto que demuestre el hecho a que la pregunta se refiere.

b) Prueba indiciaria.

1. Las declaraciones de renta de las partes.

La de Londoño, de 1.954, obrante a folios 198 y 199, incluye como gastos del negocio la partida de $ 2.000,oo, pagada a la demandante por administración de la finca de El Medio. La de Alba Cardona, de 1.955 (fl. 54) relaciona la misma partida a título de sueldo, recibida del demandado.

La sentencia ve en la declaración de Londoño un indicio sobre la vinculación laboral entre las partes. Sin embargo, lo desecha, porque otras pruebas de mayor fuerza (testimonios y correspondencia), llevan a la conclusión contraria. La que afirma el fallador, con base en los medios probatorios mencionados, no la ataca el recurrente, y como es' básica de la decisión, le sirve de soporte suficiente.

A lo expuesto conviene agregar que el informe contenido en la declaración de renta de Londoño, no está destinado a demostrar su vinculación laboral con la actora; pues no fue dado con ese propósito, sino con el de obtener que del activo se dedujera la partida mencionada al liquidar el impuesto. Si ello es asi, darle al documento el valor de simple indicio, no entraña error de hecho evidente en su estimación, pues el fallador es libre en la estimación de las pruebas. Además, aun asignándole mérito probatorio pleno, se dejó anotado que el acusador no ataca los fundamentos cardinales de la sentencia, que, por lo mismo, han quedado en pie. En cuanto al reparo de que el Tribunal incurrió en error de he-

cho por no haber estimado la declaración de renta de la actora, carece de fundamento. Por una parte, no está destinada a demostrar hecho distinto del contenido en la declaración de Londoño, y, por la otra, la afirmación hecha por la Cardona sobre la causa de sus ingresos, válida para el Fisco, no perjudica a terceros

2. La inscripción de la demandante en el Seguro Social.

El recurrente sostiene que la sentencia incurrió en error de hecho en su estimación, porque Londoño inscribió a la demandante en el Seguro como empleada a su servicio. Debe anotar la Sala que si bien obra la prueba de inscripciones anteriores a febrero de 1.956, fecha en que expiró el contrato, según la demanda inicial, obran también certificados del mismo origen, de los cuales aparecen registros posteriores a febrero de 1.956. Por tal motivo la sentencia califica de débil el indicio que resulta de la prueba documental en examen. Anota también que, conforme a la ley 90 de 1.946, orgánica de la institución, pueden ser afiliados al Seguro no solo los trabajadores dependientes sino los autónomos y aun parientes del asalariado, por lo cual la simple inscripción no es prueba suficiente del contrato de trabajo. No ataca el recurrente esta apreciación del fallador, por lo cual queda en pie como base de la decisión. De otro lado, son pertinentes las mismas consideraciones expuestas por la Sala en el punto que precede, y a ellas se remite para el rechazo de la acusación.

3. El certificado del Inspector del Seguro Social.

Dice el documento (fl. 71 v.) que, según manifestación del Inspector Recaudador del Seguro Social de Armenia, al tener noticia de que Alba Cardona no era trabajadora de Londoño Escobar, comisionó a Heliodoro Rodríguez, funcionario de la entidad, para la averiguación del caso, e informó el comisionado que la Cardona "hacía las veces de mayordomo en la finca".

Observa la Sala: contradicen el informe en referencia los testimonios rendidos por los señores Luis B. Montoya (fl. 103) e Ignacio Acosta Muñoz (fl.227), de los cuales aparece -anota la sentencia- que Londoño administró sus fincas personalmente, sin que en ninguna época hubiera confiado esa función a la demandante. Frente a la declaración de los testigos, trabajadores de las fincas del demandado, que, por tal motivo, tuvieron oportunidad de observar el desarrollo de las relaciones entre los litigantes, al dato del informe queda desprovisto de toda fuerza probatoria. Por demás, lo que se dijo a propósito del primer indicio, sirve también para el rechazo del que ahora se examina.

Aunque lo dicho basta para el rechazo del cargo, conviene agregar estas consideraciones:

Para negar la existencia del contrato de trabajo, el Tribunal se funda, principalmente, en dos pruebas: la testimonial y la documental, consistente en la correspondencia de Londoño para la demandante. De ellas resulta que ésta le prestó servicios personales al demandado, pero no en forma subordinada sino en calidad de concubina. El trato que en las cartas le dá Londoño a la Cardona, es el estilo entre amantes, no el propio del jefe al subordinado. La correspondencia no contiene órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, sino simples recomendaciones, las cuales no traducen el poder de mando del patrono al empleado, ni, por tanto, obligación por parte de éste de sujetarse a

su cumplimiento. Las pruebas ponen de manifiesto una doble relación: de concubinato la una y de trabajo personal la otra. Pero la segunda es apenas una secuela de la primera, pues la de concubinato resalta como prevalente.

La acusación ni siquiera menciona la correspondencia, y, en cuanto a la prueba testimonial, se limita a decir que la mayoría de los testigos asevera que la Cardona prestó servicios personales al demandado. El reparo así formulado no es de recibo. Para su estudio la Corte se vería en la necesidad de examinar la totalidad de las declaraciones, a efecto de constatar si el mayor número afirma el hecho a que el acusador se refiere. Es fácil advertir que la prueba no queda especificada, como lo exige la ley, con el procedimiento empleado por el recurrente. Por lo demás, el servicio personal tiene el mérito de exonerar a quien lo presta, de la carga probatoria sobre la existencia del contrato de trabajo, pero sólo constituye una presunción legal, que, por lo mismo, admite prueba en contrario. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 24 del Código. Y ocurre que, según elementos de juicio corrientes en autos, el trabajo personal rendido por la demandante no lo fue con el propósito de recibir una retribución en calidad de trabajadora dependiente, sino en el ánimo de prestar una colaboración de manera espontánea, dentro de una relación de concubinato. Tal es el concepto del fallador, basado en pruebas que no han sido objeto de impugnación.

Por último, debe observarse que la tesis del Tribunal no es la de que entre concubinos no pueda darse el contrato de trabajo, como lo sugiere el recurrente, sino la de que en el supuesto de haberse probado el servicio personal, no fue independiente de la relación sexual extramatrimonial entre los litigantes. En concepto de la Sala, si la concubina presta servicios personales en beneficio del hombre con quien convive, ese hecho no impide el nacimiento del contrato laboral. En tal hipótesis, objeto de la convención es el trabajo personal, respecto del cual el trato sexual es extraño e independiente, y, por tanto, sin incidencia en el derecho social. Pero, como es obvio, es preciso demostrar que el servicio personal no se prestó en consideración a la vinculación concubinaria, extremo que no ha tenido comprobación en el proceso.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes. - Roberto de Zubiría C. José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CESANTIA. VACACIONES. COSTAS DEL JUICIO. PRETENDIDA INCOMPETENCIA DE LA JUSTICIA LABORAL, PAR CONOCER DE ESTE NEGOCIO, CON FUNDAMENTO EN LA CAUSAL DE CASACION ESTABLECIDA EN EL DECRETO 2017 DE 1.952. REITERACION DE DOCTRINAS ANTERIORMENTE EXPUESTAS POR LA SALA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

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

Leonel Rodríguez, por medio de apoderado, demandó a la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi), entidad con personería jurídica y sede en Barranquilla, para que previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se condene a la demandada, al reconocimiento y pago de las sumas que le adeuda por concepto de cesantía, vacaciones y costas del juicio.

Para fundamentar su demanda, y en cuanto a los hechos, manifestó: que prestó sue servicios a la Asociación, durante el lapso de tiempo comprendido entre el 5 de noviembre de 1.958 y el 12 de noviembre de 1.960; que el último salario devengado fue el de $ 12.80, como salario básico; y, finalmente, que no obstante haber reclamado sus prestaciones, la empresa se ha negado sistemáticamente a cancelárselas.

En derecho invocó los artículos 23, 27, 37, 65, 186, 249 y concordantes del C. S. del T. y el C. de P. L.

La demandada, en la contestación del libelo, negó los hechos y el derecho invocado, se opuso a que se hicieran las condenaciones impetradas, y propuso, además, las excepciones de declinatoria de jurisdicción, ilegitimidad de la personería en la parte demandada, inexistencia del contrato de trabajo, pago efectivo, inepta demanda y prescripción.

La controversia fue desatada por el Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío que fue el del conocimiento, por sentencia de 9 de agosto de 1.962, por la cual condenó a la entidad demandada a pagar al actor las sumas de $ 625.06 por cesantía, $ 192.oo por vacaciones y $ 50.oo en costas. Declaró no probadas las excepciones propuestas.

Los apoderados de las partes apelaron de la sentencia de primer grado. Definió el recurso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala Laboral-, mediante sentencia de 26 de septiembre de 1.962, por la cual confirmó la de primera instancia. No condenó en costas.

Corresponde a la Corte resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Adenavi contra el fallo del Tribunal, el que concedido, fue admitido y se ha tramitado legalmente.

EL RECURSO.

El alegato que lo sustenta señala como alcance de la impugnación la nulidad de lo actuado en el juicio por incompetencia de jurisdicción. Por tanto, la Corte debe casar la sentencia de segundo grado haciendo tal declaración, para que del proceso conozca el Juez Arbitral.

Invoca el motivo especial de casación establecido en el decreto legislativo No. 2017 de 1.952, parágrafo de su art. 1o.

Para demostrarlo arguye el recurrente:

En oportunidad (fl. 4) propuso el apoderado de Adenavi la excepción de incompetencia o declinatoria de jurisdicción, por estimar que tanto la entidad demandada como los sindicatos de braceros de Puerto Berrío estaban sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena

La Asociación de Navieros sostiene que el laudo arbitral dictado por el Tribunal Especial de Arbitramento constituído para definir el conflicto colectivo de trabajo surgido entre el sindicato de braceros (Sindebra) y el de braceros y lancheros (Simbralán) de Puerto Berrío, por una parte, y la Asociación Nacional de Navieros, por la otra, de fecha 5 de diciembre de 1.953, dejó claramente establecido que la competencia para dirimir las controversias entre dichos sindicatos y la nombrada asociación correspondía a la Comisión ya mencionada y no a la justicia del trabajo.

Los trabajadores portuarios expresaron el deseo de reemplazar el sistema vigente para resolver sus conflictos, por otro, según el cual aquéllos debía definirlos una Junta de Relaciones, y para el caso de que la Junta no lograra su solución, debía decidirlos en segunda instancia el Inspector del Trabajo de Puerto Berrío y el Juzgado de la rama de la misma ciudad, de acuerdo con las súplicas contenidas en las cláusulas vigésima y vigésima-primera del pliego de peticiones.

El laudo de 1.953 negó las peticiones consignadas en las referidas cláusulas, pero su rechazo obedeció a que ya existía un organismo arbitral creado por los interesados para la decisión de sus conflictos jurídicos. "Esto se encuentra debidamente acreditado con la copia del fallo arbitral del 5 de diciembre de 1.953, que obra en autos, y con la cual se demuestra de manera completa la existencia de una jurisdicción especial del Río Magdalena, a la cual están sometidos los braceros y empresas navieras e intermediarias, prueba con la cual ha debido declararse incompetente la jurisdicción del Trabajo común y suficiente para demostrar la excepción de incompetencia o de declinatoria de jurisdicción oportunamente alegada".

Por su parte el opositor hace un estudio para controvertir las razones expuestas por el recurrente y en su lugar sustentar la tesis sostenida por la Corte en casos análogos al presente; pide además no se case la sentencia y se condene en costas al recurrente por su temeridad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

En sus aspectos esenciales, de hecho y de derecho, en las decisiones de instancia y en casación, el presente juicio es igual al seguido contra la Asociación de Navieros por Mauro Buriticá.

En vista de la igualdad de situaciones en los dos procesos, para el rechazo de la demanda de casación en el primero, basta transcribir lo dicho por la Sala al estudiar dicha pieza en el segundo, en sentencia de fecha 13 de octubre de 1.961:

"1. El rechazo por los falladores de instancia de la excepción sobre incompetencia de jurisdicción propuesta por la entidad demandada y la afirmación de que el conocimiento del litigio corresponde a la justicia del trabajo, se funda en la consideración de que al juicio no se aportó la prueba de que las partes hubieran deferido a un Juez Arbitral creado por ellas, el conocimiento de los conflictos jurídicos derivados de sus relaciones laborales; que esa prueba, ausente del proceso, según el Decreto 2017 de 1.952, es la siguiente: la convención, el pacto o el fallo arbitral. "En el evento a estudio, y más concretamente, en los litigios que se han presentado entre los trabajadores y la Asociación Nacional de Navieros, no se ha anexado la prueba que indique que en convención, pacto o fallo arbitral se hubiese estipulado la competencia de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje para dirimir las controversias. Como del mandato legal transcrito, y por sí solo, no surge esa competencia privativa de las Comisiones o Tribunales de Conciliación y Arbitraje, no se entiende suspendido en forma alguna el artículo 2o. del Decreto 2158 de 1.948".

"2. Sostiene el recurrente que el laudo del 5 de diciembre de 1.953, copia del cúal obra en el juicio, acredita la existencia de un organismo arbitral entre las partes, denominado Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena.

"En caso igual al presente (juicio de Luis A. Hidalgo contra la Asociación Nacional de Navieros), esta Sala de la Corte, en sentencia del 28 de octubre de 1.960 (G. J. t. XCIII, pags. 261 a 265) hizo el estudio detenido de la cuestión jurídica que plantea el recurrente. De esa providencia son los apartes que a continuación se transcriben:

"Para que tenga aplicación la norma del decreto se requiere, al tenor de lo prescrito en el inciso 1o. de su art. 1o., el lleno de estas condiciones: a). Que las partes, con anterioridad a la promoción del proceso, hayan establecido un organismo arbitral encargado de dirimir sus controversias; y b) Que el establecimiento conste en convención colectiva, pacto o fallo arbitral.

"Ahora bien: el laudo arbitral de 1.953, que en copia obra en el juicio, no reconoció la existencia de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena como jurisdicción especial para dirimir conflictos jurídicos entre las partes, como lo asevera el recurrente. Basta transcribir las cláusulas del pliego de peticiones a que alude el impugnador y lo que sobre ellas decidió el fallo arbitral, para poner de manifiesto la inexactitud de la afirmación".

"La cláusula vigésima, que el fallo transcribe, solicita la creación de una Junta de Relaciones, integrada por representantes de las partes, con la función de armonizar las relaciones entre ellas y la de vigilar que las empresas navieras cumplan sus deberes dentro de las normas preestablecidas.

"Continúa la sentencia: "Y estatuye la cláusula vigésima-primera: 'Las diferencias que nazcan de la ejecución del presente contrato sindical, serán conocidas por el señor Inspector del Trabajo, Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, cuando la Junta de Relaciones se vea en imposibilidad de solucionarlas. En los dos primeros casos será llamado el Administrador de Adenavi'.

"En el estudio de las dos peticiones dijo el laudo en la parte motiva:

"'Cláusula vigèsima: Tampoco se acepta, porque hoy existe la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, para estos casos, que es de origen legal. Tampoco puede el Tribunal obligar a que el Inspector del Trabajo haga parte de la Comisión propuesta para dirimir lo que a ella incumba resolver.

"'Cláusula vigésima-primera: También es preciso rechazarla, por cuanto se relaciona con una materia de jurisdicción especial en que sólo un acuerdo de las partes puede operar y el Tribunal no puede imponerla. En este caso se estará a lo que determine la ley por razón de la vecindad de las partes, naturaleza del negocio, etc. y el Tribunal nada debe decidir'.

"El laudo negó la petición de la cláusula vigésima-primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su art. 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su art. 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual, cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el art. 1o. del Decreto 2017 de 1.952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas.

"Debe observar la Corte que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la conciliación únicamente. Pero suponiendo -como lo sostiene el recurrente- que por tener conocimiento el Tribunal Arbitral de la existencia de dicha Comisión, tal circunstancia basta para darla por establecida, debe anotarse que ese conocimiento no suple la prueba que la ley exige para demostrar que la Comisión había sido creada por convenio de las partes, consignado en pacto o convención colectiva. Esta no produce ningún efecto, al tenor del art. 469 del Código del Trabajo, si no consta por escrito, y el pacto está sujeto a las mismas reglas de la convención (art. 481 ibidem). Aún aceptando que el acto de constitución pudiera consignarse en fallo arbitral, aquél requiere documentación como prueba de su existencia por mandato del art. 136 del C. de P. L. Se trata, como se vé, de un requisito esencial para la validez de los tres actos jurídicos mencionados, esto es, de una solemnidad, que no puede ser reemplazado por prueba distinta de la prescrita por la ley".

"3. A las consideraciones anteriores se agregan las siguientes:

"Entiende el recurrente que la simple afirmación del laudo arbitral relativa a la existencia de la Comisión de Arbitraje del Rio Magdalena, demuestra el hecho. Para la Sala no es aceptable el argumento: una cosa es afirmar la existencia de un hecho, de trascendencia jurídica, y otra muy distinta su demostración. Entre la afirmación del hecho, simple manifestación de conocimiento de quien la hace, y la prueba del mismo, no hay una relación de causalidad necesaria. Si así fuera, la afirmación del hecho y su prueba tendrían la misma significación. Es regla de derecho probatorio, de universal aceptación, la de que al actor corresponde la carga de la prueba, respecto de los hechos básicos de sus pretensiones, y al demandado la de los hechos en que funde las excepciones que proponga.

"En el caso debatido, la excepción de incompetencia de la justicia del trabajo para conocer del litigio, propuesta por la Asociación de Navieros al contestar la demanda inicial, le imponía la carga de demostrar que entre ella y el sindicato al cual se halla afiliado el actor, se había estipulado la cláusula compromisoria; que ésta había sido consignada por escrito, conforme a la ley, acompañando al proceso copia auténtica del correspondiente documento. Esa prueba -como lo anota el fallador- no figura en autos. En el supuesto de que para el Tribunal que profirió el laudo de 1.953, hubiera sido un hecho cierto la existencia de la Comisión Arbitral del Río Magdalena, no lo fue para los Jueces de la justicia del Trabajo

"En un proceso tienen valor las pruebas producidas en otro, si en ambos han actuado las mismas partes y para su práctica se han observado las normas procesales correspondientes, para lo cual basta trasladar al primero la prueba recogida en el segundo. No fue ésto lo que ocurrió en el caso de autos, pues al presente juicio no se trasladó del proceso arbitral el acto creador de la Comisión del Río Magdalena, entre otras razones, por la fundamental de que en él no se adujo la prueba de ese acto, ni había razón alguna para presentarla, pues nada tenía que decidir el Tribunal de Arbitramento sobre existencia o inexistencia de la referida Comisión, ni eran conflictos jurídicos de naturaleza individual, sino económicos o de intereses simples, los sometidos a su consideración. A este Tribunal le propuso el pliego de peticiones (cláusula vigésima-primera) el establecimiento de una justicia arbitral, súplica que decidió negativamente.

"El recurrente, en apoyo del cargo, hace además estas consideraciones:

"Al resolver casos semejantes ha sostenido la Corte que el arbitraje sólo puede ser obra de la voluntad contractual y no materia de decisión de un tribunal arbitral, concepto que estima equivocado, aduciendo para confutarlo estas razones: el Decreto 2017 de 1.952, según el cual, "pueden organizarse (lo dá a suponer) tribunales de conciliación y arbitraje", creados por convención, pacto o fallo arbitral. Del precepto del decreto deduce que el arbitraje sí puede tener por causa jurídica un fallo arbitral.

"Dice también el impugnador que cuando el arbitraje es obligatorio por mandato de la ley, queda descartado el acuerdo de las partes. En tal caso el árbitro, al resolver el conflicto, tiene facultad para decidir en justicia y equidad, pudiendo prescindir de normas legales que requieren la voluntad contractual. Si el laudo, según la Corte, no puede establecer una jurisdicción arbitral, para lo cual se requiere el acuerdo de los contratantes, para ser consecuente con esa doctrina deberá también decir en el futuro que el aumento del salario decretado por fallo arbitral es inaceptable, porque conforme a la ley debe ser estipulado por el patrono y el trabajador.

LA CORTE CONSIDERA:

"El razonamiento del recurrente sobre conceptos jurídicos de la Corte, transcritos en la sentencia de que antes se hizo mención, es extraño al hecho en que se funda el motivo de casación que alega. Consiste ese hecho en demostrar que la justicia del trabajo no es competente para decidir una litis determinada debido a que las partes la habían excluido de su conocimiento en virtud de la cláusula compromisoria consignada por escrito en la forma prevista en la ley.

"La Corporación se limitó a formular una simple observación sobre el contenido del art. 1o. del Decreto 2017 de 1.952, al margen de la cuestión debatida, fijando el sentido de las normas legales, contenidas en el Código Procesal del Trabajo, reguladoras del arbitraje transitorio o permanente. En el supuesto de que lo dicho al respecto sea equivocado, como lo sostiene el impugnador, ninguna incidencia tendría en la decisión de derecho contenida en la sentencia recurrida".

Refuta la Sala los argumentos del recurrente en el fallo de fecha 11 de octubre de 1.961, dictado en el juicio seguido por Diógenes Urquijo contra la misma entidad demandada en el presente, y a las consideraciones allí expuestas se remite.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, 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.

AUXILIO DE CESANTIA. VACACIONES. PRETENDIDA E INFUNDADA ALEGACION DE INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCION DEL TRABAJO PARA CONOCER DE ESTE NEGOCIO. CAUSAL DE CASACION ESTABLECIDA EN EL DECRETO 2017 DE 1.952. REITERA LA SALA DOCTRINAS RECIENTEMENTE EXPUESTAS.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

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

Ante el Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, Hernando de J. Lora, demandó por medio de apoderado, a la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi), para que por medio de un juicio ordinario de trabajo, fuese condenada a pagarle las sumas que resulten demostradas por concepto de cesantía, vacaciones, indemnización por falta de pago y las costas del juicio. Subsidiariamente solicita que sea condenada a pagarle cuanto se probare por concepto de uno o algunos de los conceptos anotados.

Afirma la demanda que prestó sus servicios a la Asociación, desde el primero de enero de 1.956, hasta fecha reciente que se demostrará, en labores de braceria portuaria, sin que la Empresa le haya cancelado las prestaciones a que tiene derecho. Finalmente afirma que el salario fue variable, y que por lo tanto se demostrará posteriormente.

En derecho se fundamentó en los artículos 22, 23, 57, 65, 186, 249 y concordantes del C. de P. L.

En la respuesta a la demanda, la Asociación se opone a que se hagan las condenas en ella impetradas, niega los hechos y el derecho invocados y propone las excepciones de ilegitimidad de la personería en la parte demandada, declinatoria de jurisdicción, inexistencia del contrato de trabajo, ineptá demanda y prescripción.

En primera instancia decidió el litigio el Juez del conocimiento, por sentencia de 17 de agosto de 1.962, por la cual condena a la entidad demandada a pagar al actor la suma de $1.499.82 por cesantia, $157.05 por vacaciones correspondientes al año de 1.959. Sobre las vacaciones anteriores a este año, declaró probada la excepción perentoria definitiva de cosa juzgada. Absolvió en lo demás y se abstuvo de condenar en costas.

Los apoderados de ambas partes interpusieron el recurso de apelación. El Tribunal Superior de Medellín -Sala Laboral-, resolvió la alzada por sentencia de 26 de septiembre de 1.962, por la que confirma la de primer grado. No condenó en costas.

La parte demandada interpuso recurso de casación, el que tramitado en debida forma, la Corte pasa a decidir con base en la demanda que lo sustenta y el correspondiente escrito de réplica.

EL RECURSO:

El alegato que lo sustenta señala como alcance de la impugnación la nulidad de lo actuado en el juicio por incompetencia de jurisdicción. Por tanto, la Corte debe casar la sentencia de segundo grado haciendo tal declaración, para que del proceso conozca el Juez Arbitral.

Invoca el motivo especial de casación establecido en el decreto legislativo No. 2017 de 1.952, parágrafo de su art. 1o.

Para demostrarlo arguye el recurrente.

En oportunidad (fl. 4) propuso el apoderado de Adenavi la excepción de incompetencia o declinatoria de jurisdicción, por estimar que tanto la entidad demandada como los sindicatos de braceros de Puerto Berrío estaban sometidos a la jurisdicción especial de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena.

La Asociación de Navieros sostiene que el laudo arbitral dictado por el Tribunal Especial de Arbitramento constituído para definir el conflicto colectivo de trabajo surgido entre el sindicado de braceros (Sindebra) y el de braceros y lancheros (Sinbralán) de Puerto Berrío, por una parte, y la Asociación Nacional de Navieros, por la otra, de fecha 5 de diciembre de 1.953, dejó claramente establecido que la competencia para dirimir las controversias entre dichos sindicatos y la nombrada asociación correspondía a la Comisión ya mencionada y no a la justicia del trabajo.

Los trabajadores portuarios expresaron el deseo de reemplazar el sistema vigente para resolver sus conflictos, por otro, según el cual aquellos debía definirlos una Junta de Relaciones, y para el caso de que la Junta no lograra su solución, debía decidirlos en segunda instancia el Inspector del Trabajo de Puerto Berrío y el Juzgado de la rama de la misma ciudad, de acuerdo con las súplicas contenidas en las cláusulas vigésima y vigésima-primera del pliego de peticiones.

El laudo de 1.953 negó las peticiones consignadas en las referidas cláusulas, pero su rechazo obedeció a que ya existía un organismo arbitral creado por los interesados para la decisión de sus conflictos jurídicos. "Esto se encuentra debidamente acreditado con la copia del fallo arbitral del 5 de diciembre de 1.953, que obra en autos, y con la cual se demuestra de manera completa la existencia de una jurisdicción especial del Río Magdalena, a la cual están sometidos los braceros y empresas navieras e intermediarias, prueba con la cual ha debido declararse incompetente la jurisdicción del trabajo común y suficiente para demostrar la excepción de incompetencia o de declinatoria de jurisdicción oportunamente alegada".

Por su parte el opositor hace un estudio para controvertir las razones expuestas por el recurrente y en su lugar sustentar la tesis sostenida por la Corte en casos análogos al presente; pide, además, no se case la sentencia y se condene en costas al recurrente por su temeridad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

En sus aspectos esenciales, de hecho y de derecho, en las decisiones de instancia y en casación, el presente juicio es igual al seguido contra la Asociación de Navieros por Mauro Buriticá.

En vista de la igualdad de situaciones en los dos procesos, para el rechazo de la demanda de casación en el primero, basta transcribir lo dicho por la Sala al estudiar dicha pieza en el segundo, en sentencia de fecha 13 de octubre de 1.961:

"1. El rechazo por los falladores de instancia de la excepción sobre incompetencia de jurisdicción propuesta por la entidad demandada y la afirmación de que el conocimiento del litigio corresponde a la justicia del trabajo, se funda en la consideración de que al juicio no se aportó la prueba de que las partes hubieran deferido a un Juez Arbitral creado por ellas, el conocimiento de los conflictos jurídicos derivados de sus relaciones laborales; que esa prueba, ausente del proceso, según el Decreto 2017 de 1.952, es la siguiente: la convención, el pacto o el fallo arbitral. "En el evento a estudio, y más concretamente, en los litigios que se han presentado entre los trabajadores y la Asociación Nacional de Navieros, no se ha anexado la prueba que indique que en convención, pacto o fallo arbitral se hubiese estipulado la competencia de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje para dirimir las controversias. Como del mandato legal transcrito, y por sí solo, no surge esa competencia privativa de las Comisiones o Tribunales de Conciliación y Arbitraje, no se entiende suspendido en forma alguna el artículo 2o. del Decreto 2158 de 1.948".

"2. Sostiene el recurrente que el laudo del 5 de diciembre de 1.953, copia del cual obra en el juicio, acredita la existencia de un organismo arbitral entre las partes, denominado Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena.

"En caso igual al presente (juicio de Luis A. Hidalgo contra la Asociación Nacional de Navieros), esta Sala de la Corte, en sentencia del 28 de octubre de 1.960 (G. J. t. XCIII, págs. 261 a 265) hizo el estudio detenido de la cuestión jurídica que plantea el recurrente. De esa providencia son los apartes que a continuación se transcriben:

"Para que tenga aplicación la norma del decreto se requiere, al tenor de lo prescrito en el inciso 1°. de su art. 1°., el lleno de èstas condiciones: a) Que las partes, con anterioridad a la promoción del proceso, hayan establecido un organismo arbitral encargado de dirimir sus controversias; y b) Que el establecimiento conste en convención colectiva, pacto o fallo arbitral.

"Ahora bien: el laudo arbitral de 1.953, que en copia obra en el juicio, no reconoció la existencia de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena como jurisdicción especial para dirimir conflictos jurídicos entre las partes, como lo asevera el recurrente. Basta transcribir las cláusulas del pliego de peticiones a que alude el impugnador y lo que sobre ellas decidió el fallo arbitral, para poner de manifiesto la inexactitud de la afirmación".

"La clàusula vigésima, que el fallo transcribe, solicita la creación de una Junta de Relaciones, integrada por representantes de las partes, con la función de armonizar las relaciones entre ellas y la de vigilar que las empresas navieras cumplan sus deberes dentro de las normas preestablecidas.

"Continúa la sentencia: "Y estatuye la cláusula vigésima-primera: 'Las diferencias que nazcan de la ejecución del presente contrato sindical, serán conocidas por el señor Inspector del Trabajo, Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, cuando la Junta de relaciones se vea en imposibilidad de solucionarlas. En los dos primeros casos será llamado el Administrador de Adenavi'.

"En el estudio de las dos peticiones dijo el laudo en la parte motiva:

"Cláusula vigèsima: Tampoco se acepta, porque hoy existe la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, para estos casos, que es de origen legal. Tampoco puede el Tribunal obligar a que el Inspector del Trabajo haga parte de la Comisión propuesta para dirimir lo que a ella incumba resolver.

"'Cláusula vigèsima-primera: También es preciso rechazarla, por cuanto se relaciona con una materia de jurisdicción especial en que sólo un acuerdo de las partes puede operar y el Tribunal no puede imponerla. En este caso se estará a lo que determine la ley por razón de la vecindad de las partes, naturaleza del negocio, etc. y el Tribunal nada debe decidir'.

"El laudo negó la petición de la clàusula vigèsima-primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su art. 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su art. 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual, cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el art. 1o. del Decreto 2017 de 1.952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas.

"Debe observar la Corte que el laudo admitió la existencia de la Comisión del Río para los fines de la conciliación únicamente. Pero suponiendo -cómo lo sostiene el recurrente- que por tener conocimiento el Tribunal Arbitral de la existencia de dicha Comisión, tal circunstancia basta para darla por establecida, debe anotarse que ese conocimiento no suple la prueba que la ley exige para demostrar que la Comisión había sido creada por convenio de las partes, consignado en pacto o convención colectiva. Esta no produce ningún efecto, al tenor del art. 469 del Código del Trabajo, si nó consta por escrito, y el pacto está sujeto a las mismas reglas de la convención (art. 481 ibídem). Aún aceptando que el acto de constitución pudiera consignarse en fallo arbitral, aquèl requiere documentación como prueba de su existencia por mandato del art. 136 del C. de P. L. Se trata, como se vé, de un requisito esencial para la validez de los tres actos jurídicos mencionados, esto es, de una solemnidad, que no puede ser reemplazado por prueba distinta de la prescripta por la ley".

" 3. A las consideraciones anteriores se agregan las siguientes:

"Entiende el recurrente que la simple afirmación del laudo arbitral relativa a la existencia de la Comisión de Arbitraje del Río Magdalena, demuestra el hecho. Para la Sala no es aceptable el argumento: una cosa es afirmar la existencia de un hecho, de trascendencia jurídica, y otra muy distinta su demostración. Entre la afirmación del hecho, simple manifestación de conocimiento de quien la hace, y la prueba del mismo, no hay una relación de causalidad necesaria. Si así fuera, la afirmación del hecho y su prueba tendrían la misma significación. Es regla de derecho probatorio, de universal aceptación, la de que al actor corresponde la carga de la prueba, respecto de los hechos básicos de sus pretensiones, y al demandado la de los hechos en que funde las excepciones que proponga.

"En el caso debatido, la excepción de incompetencia de la justicia del trabajo para conocer del litigio, propuesta por la Asociación de Navieros al contestar la demanda inicial, le imponía la carga de demostrar que entre ella y el sindicato al cual se halla afiliado el actor, se había estipulado la clausula compromisoria; que ésta había sido consignada por escrito, conforme a la ley, acompañando al proceso copia auténtica del correspondiente documento. Esa prueba -como lo anota el fallador- no figura en autos. En el supuesto de que para el Tribunal que profirió el laudo de 1.953, hubiera sido un hecho cierto la existencia de la Comisión Arbitral del Río Magdalena, no lo fue para los Jueces de la justicia del Trabajo.

"En un proceso tienen valor las pruebas producidos en otro, si en ambos han actuado las mismas partes y para su práctica se han observado las normas procesales correspondientes, para lo cual basta trasladar al primero la prueba recogida en el segundo. No fue ésto lo que ocurrió en el caso de autos, pues al presente juicio no se trasladó del proceso arbitral el acto creador de la Comisión del Río Magdalena, entre otras razones, por la fundamental de que en él no se adujo la prueba de ese acto, ni había razón alguna para presentarla, pues nada tenía que decidir el Tribunal de Arbitramento sobre existencia o inexistencia de la referida comisión, ni eran conflictos jurídicos de naturaleza individual, sino económicos o de intereses simples, los sometidos a su consideración. A este Tribunal le propuso el pliego de peticiones (cláusula vigésima-primera) el establecimiento de una justicia arbitral, súplica que decidió negativamente.

"El recurrente, en apoyo del cargo, hace además estas consideraciones:

" Al resolver casos semejantes ha sostenido la Corte que el arbitraje sólo puede ser obra de la voluntad contractual y no materia de decisión de un tribunal arbitral, concepto que estima equivocado, aduciendo para confutarlo estas razones: el Decreto 2017 de 1.952, según el cual, " pueden organizarse (lo da a suponer) tribunales de conciliación y arbitraje", creados por convención, pacto o fallo arbitral. Del precepto del decreto deduce que el arbitraje sí puede tener por causa jurídica un fallo arbitral.

"Dice también el impugnador que cuando el arbitraje es obligatorio, por mandato de la ley, queda descartado el acuerdo de las partes. En tal caso el árbitro, al resolver el conflicto, tiene facultad para decidir en justicia y equidad, pudiendo prescindir de normas legales que requieren la voluntad contractual. Si el laudo, según la Corte, no puede establecer una jurisdicción arbitral, para lo cual se requiere el acuerdo de los contratantes, para ser consecuente con esa doctrina deberá también decir en el futuro que el aumento del salario decretado por fallo arbitral es inaceptable, porque conforme a la ley debe ser estipulado por el patrono y el trabajador.

LA CORTE CONSIDERA:

" El razonamiento del recurrente sobre conceptos jurídicos de la Corte, transcritos en la sentencia de que antes se hizo mención, es extraño el hecho en que se funda el motivo de casación que alega. Consiste ese hecho en demostrar que la justicia del trabajo no es competente para decidir una litis determinada debido a que las partes la habían excluído de su conocimiento en virtud de la cláusula compromisoria consignada por escrito en la forma prevista en la ley.

" La corporación se limitó a formular una simple observación sobre el contenido del art. 1o del Decreto 2017 de 1.952, al margen de la cuestión debatida, fijando el sentido de las normas legales, contenidas en el Código Procesal del Trabajo, reguladoras del arbitraje transitorio o permanente. En el supuesto de que lo dicho al respecto sea equivocado, como lo sostiene el impugnador, ninguna incidencia tendría en la decisión de derecho contenida en la sentencia recurrida".

Refuta la Sala los argumentos del recurrente en el fallo de fecha 11 de octubre de 1.961, dictado en el juicio seguido por Diógenes Urquijo contra la misma entidad demandada en el presente, y a las consideraciones allí expuestas se remite.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, 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.- Luis Fernando Paredes A.- Roberto de Zubiría C.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE SALARIOS INSOLUTOS Y PRESTACIONES SOCIALES. CONCURRENCIA DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO Y APARCERIA. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

ANTECEDENTES.

Juan de Dios Loaiza, por medio de apoderado, citó a juicio ordinario a los señores Francisco y Mario Botero Alvarez, para que por sentencia fueran condenados a pagarle solidariamente las sumas de dinero en la cuantía que indican las súplicas del petitum, por estos conceptos: salarios, cesantía, vacaciones, primas semestrales, reembolsos por gastos efectuados en pago de jornales, la indemnización por mora y las costas del juicio.

Dicen los hechos fundamentales de la demanda que Juan de Dios Loaiza comenzó a trabajar en la finca denominada "La Floresta", de propiedad de Fransciso y Mario Botero, situada en el Municipio de Santuario (Caldas), desde principios del año de 1.951; que administró un cafetal en compañía, utilizando trabajadores a sus expensas; que a solicitud de los demandados celebró con ellos un contrato verbal de trabajo, por medio del cual se obligó a manejar el inmueble y, de manera especial a cuidar el ganado vacuno, bajo la promesa de de que los servicios le serían remunerados con un salario justo; que además de la indicada función, tuvo a su cargo la limpieza de potreros y la consecusión y vigilancia de trabajadores, como las demás actividades relacionadas con la administración de la finca; que en tal forma trabajó desde mediados de 1.951 hasta el 14 de febrero de 1.959, fecha de su retiro, que desde entonces ha requerido a los demandados para que le paguen los salarios devengados, las prestaciones sociales y le reintegren las sumas invertidas en jornales, a lo cual se han negado; que estima la remuneración por los servicios personales en la cantidad de $150,oo mensuales, y, en su defecto, la que se determine de acuerdo con lo dispuesto por el art. 144 del CST.

En derecho cita las leyes 200 de 1.936, 100 de 1.944, el decreto 291 de 1.957 y las normas pertinentes del CST.

La respuesta a la demanda se opone a sus pretensiones. Manifiesta que en la finca La Floresta, Loaiza fue un aparcero, pero no trabajador dependiente. Niega que el actor hubiera gastado de su peculio suma alguna para cubrir jornales de trabajadores, pues su valor lo recibía de Mario Botero, función que cumplía el demandante como obligación derivada del contrato de aparcería.

El juicio siguió su curso conforme al trámite legal y terminó en primera instancia por sentencia dictada por el Juzgado del Trabajo de Pereira con fecha 17 de diciembre de 1.959, absolutoria de los demandados, sin costas.

Apeló la parte vencida. Culminó la segunda instancia con sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Manizales, de fecha 15 de julio de 1.960, la cual confirma la del Juzgado a quo, sin costas.

Contra la anterior providencia interpuso el demandante el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

EL RECURSO

Solicita que la Corte haga la declaración de que están probados los extremos cronológicos del contrato de trabajo, y, en consecuencia condene a los demandados al pago de los salarios y prestaciones que reclama el actor, con base en la asignación que fija la demanda inicial, o de acuerdo con el mínimo de $3.68 diarios que señala el decreto 18 de 1.957.

Invoca la causal primera de casación.

Formula un solo cargo. En él acusa el fallo del Tribunal por violación directa de los arts. 1757 del C. C. y 27, 249, 186, 306 y 65 del CST.

En su apoyo sostiene el recurrente que a la infracción de las normas legales llegó el Tribunal por no haber apreciado como confesión del demandado la respuesta de éste a los hechos 1o. y 3o. del libelo inicial. Si se estudia con detenimiento, se llega a la conclusión de que el demandado pretendió negar los elementos del contrato laboral, pero no la fecha inicial de los servicios ni la de salida del trabajador. Tanto el Tribunal como el Juzgado -agrega el acusador- aceptan la existencia de la vinculación laboral, involucrada a una de aparcería. La coexistencia de las dos relaciones jurídicas fue coetánea, pues ambas empezaron el mismo día y terminaron en la misma fecha. No se puede argumentar, como lo hace la sentencia, que las obligaciones de Loaiza como aparcero le impedían cumplir las de trabajador, porque conduciría a desconocer el principio sobre concurrencia de contratos sancionado por la ley. Y tampoco se puede admitir, como lo pretende la sentencia, la imposibilidad de que una persona se dedique por largo tiempo al servicio de otra, sin obtener remuneración alguna, ya que tal situación puede presentarse. La tesis del fallador equivaldría a exigirle al arrendatario una continua y encarnizada pugna con el patrono, con resultados desfavorables para el aparcero trabajador.

Para comprobar que el demandado confesó los extremos cronológicos del contrato laboral, la acusación transcribe los hechos 1o. y 3o., de la demanda inicial y la respuesta correspondiente, y concluye diciendo que los demandados aceptaron las que indican tales hechos, por lo cual debe darse a la confesión el valor que le atribuye la ley (arts. 603 y 609 del C. J.).

SE CONSIDERA:

Sobre el extremo de la litis a que el cargo se refiere, dice el fallador que de las posiciones absueltas por el actor, de la contestación de la demanda, de

la inspección ocular y aun de las declaraciones de Germán Montoya, Gilberto Londoño y José Luis Betancour, se deduce que Loaiza estuvo vinculado a los demandados por un contrato de aparcería durante varios años, y a la vez desempeñó actividades personales en beneficio de los demandados, bajo su dependencia, dando lugar a un contrato de trabajo. Es decir, agrega el Tribunal, involucradas con el contrato de aparcería inicialmente pactado entre las partes, tuvieron operancia entre ella relaciones de trabajo personal ajenas al primero, que deben considerarse regidas por el art. 24 del C.S.T. Pero ocurre prosigue la sentencia- que las pruebas aportadas al juicio no dan base para separar el tiempo que el actor dedicó a la finca cafetera que recibió en compañía y el que utilizó en actividades distintas, ajenas a su calidad de aparcero.

Que la respuesta a la demanda tenga o no el valor de confesión, no es apreciación de la sentencia recurrida. Lo que ésta dice es que de ella no resulta acreditado el tiempo servido por el actor en calidad de trabajador dependiente, factor indispensable para liquidar las obligaciones reclamadas en el juicio. En el fondo lo que la acusación pretende demostrar es que el sentenciador incurrió en error de hecho en la estimación de la mencionada pieza procesal, demostrativa a su juicio de la fecha en que empezó el contrato de trabajo y aquella en que expiró. El cargo no es estimable, porque se vincula a cuestiones de hecho, fuera del ámbito de infracción de la ley de modo directo. En efecto, para saber si en realidad el contrato de trabajo comenzó simultáneamente con el de aparcería y terminaron ambos en la misma fecha, habría necesidad de examinar la prueba que señala el acusador, a fin de verificar si acredita lo que él sostiene, actividad propia de infracción de la ley de modo indirecto.

Aun dejando de lado el reparo de orden técnico, la Sala observa que la acusación es infundada, como se verá a continuación:

La demanda inicial (hecho 1o.) afirma que Loaiza entró a trabajar en la finca La Floresta, de propiedad de los demandados, desde principios de 1.951, en compañía; que, posteriormente, celebró con ellos, desde mediados de 1.951, un contrato de trabajo, que expiró el 14 de febrero de 1.959 (hecho 3o.). La respuesta a los dos hechos, en lo pertinente, fue la siguiente: Al 1o. "No es cierto como lo afirma el actor. La verdad es ésta . . . .Loaiza entró a trabajar como aparcero de la Floresta. Tenía derecho a la mitad del café de la finca y a mantener en las dehesas tres o cuatro vacunos y algunos cerdos. . .". Al 3o. "No es cierto como lo afirma el actor. . .".

La contestación a los dos hechos niega lo que ellos afirman. Las explicaciones no contienen datos acerca de la fecha en que comenzaron las actividades del actor en el inmueble ni la relativa a su terminación. Debe agregarse a lo expuesto que según los hechos en referencia, el trabajo del actor como aparcero se inició a principios de 1.951 y el que prestó como asalariado, empezó a mediados de ese año. No fueron, pues, coetáneas las dos relaciones jurídicas en su iniciación, como lo afirma el impugnante.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia

y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

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. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.



BIBLIOTECA
SUPREMA DE JUSTICIA

AUXILIO DE CESANTIA. VACACIONES. INTERPOSICION DEL RECURSO DE CASACION CON FUNDAMENTO EN LA CAUSAL ESTABLECIDA EN EL DECRETO 2017 DE 1.952. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA LABORAL PARA CONOCER DE ESTE NEGOCIO.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, primero de marzo de mil novecientos sesenta y tres,

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

DIOGENES URQUIJO demandó, por medio de apoderado, a la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi), entidad con personería jurídica y sede en Barranquilla, para que, previos los trámites del juicio ordinario laboral, fuera condenada a pagarle cesantía, vacaciones y costas del juicio.

Refiere la demanda, presentada al Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío el 8 de marzo de 1.962, que Urquijo prestó sus servicios personales a la Asociación de Navieros como afiliado al Sindicato de Braceros de Puerto Berrío, desde el 12 de julio de 1.954 hasta el 12 de febrero de 1.961; que devengaba salario a destajo y que ha reclamado sin resultado alguno sus prestaciones.

Fundó su derecho en los artículos 23, 27, 37, 65, 186, 249 y concordantes del CST. y en el Dcto. 2158 de 1.948.

El apoderado de la Asociación de Navieros, en la respuesta a la demanda, negó los hechos en que se funda, y se opuso a que se hicieran las condenas que solicita. Propuso en su defensa las excepciones de incompetencia de jurisdicción, inexistencia del contrato de trabajo, ilegitimidad en la personería de la parte demandada, inepta demanda, pago y prescripción.

El Juzgado del conocimiento desató la litis por sentencia del 22 de agosto de 1.962. Condena en ella a la Asociación de Navieros a pagar al actor $2.272.oo por cesantía y $192.00 por vacaciones. La absuelve en lo demás.

Apelaron ambas partes. Decidió en segundo grado la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín por sentencia de fecha 26 de septiembre de 1.962, en que confirma la de primer grado.

La parte demandada interpuso el recurso de casación con fundamento en la causal establecida en el Decreto 2017 de 1.952. Otorgado el recurso, fueron remitidos los autos a esta Superioridad. Preparado aquí debidamente, la Sala decide a continuación.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

El alcance de la impugnación lo señala así:

"El objeto del recurso, circunscrito como está, en el auto admisorio del mismo para los efectos del artículo 17 del Decreto 2017 de 1.952 en su parágrafo, se dirige a solicitar se declare la nulidad por haber conocido la jurisdicción del trabajo del asunto, careciendo de competencia para ello y como consecuencia case la sentecia recurrida, y deje sin efecto el proceso para que de él conozca el juez arbitral".

EL RECURSO.

Con base en lo dispuesto por el parágrafo del artículo 1o. del Decreto 2017 de 1.952, acusa la sentencia "por causa de nulidad que la afecta" (así como todo el proceso) consistente en haber conocido y fallado un litigio o conflicto jurídico careciendo de competencia para ello".

En desarrollo del cargo dice el recurrente que en el laudo arbitral dictado por el Tribunal Especial de Arbitramento, constituido para fallar el conflicto colectivo surgido entre los Sindicatos de Braceros "Sindebra" y Braceros y Lancheros "Sinbralan" de Puerto Berrío y la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi) con fecha 5 de diciembre de 1.953, se dejó claramente establecido que la competencia no era de la justicia del trabajo sino de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena. Y que por tanto, habiéndose acreditado ésto debidamente con la copia del mencionado Laudo, la jurisdicción del trabajo ha debido declararse incompetente, y como no lo hizo así, incurrió en nulidad que vicia no sólo la sentencia acusada sino todo el proceso.

Arguye el opositor que la demanda de los trabajadores braceros afiliados a los Sindicatos "Sindebra" y "Sinbralán" dirigida al reconocimiento de prestaciones a cargo de Adenavi, no tiene fuero especial, no están adscritas a las denominadas "Comisiones de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena", por lo cual su admisión, trámite y su consiguiente reconocimiento y juzgamiento compete a la justicia del trabajo conforme a los artículos 2o., 4o., 5o y concordantes del Decreto 2158 de 1.948. Y agrega, que siendo la Inspección del Trabajo y el juzgado de Puerto Berrío los únicos organismos estatales permanentes para el conocimiento de las relaciones obrero-patronales entre Adenavi y dicho Sindicato, resulta superfluo teorizar sobre si el Tribunal de Arbitramento que dictó el mencionado laudo tenía capacidad jurídica para establecer un organismo arbitral o remitirse a uno ya creado, cuando se asbtuvo de toda resolución al respecto.

SE CONSIDERA:

En sus aspectos esenciales, de hecho y de derecho en las decisiones de instancia y en casación, el presente juicio es igual al seguido contra la Asociación Nacional de Navieros por Adelangel Salcedo.

En vista de la igualdad de situaciones en los dos procesos, para el rechazo de la demanda de casaciòn en el primero, basta transcribir lo dicho por la Sala al estudiar esa pieza en el segundo, en sentencia de fecha 26 de noviembre de 1.962.

"Sobre la cuestión que plantea el cargo, dice el fallo del ad-quem: no basta la existencia de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena

para que sean de su competencia privativa las controversias de índole laboral entre los trabajadores portuarios y sus patronos, pues de acuerdo con el decreto 2017 de 1.952 (art. 1o.) corresponde su conocimiento al Tribunal o Comisión de Arbitraje que, de acuerdo con la respectiva convenciòn, pacto o fallo arbitral, tenga el encargo de dirimir las que surjan entre las partes. "En el evento a estudio -agrega- como todos los litigios que se han presentado entre los trabajadores y la Asociación de Navieros brilla por su ausencia la prueba indicadora de que en convención, pacto o fallo arbitral se hubiese estipulado la competencia de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje para dirimir las controversias a que se viene aludiendo". Por tanto, no se entiende suspendido para el caso el art. 2o. del C.P.L. sobre competencia de la justicia del trabajo para el conocimiento del asunto, de imperativa observancia por ser de orden público.

"No destruye el concepto de la decisión recurrida, ninguno de los argumentos aducidos por el acusador. En opiniòn de éste el fallo arbitral de diciembre de 1.953, decisorio del conflicto surgido entre los sindicatos de Braceros y el de Braceros Lancheros de Puerto Berrío, por una parte, y la Asociación Nacional de Navieros, por la otra, acredita la existencia de un Tribunal de Arbitramento para la resolución de las controversias que pudieran surgir entre los trabajadores de las dos asociaciones sindicales y la entidad patronal.. La afirmación es inexacta, como se deduce claramente de las súplicas del pliego de peticiones sometido a la consideraciòn del Tribunal Especial de Arbitramento que profirió el fallo mencionado. De las súplicas, se refieren a la cuestión en examen las contenidas en las cláusulas vigésima y vigésima-primera. Solicita la vigésima la creación de una Junta de Relaciones con el encargo de armonizar las actividades laborales entre sus miembros y la asociación de Navieros. Y pide la vigésima-primera que el Inspector del Trabajo o el Juzgado Laboral de Puerto Berrío, decidan las diferencias entre las partes que durante la ejecución del contrato sindical no hubiera podido arreglar la Junta de Relaciones.

"El fallo arbitral, al resolver las peticiones, rechazó la de la cláusula vigésima, "porque hoy existe -dice- la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, para estos casos, que es de creación legal..... "Tampoco accedió a lo pedido en la cláusula vigésima-primera, "por cuanto se relaciona con una materia de jurisdicción especial en que solo un acuerdo de las partes puede operar y el Tribunal no puede imponerla.....".

"Donde el fallo arbitral de 1.953 dispuso: no se accede a la sùplica sobre establecimiento de un Juez arbitral, quiere el recurrente que se lea lo contrario, esto es, que ese fallo es el acto orgánico del Juez en referencia. Salta a la vista la inconsistencia del razonamiento. No sobra anotar que el árbitro, segùn la petición de los sindicatos debía ser el Inspector del Trabajo o el Juzgado del Trabajo de Puerto Berrío, no tribunal alguno de conciliación y arbitraje.

"No es cierto que el fallo arbitral en mención hubiera negado la creación de una jurisdicción especial con el fundamento de que ya èsta existía, como lo afirma el recurrente. El laudo habla de preexistencia de una Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena para resolver diferencias entre el Sindicato de Braceros y la Asociación de Navieros, de orden interno, que era lo que aquél pretendía al pedir la creación de una Junta de Relaciones, cuyas atribuciones, según lo expresa la cláusula vigésima del pliego petitorio, eran "las de armonizar las relaciones entre la empresa patronal y el Sindicato y al mismo tiempo vigilar que las empresas cumplan con los deberes propios del contrato y que todos y cada uno de

los integrantes de la Junta laboren dentro de las normas preestablecidas e igualmente sobre la conducta laboral de los mismos, acudiendo al conducto regular en cada caso". No se le confiaba a la Junta el encargo de resolver conflictos jurídicos, sino el que se deja expresado, de manera que al negar el fallo arbitral su creación por entender que la función que se le asignaba le había sido confiada a la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río, no está diciendo que ésta era también un Tribunal de Arbitramento, como lo entiende el acusador.

"Se dejó anotado que las demás razones expuestas por el impugnador son ajenas a la cuestión decidida en el fallo del ad quem. En efecto, lo que éste sostiene es que al juicio no se aportó la prueba que demuestre la creación de un Tribunal de Arbitramento para la decisión de conflictos jurídicos emanados de contrato de trabajo celebrado entre la Asociación Nacional de Navieros y sus empleados, indispensable para sustraer su conocimiento de la justicia del trabajo. Por tanto, decir como lo hace el recurrente, que el arbitraje permanente puede ser instituído en un laudo arbitral; que la cláusula compromisoria puede pactarse no solo en el contrato individual de trabajo, en el sindical y en la convención colectiva, sino también cualquier otro documento posterior otorgado por las partes, como lo autoriza el artículo 131 del CPL., ninguna relación tiene con el punto debatido en el juicio ni en la estimación del fallo acusado. El cargo se refiere a estos puntos para combatir la tesis errónea que, en su opinión, ha sostido la Corte en casos semejantes al que ahora se contempla. Por las razones expuestas no entra ella a examinar lo que sobre tales puntos expone la demanda de casación, ni a rectificar conceptos que no ha expresado, como el de que el arbitraje permanente reconoce, entre otras fuentes, el compromiso, error inexcusable que no se encuentra en ninguna de las numerosas providencias que al decidir casos iguales ha dictado la Corporación".

Por todo lo dicho, el cargo no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de 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. - Luis Fernando Paredes A. - Roberto de Zubiría C. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PERJUICIOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE TRABAJO Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DELITO. DELIMITACION DE COMPETENCIAS ENTRE LA JUSTICIA PENAL, LA CIVIL Y LA LABORAL PARA CONOCER Y DECIDIR SOBRE PERJUICIOS CAUSADOS. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1. Infracción de la ley por errónea interpretación. 2. No es posible alegar en el mismo cargo interpretación errónea de la ley y violación indirecta de la misma. 3. El cambio en casación de la causa petendi entraña un medio nuevo, motivo suficiente para el rechazo del cargo. 4. Si la causa del perjuicio no es la ruptura ilegal del contrato, sino un hecho delictuoso, la justicia del trabajo no es competente para decretar su reparación. Corresponde a la justicia penal el conocimiento del proceso criminal de manera privativa. Aun en los casos en que es pertinente el ejercicio de la acción civil en juicio separado, corresponde su conocimiento al juez civil y no al del Trabajo. No es acumulable la acción de perjuicios por culpa contractual a la de perjuicio por culpa extracontractual.

1. Para que pueda hablarse de infracción de la ley por errónea interpretación se requiere que el fallador la aplique o deje de aplicarla al caso controvertido, pero dándole una inteligencia diversa de la que ofrece su verdadero sentido.

2. Conocida la significación que tiene el quebranto de la ley por erróneo entendimiento de su texto, resulta claro que no puede alegarse subsidiariamente, en el mismo cargo, su desconocimiento por vía indirecta, pues ésta se funda en motivo distinto, el error de hecho o de derecho en la actividad probatoria del juzgador, que no es pertinente tomar en cuenta cuando se alega interpretación errónea del precepto. En esta hipótesis el juicio de la sentencia recae sobre el contenido de la norma, con independencia de toda cuestión de hecho.

3. No guarda conformidad la censura contra el fallo por no haber condenado al pago de perjuicios morales subjetivos, con lo pedido en el libelo inicial y con lo que fue materia del debate en el proceso, pues su fundamento no es la violación del contrato, como se expresa en los hechos de la demanda de instancia, sino el delito de calumnia. El cambio de la *causa petendi* en casación entraña un medio nuevo, motivo suficiente para su rechazo.

4. La infracción del contrato de trabajo por el patrono sin justa causa origina perjuicios a su cargo por lucro cesante y daño emergente. Ese es el principio general, sancionado en el derecho común y acogido en el del trabajo, tanto en la legislación antigua (art, 11 de la ley 6a. de 1.945) como en el Código vigente (art. 64). Si el patrono ofende la dignidad del trabajador y lesiona su reputación, es indudable que le causa perjuicios, que, aùn considerados de ìndole moral, serían objetivos, indemnizables a título de daño emergente, para lo cual, como es obvio, se requiere la prueba que los acredite como su estimación en dinero.

En el asunto litigioso, el sentenciador llegò a la conclusión de que el motivo invocado por el patrono en la resolución de despido, no fue justificado por éste, estimando, en consecuencia, que infringió el contrato de trabajo sin justa causa. Con tal fundamento lo condenó al pago del lucro cesante. Respecto del daño emergente, la decisión fue absolutoria, por falta de prueba, tanto del perjuicio como de su estimación en cifra numérica. La resolución en tal sentido no la ataca el recurrente. Más aùn se muestra de acuerdo con ella. Su inconformidad radica en que ha debido condenar al patrono al pago de perjuicios morales subjetivos, como consecuencia del delito de calumnia, con fundamento en los artículos 64 del Código Sustantivo del Trabajo, 95 del Código Penal y 2341 del Código Civil. Sobre este aspecto conviene agregar estas consideraciones:

Si la causa del perjuicio no es la ruptura ilegal del contrato, sino un hecho delictuoso, la justicia del trabajo no es competente para decretar su reparación. El delito da lugar a la acción penal para la imposición de la pena al responsable de la infracción, y puede originar acción civil para la indemnización de los perjuicios causados al ofendido. La primera es siempre pública y se promueve de oficio, a menos que exija iniciativa de parte (artículos 8o. y 9o. del C. de Procedimiento Penal). Ahora bien: requieren querella de parte, entre otros delitos, el de calumnia (art. 42, inciso 4o., del decreto legislativo número 271 de 1.957). Pretende el acusador que la simple imputación de lo que considera hecho constitutivo de la infracción delictuosa, basta para que la justicia del trabajo condene al demandado a la indemnización de perjuicios morales subjetivos con aplicación del artículo 95 del Código Penal. El argumento es inaceptable, porque al tenor de la ley, corresponde a la justicia penal el conocimiento del proceso criminal de manera privativa. También es de su competencia la acción civil para la reparación de los perjuicios causados por el delito, que debe ejercitarse dentro del proceso penal, conforme a lo previsto en el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal. Aún en los casos en que es pertinente el ejercicio de la acción civil en juicio separado, corresponde su conocimiento al Juez Civil y no al de trabajo (art. 25 ibídem).

Con invocación del artìculo 2341 del Código Civil, tampoco es pertinente la condena al pago de perjuicios morales subjetivos. Se refiere el precepto a la responsabilidad directa por el hecho propio, derivado del delito o de la culpa, esto es, a la responsabilidad civil de naturaleza extracontractual. Y en el caso litigioso la responsabilidad que se alega es indirecta, pues la entidad de derecho pública demandada (Distrito Especial de Bogotá) no puede ser sujeto de delitos, sino sus agentes. En tal caso la norma que consagra el derecho a la indemnización es el artículo 2347 del C. Civil.

No sobra agregar que, no son acumulables la acción de perjuicios por culpa contractual a la de perjuicios por culpa extracontractual, como lo tiene decidido la jurisprudencia.

Siendo ello así, deducidas las dos acciones ante el Juez Civil, su decisión por el de trabajo resultaría aún más inconducente, ya que si carece de competencia para conocer de la que tiene por causa el delito, menos podría serlo para juzgar de la contractual acumulada a la anterior.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, primero de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Josè Joaquín Rodríguez).

MATERIA DEL PLEITO.

Rafael Otero Zuluaga, por medio de apoderado, llamó a juicio al Distrito Especial de Bogotá y a la Empresa Distrital de Aseo, para que por sentencia se hicieran estas declaraciones y condenas: que el Distrito, por medio de dependencias bajo su dirección, violó el contrato de trabajo que lo vinculaba al demandante, causàndole perjuicios morales y materiales con las acusaciones calumniosas contenidas en la resolución de despido; que, en consecuencia, las dos entidades están solidariamente obligadas a pagarle lo siguiente: indemnización de perjuicios por daño emergente y lucro cesante, subsidio familiar, perjuicios morales, y suministro de calzado y overoles.

El apoderado Judicial dijo en la demanda que Otero Zuluaga le prestó servicios al Distrito Especial de Bogotá, en el Ramo de Aseo, desde el 24 de noviembre de 1.955 hasta el 26 de septiembre de 1.958, habiendo devengado un salario de $10,05 diarios; que mediante la resolución No. 1698 del 27 de septiembre de 1.958, fue despedido ilegalmente; que la resolución le imputa actos criminales que el trabajador no ejecutó; que por ese motivo le causó daño a su reputación y lo ha imposibilitado para conseguir nuevo empleo; que, por tal razón, le ha causado perjuicios materiales, cuyo importe es el sueldo que devengaba, desde la fecha del despido hasta el día en que se declare públicamente su inocencia; que aprecia los perjuicios morales en la cantidad de $2.000,oo; que el Distrito no le hizo al empleado el suministro de calzado y overoles y se ha negado a repararle el daño causado y a reconocerle los demàs derechos reclamados.

La respuesta a la demanda niega el derecho que invoca y los hechos en que se apoya. Propuso las excepciones de pago, carencia de acciòn o de titulo y las demás que resulten probadas en el juicio.

El Juzgado 3o. del Trabajo de Bogotá decidiò el litigio en primera instancia, por sentencia del 9 de Junio de 1.960. El fallo condena al Distrito Especial de Bogotá a pagar al demandante la suma de $582,90, a titulo de perjuicios por lucro cesante (numeral primero) y lo absuelve de los demás cargos (numeral segundo), sin costas.

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior de Bogotà, Sala Laboral, resolvió el recurso de alzada por sentencia de fecha 7 de julio de 1.960, por medio de la cual confirma la de primer grado, con costas a cargo del demandante,

El actor interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

LA IMPUGNACION.

Aspira a que la Corte case la sentencia del ad-quem, y en instancia, condene a las entidades demandadas al pago de la suma de $2.000,oo, por perjuicios morales.

El recurso invoca la causal primera de casación, y con base en ella formula dos cargos.

Primer cargo.

Acusa violación de los arts. 16, 17 y 19 de la Constitución; 19, 55, 56, 57-5o., 59-9o., 64 y 66 del CST., en concordancia con los arts. 95 del Código Penal y 24 del Código de Procedimiento Penal y 1614 y 2341 del Código Civil, por errónea interpretación.

Sostiene el acusador que las consideraciones de la sentencia acerca del daño emergente, las cuales se reducen a expresar que no procede su reconocimiento por falta de prueba, evidencian "la violación directa de los preceptos legales citados, o, cuando menos, subsidiariamente, su violación indirecta, por errónea interpretación". La entidad patronal -agrega- infringió dichos preceptos, porque al calificar la causa del despido le imputó al demandante un hecho delictuoso falso, ofensivo de su dignidad, pues lo sometió al escarnio público mediante la publicación de la resolución de despido, donde consta la falsa imputación.

Cita el cargo decisiones de la jurisprudencia recibida por los jueces penales, relacionada con la aplicación del art. 95 del C. P., según la cual, la sentencia que condene al reo por la comisión de algunos delitos, v. gr., el de calumnia, genera perjuicios morales, y debe ordenar su resarcimiento. Manifiesta que esa jurisprudencia es de aplicación en el proceso del trabajo, al tenor del art. 19 del Código del ramo.

Concluye el cargo así:

La entidad patronal no sólo despidió ilegalmente al trabajador, sino que enunció la causa de la determinación, irrogándole una ofensa, como fue la de haberle imputado la comisión o participación en un hecho delictuoso, agregando al escarnio su publicación en un periódico, que permitió imprudentemente, sin rectificarla ni aclararla.

Segundo cargo.

Cita como violados por la sentencia los mismos textos legales que relaciona el primer cargo, de manera indirecta, por error de hecho, proveniente de no haber estimado o haber apreciado mal las pruebas que especifica.

Las pruebas demuestran -dice el acusador- que Otero Zuluaga fue despedido mediante resolución No. 1698 de 1.958 con la declaración de que participó en hechos deplorables, ocurridos en la plaza de toros en febrero de 1.956, sin haber sido comprobado, pues el patrono no hizo al respecto ninguna investigación; que sobre la ocurrencia del suceso el Distrito no poseía ningún documento, y, sin embargo, afirmó que reposaba en su poder; que el Distrito despidió al actor imputándole un hecho falso y calumnioso y permitió la publicación en la prensa escrita de la resolución de despido, sin haberla rectificado y aclarado.

En cuanto al daño emergente -continúa el cargo- el fallo dice que se probó el acto ilícito de la administración, porque no se aportaron pruebas para su avalúo, existiendo únicamente la constancia sobre publicación de la resolución de despido, susceptible de rectificación. Esa apreciación, dice el acusador, es valedera respecto de los perjuicios morales objetivos, pero no en relación con los

subjetivos. Las pruebas citadas tienen que llevar a la conclusión de que era procedente la condena al pago de los perjuicios subjetivos, y como al apreciarlas el Tribunal no lo hizo, incurrió el manifiesto error de hecho, y, por tanto, en violación de los mandatos legales acusados. Por último, expone el cargo: "la jurisprudencia y los razonamietos del cargo anterior son los mismo para el caso".

La parte opositora, representada por el Procurador Delegado en lo Civil, dice, con referencia al primer cargo, que el debate en casación versa sobre la aplicación de los arts. 64 del CST., y 1614 del C. C. Alega que no ha violado el Tribunal los dos preceptos, por estas razones: el despido o rompimiento unilateral del contrato de trabajo por parte del Municipio es de naturaleza contractual y su decisión corresponde a la justicia laboral. En cambio, las imputaciones relativas a la participación del actor en los sucesos del Circo de Toros, de que habla la resolución de despido, si en verdad fueron calumniosas, como lo afirma el recurrente, constituirían un delito, o, al menos, un ilícito civil de naturaleza extracontractual, cuya decisión, de acuerdo con la regla de competencia contenida en el art. 2o. del CPL., no corresponde a la justicia del trabajo, sino a la penal o a la civil.

Con respecto al segundo cargo, anota el opositor, que para el rechazo de la súplica sobre condena al pago de perjuicios morales, la sentencia se basa en la consideración de que al juicio no adujo el demandante pruebas para demostrarlos, y las aducidas por el recurrente no llevan a la conclusión contraria. Agrega la réplica: el hecho de que la administración distrital no tuviera en su poder, al tiempo de expedir la resolución 1698, prueba sobre la participación de Otero Zuluaga en los sucesos del Circo de Toros, no está demostrado en autos. Antes bien, la afirmación en tal sentido se halla contenida en documento público que hace fe de lo que en él consta mientras no se acredite lo contrario.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. La cuestión debatida en casación gira alrededor de la súplica sobre condena al pago de perjuicios morales subjetivos, que la demanda inicial deduce de la ruptura ilegal del contrato por la entidad demandada. La base jurídica de la pretensión son los artículos 95 del Código Penal y 2341 del Código Civil, que, según el recurrente, infringió el sentenciador conjuntamente con los demás que cita de la Constitución Nacional y de los Códigos del Trabajo, Civil y de Procedimiento Penal, por errónea interpretación, como lo afirma en el primer cargo.

Observa la Sala: de las normas que el cargo cita como violadas por el Tribunal, éste sólo toma en cuenta la que consagra el derecho a la indemnización de perjuicios por ruptura ilegal del contrato de trabajo, contenida en el art. 11 de la Ley 6a. de 1.945, de aplicación al asunto litigioso por tratarse de empleado oficial vinculado a la administración municipal por el vínculo laboral, y únicamente en cuanto al lucro cesante, y el 1614 del Código Civil, respecto del daño emergente, que se abstuvo de aplicar, porque en el juicio no obra prueba alguna que demuestre daño sufrido por el demandante por no haber cumplido el patrono su obligación, o haberla cumplido imperfectamente, o haber retardado su cumplimiento, hechos determinantes del perjuicio por el concepto expresado, al tenor de lo previsto en la citada disposición. La sentencia no dió aplicación a las demás normas legales que cita el cargo, pertenecientes a la Constitución Nacional y a los códigos de trabajo, civil y de procedimiento penal, motivo suficiente para

su rechazo, ya que, para que pueda hablarse de infracción de la ley por errónea interpretación se requiere que el fallador la aplique o deje de aplicarla al caso controvertido, pero dándole una inteligencia diversa de la que ofrece su verdadero sentido.

Menos consistencia tiene el reparo de que si la violación de los textos legales no se produjo directamente, a ella llegó el Tribunal de manera indirecta, modalidad que el cargo aduce en subsidio de la anterior. Vista la significación que tiene el quebranto de la norma por erróneo entendimiento de su texto, no puede alegarse subsidiariamente, en el mismo cargo, su desconocimiento por vía indirecta, pues ésta se funda en motivo distinto, el de error de hecho o de derecho en la actividad probatoria del juzgador, que no es pertinente tomar en cuenta cuando se alega interpretación errónea del precepto. En esta hipótesis el juicio de la sentencia recae sobre el contenido de la norma, con independencia de toda cuestión de hecho.

2. Tampoco resulta justificado el segundo cargo por error de hecho.

En efecto, no guarda conformidad la censura contra el fallo por no haber condenado al pago de perjuicios morales subjetivos, con lo pedido en el libelo inicial y con lo que fue materia de debate en el proceso, pues su fundamento no es la violación del contrato, como se expresa en los hechos de la demanda de instancia, sino el delito de calumnia.

El cambio de la causa petendi en casación entraña un medio nuevo, motivo suficiente para su rechazo.

La infracción del contrato de trabajo por el patrono sin justa causa origina perjuicios a su cargo por lucro cesante y daño emergente. Ese es el principio general, sancionado en el derecho común y acogido en el de trabajo, tanto en la legislación antigua (art. 11 de la ley 6a. de 1.945) como en el Código vigente (art. 64). Si el patrono ofende la dignidad del trabajador y lesiona su reputación, es indudable que le causa perjuicios, que, aun considerados de índole moral, serían objetivos, indemnizables a título de daño emergente, para lo cual, como es obvio, se requiere la prueba que los acredite como su estimación en dinero.

En el asunto litigioso, el sentenciador llegó a la conclusión de que el motivo invocado por el patrono en la resolución de despido, no fue justificado por éste, estimando, en consecuencia, que infringió el contrato de trabajo sin justa causa. Con tal fundamento, lo condenó al pago del lucro cesante. Respecto del daño emergente, la decisión fue absolutoria, por falta de prueba, tanto del perjuicio como de su estimación en cifra numérica. La resolución en tal sentido no la ataca el recurrente. Mas aún, se muestra de acuerdo con ella. Su inconformidad radica en que ha debido condenar al patrono al pago de perjuicios morales subjetivos, como consecuencia del delito de calumnia, con fundamento en losa rts. 64 del C.S.T., 95 del Código Penal y 2341 del Código Civil. Aunque este aspecto de la acusación fue ya examinado, conviene agregar estas consideraciones;

Si la causa del perjuicio no es la ruptura ilegal del contrato, sino un hecho delictuoso, la justicia del trabajo no es competente para decretar su reparación. El delito dá lugar a la acción penal para la imposición de la pena al responsable de la infracción, y puede originar acción civil para la indemnización de los perjuicios causados al ofendido. La primera es siempre pública y se promueve de oficio, a menos que exija iniciativa de parte (arts. 8o. y 9o. del C. de P. P.) Ahora

bien: requieren querella de parte, entre otros delitos, el de calumnia (art. 42, inciso 4o. del decreto legislativo número 271 de 1.957). Pretende el acusador que la simple imputación de lo que considera hecho constitutivo de la infracción delictuosa, basta para que la justicia del trabajo condene al demandado a la indemnización de perjuicios morales subjetivos con aplicación del art. 95 del C. P. El argumento es inaceptable, porque al tenor de la ley, corresponde a la justicia penal, como lo anota con acierto el opositor, el conocimiento del proceso criminal, de manera privativa. También es de su competencia la acción civil para la reparación de los perjuicios causados por el delito, que debe ejercitarse dentro del proceso penal, conforme a lo previsto en el art. 24 del C. de P. P. Aún en los casos en que es pertinente el ejercicio de la acción civil en juicio separado, corresponde su conocimiento al Juez Civil y no al de trabajo (art. 25 ibídem).

Con invocación del art. 2341 del C. C., tampoco es pertinente la condena al pago de perjuicicios morales subjetivos. Se refiere el precepto a la responsabilidad directa por el hecho propio, derivado del delito o de la culpa, esto es, a la responsabilidad civil de naturaleza extracontractual. Y en el caso litigioso la responsabilidad que se alega es indirecta, pues la entidad de derecho público no puede ser sujeto de delitos, sino sus agentes. En tal caso la norma que consagra el derecho a la indemnización es el art. 2347 del C. C.

No sobra agregar que, no son acumulables la acción de perjuicios por culpa contractual a la de perjuicios por culpa extracontractual, como lo tiene decidido la jurisprudencia.

Siendo ello así, deducidas las dos acciones ante el Juez Civil, su decisión por el de trabajo resultaría aún más inconducente, ya que si carece de competencia para conocer de la que tiene por causa del delito, menos podría serlo para juzgar de la contractual acumulada a la anterior.

Por lo expuesto, no prosperan los cargos.

A mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes. - Roberto de Zubiría C. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION Y REINTEGRO DE SUMAS RECIBIDAS POR CONCEPTO DE CESANTIA. APLICACION INDEBIDA DE NORMAS QUE NO HABIAN ENTRADO EN VIGENCIA EN EL MOMENTO DE TERMINAR EL CONTRATO.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogota, Marzo cuatro de mil novecientos sesenta y tres.

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

PABLO CASTRO MOLINA promovió juicio ordinario laboral por medio de apoderado contra la Sociedad Anónima "AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA, AVIANCA", con domicilio en Barranquilla y representada por su Gerente, para que de conformidad con el trámite legal correspondiente fuese condenada a pagar, "a título de Pensión de Jubilación, desde el día 16 de Febrero de 1.956, la suma de NOVENTA PESOS MENSUALMENTE, mientras viva y luego de su muerte en la forma de que trata el art. 275 a sus sucesores". Igualmente solicitó la condenación en costas del juicio y las demás "ordenaciones" pertinentes de acuerdo con la Ley.

Como fundamento de las peticiones se relacionaron los siguientes hechos:

"1º.). Ingresó el señor Pablo Castro Molina al servicio de la firma Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos (SCADTA), en cuyos derechos y obligaciones fuè sucedida por Aerovías Nacionales de Colombia, -AVIANCA-, el día 1º. de agosto de 1.922, como albañil.

"2o.). Prestó el señor Pablo Castro Molina sus servicios a la Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos -SCADTA-, hasta el día en que la Sociedad Anónina Aerovías Nacionales de Colombia -AVIANCA-, vino a suceder a aquella entidad en todos sus derechos, relaciones y obligaciones, y a partir de aquella fecha prestó el señor Castro Molina sus servicios a la firma demandada AVIANCA, hasta el día 21 de abril de 1.947, fecha ésta en que se dió por terminado su contrato de trabajo por parte de la empresa.

"3o.). El señor Pablo Castro Molina es hoy hombre mayor de los Cincuenta y cinco años.

"4o.). El dia 16 de Febrero de 1.956 dirigí carta al señor Gerente de Aerovías Nacionales de Colombia, AVIANCA, para solicitarle en virtud de poder que me había conferido el señor Castro Molina, el pago de la pensión de jubilación a que éste tiene derecho de esa empresa; posteriormente he dirigido otras cartas a esa empresa en el mismo sentido y presentando un conjunto de declaraciones juradas fidedignas acerca del tiempo durante el cual prestò sus servicios a esa empresa el señor Castro Molina, y la empresa se ha negado a reconocer

tal prestación alegando que en sus archivos no existen constancias acerca del tiempo servido por mi mandante.

"5o.). El señor Pablo Castro Molina devengaba un sueldo superior a Ciento veinte pesos mensualmente, en la fecha en que el patrono Aerovias Nacionales de Colombia, AVIANCA, dió por terminado su contrato de trabajo".

En derecho se citaron algunas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo.

La Sociedad demandada, por conducto de apoderado, dió respuesta al libelo inicial oponiéndose a que se hicieran las condenaciones solicitadas y a los fundamentos de derecho invocados para que se hiciera la declaración de que dicha sociedad no está obligada a pagar suma alguna de dinero por concepto de pensión de jubilación. Se propuso la excepción de inexistencia de la obligación, sin perjuicio de las demás que se reconocieran en sentencia. Respecto de los hechos se expresó en la siguiente forma:

"Primero. No me consta y debe por consiguiente probarlo el actor. Afirmo que en los archivos de la demandada figura el 16 de Noviembre de 1.935 como la fecha en que ingresó a la Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aèreos -SCADTA- el señor Pablo Castro. Sin embargo, como éste había trabajado con anterioridad a 1.935 en diferentes periodos, con solución de continuidad, es decir, de manera intermitente, y como tales periodos no han podido determinarse, en Acta firmada el 24 de noviembre de 1.945 por el Sr. Pablo Castro M. y el Sr. Octavio Hernandez U., este último en su calidad de Sub-Jefe de Personal de Avianca, convinieron en fijar como fecha de ingreso del señor Castro a la Empresa el dia 15 de febrero de 1.930, para los efectos del Seguro de Vida y de la legislación social del pais.

"Segundo. El señor Pablo Castro M. prestó sus servicios a la SCADTA desde la fecha que de acuerdo con él fué determinada como la de su ingreso en el acta a que se refiere el punto anterior, hasta que la mencionada Empresa cambió su razón social por la de AVIANCA, en junio de 1.940, y de ahi en adelante siguió trabajando con esta sociedad hasta el 21 de Abril de 1.947, inclusive.

"Tercero. Es cierto.

"Cuarto. En contestación a la carta de fecha 16 de febrero de 1.945, que se menciona en este hecho, el Jefe del Departamento de Personal de Avianca, manifestó por escrito al Dr. Velásquez Castro que "al revisar nuestros archivos, hemos encontrado que el señor Castro prestó sus servicios a la AVIANCA desde Febrero 15 de 1.930 hasta el 21 de Abril de 1.947 inclusive, es decir, 17 años, 2 meses y 7 dias". Mi representada, después de estudiar las declaraciones extrajuicio que le presentó el Dr. Velásquez Castro, llegó a la conclusión de que no es el caso de reconocer al reclamante la pensión de jubilación, por cuanto con tales testimonios no se demuestra plenamente que hubiera prestado servicios contínuos o discontinuos por más de veinte (20) años.

"Quinto. Al ocurrir su retiro de AVIANCA, el señor Pablo Castro M. devengaba un sueldo mensual de ciento treinta y un pesos ($ 131.oo) moneda corriente".

El 26 de abril de 1.958 el Juzgado Segundo del Circuito del Trabajo de Barranquilla, que fué el del conocimiento, dirimió la litis condenando a la Empresa

demandada a pagar la cantidad de NOVENTA Y OCHO PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS ($ 98.25) por concepto de pensión ordinaria de jubilación, a partir del dia veinte (20) de Febrero de 1.956, y no impuso costas.

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en sentencia del 17 de Septiembre de 1.958, desató el recurso de apelación que interpuso el procurador judicial de la Compañia mencionada contra el proveído de primera instancia, y por el ordinal primero de la parte resolutiva se confirmó el reconocimiento de la pensión jubilatoria decretada por el a-quo, y en el ordinal 2º. se dispuso lo siguiente:

"Autorizase a la Empresa demandada a descontar, de una vez, del monto de la pension de jubilación que por este fallo se reconoce la suma de dos mil novecientos cuarenta y nueve pesos con ochenta y cuatro centavos ($ 2.949,84) que el demandante había recibido por concepto de auxilio de cesantia definitivo, descuento que empezará a hacer desde el 20 de febrero de mil novecientos cincuenta y seis (1.956). Sin costas".

Uno de los Magistrados salvó el voto.

Interpuso recurso de casación el mandatario judicial de la parte demandada contra el fallo del ad-quem. Este lo concedió y esta Superioridad después de haberlo admitido y tramitado en legal forma, pasa a decidirlo previo el estudio de la demanda que lo sustenta con dos cargos. No hubo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

El recurrente persigue la casación de la sentencia acusada y a que se revoque la del a-quo absolviendo a la empresa demandada y condenando en costas al promotor del juicio.

Con respaldo en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L. el impugnador formula dos cargos que pasa a examinar la Sala.

Primer Cargo.

Se enuncia así:

"Los arts. 260 y 262 del C.S.T., y 14, Literal c) de la Ley 6a. de 1.945, por aplicación indebida, y el art. 261 del C.S.T. por falta de aplicación, todos por la vía indirecta como consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por haber apreciado equivocadamente unas pruebas y dejado de apreciar otras, que individualizaré en seguida. Con lo cual infringió, además, los arts. 15 del C.S.T. y 2469, 2470 y 2483 del C. C., 597 del C. J. en relación con los arts. 25, 54, 61 y 79 del C.P.L. y art. 637 del C. J., por falta de aplicación".

Los errores atribuídos al Tribunal están puntualizados en los siguientes términos:

"a). Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor trabajó al servicio de la empresa demandada y recurrente un tiempo mayor de veinte años;

"b). Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor tiene cincuenta años cumplidos de edad, y

"c). Dar por demostrado, sin estarlo, que el promedio mensual de salarios del actor durante todo el tiempo de sus servicios, o durante el vigésimo año de los mismos, fuè de ciento treinta y un pesos".

Las pruebas que se señalan como constitutivas de los errores de hecho son éstas:

1o.) El documento de folio 9 y su reconocimiento judicial (fl. 58) por el trabajador demandante. Acerca de estos elementos de juicio el casacionista sostiene que el primero contiene una verdadera transacción en donde está claramente establecido que los servicios de Pablo Castro Molina fueron discontinuos y que contra esta "confesión judicial" nada valen "Las vaguísimas declaraciones" de Alejandro Mora, Juan Fruto y Pablo Arrieta. Este primer ataque concluye así: "La discontinuidad de esos servicios, confesada por el actor al reconocer la constancia de fl. 9 y la liquidación de cesantía es, pues, evidente. Luego no están probados los veinte años de labor, que el sentenciador admite".

2o.) La otra impugnación del recurrente dice así:

"Tampoco está probada la edad requerida, porque, como lo observa el salvamento de voto, la partida de fl. 52 no fué anunciada en la demanda, ni producida en oportunidad legal, ni decretada de oficio".

3o.) La censura probatoria final reza como sigue:

"Ni menos está demostrada la base de salario que serviría para una condenación concreta. Esa base, conforme a la legislación vigente cuando se extinguió el contrato en 1.947 (Ley 6a.) era el promedio de lo devengado en todo el tiempo; y conforme al Código actual, sería el promedio devengado en el vigésimo año de servicios (1.942, según el sentenciador). Ahora bien: el certificado de 1.925 (fl. 19) habla de un sueldo anual de $686.oo en ese año, o sean $ 57.17 mensuales; y la liquidación de cesantía (fl. 11) y la contestación de la demanda hablan de un sueldo mensual de $ 131.oo en 1.947. Estas pruebas fueron erróneamente apreciadas porque de ellas no se desprende -como lo estimó el fallador- que en los 25 años, o en el año de 1.942, el promedio fuera de $ 131.oo mensuales".

El cargo concluye en esta forma:

"Por lo dicho, el sentenciador violó las normas procesales que impiden apreciar pruebas no enunciadas en la demanda ni decretadas de oficio (arts. 25, 54, 61 y 79 del CPL. y 597 del C. J.), así como las que le asignan validez a la transacción, con fuerza de cosa juzgada (a. 15, CST. y 2469, 2470 y 2483 del C. C.). Infracciones de medio que, al través de los errores de hecho invocados, produjeron la indebida aplicación de las normas sobre jubilación (arts. 260 y 262 del CST, y a. 14, aparte c.) de la Ley 6a. de 1.945) o su falta de aplicación (a. 261 del CST. sobre congelación del salario del 20°. año)".

SE CONSIDERA.

En el orden antes expuesto se analizan las pruebas que, a juicio del recurrente, configuran los errores de hecho que le atribuye al ad-quem.

1o.). En relación con el documento de fol. 9, que fué reconocido por el promotor del juicio, el Tribunal dijo lo siguiente: "La Empresa demandada, presentó para contraprobar la constancia del arreglo hecho entre Castro Molina y Avianca para determinar una fecha precisa de entrada. Dicha prueba aunque denota una loable intención no es admisible en lo que perjudique al trabajador, ya que fué un arreglo establecido durante la vigencia del contrato de trabajo, estando bajo la subordinación de la empresa el trabajador que hoy demanda". Y más adelante: "En concepto del juez a-quo, con todas las pruebas anunciadas se llega a la conclusión de que Pablo Castro Molina, sí trabajó en las empresas Scadta y Avianca los veinte años necesarios para obtener la jubilación. El Tribunal acoge la tesis del a-quo, por considerarla la más equitativa. Si bien la prueba no es directa, un cúmulo de indicios, inclusive el acta de arreglo, el certificado de Seguro, las declaraciones de personas idóneas conducen a esa convicción".

Como se infiere de las transcripciones anteriores, el Sentenciador para deducir los veinte años de servicios tuvo en cuenta lo que denomina "acta de arreglo", o sea, el documento de folio 9, y, también, la prueba testimonial y el certificado de Seguro. Este último no es objeto de impugnación por parte del recurrente e indudablemente representa una prueba de gran importancia puesto que él tiene como fecha de expedición el 7 de febrero de 1.925. Esta omisión le resta mucha eficacia a la acusación puesto que ha quedado intacto uno de los soportes del pronunciamiento recurrido. Sinembargo, la Sala debe referirse a otros aspectos del punto en examen.

De las propias palabras del recurrente se ha visto que al aludir al documento de folio 9 al tiempo que lo califica de transacción también lo denomina como constancia. Y ocurre que lo que se desprende de su contenido es esto último pues las palabras allí consignadas así lo indican: "Las personas ya expresadas dejan constancia de que para conveniencia mutua han llegado al siguiente arreglo conciliatorio:.....". No se trataba, pues, de una transacción porque el propósito de las partes no fué el de: terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual (art. 2469 del C. C.). Lo que se hizo fué una simple constancia que, entre otras cosas, puede ser objeto de las siguientes glosas: se dice en su encabezamiento que se celebra ante la "Inspección Seccional del Trabajo del Atlántico" y por ninguna parte aparece ni el nombre ni la firma del Inspector respectivo ni de ningún otro funcionario oficial; además, quien actúa a nombre de Avianca (Octavio Hernández U.) no acompaña documento alguno que acredite su representación.

En cuanto a los testimonios de los declarantes Mora, Fruto y Arrieta el casacionista se limita a expresar que son "vaguísimas" sus declaraciones pero no efectúa análisis alguno de los mismos. Y acontece que el primero de los nombrados es muy categórico y explícito tanto en las respuestas al interrogatorio propuesto por la parte demandante como a las repreguntas del apoderado de la entidad demandada. El Tribunal destaca así el testimonio en referencia: "... Conoce a Pablo Castro Molina desde 1.922 en que lo conoció en la Scadta y que trabajó con él hasta que terminó la Scadta. Que él siguió trabajando por contrato con la Avianca. Que en cuanto a la fecha en que salió Castro él no recuerda. Explicó el testigo que tanto él como Castro trabajaban también en el Club Alemán y en el Colegio Alemán, que el testigo cree que eran de Scadta. "Empero estas vinculaciones de Castro con el Club Alemán y el Colegio Alemán que le merecen crítica al

impugnador, se aclaran ampliamente conociendo el texto exacto de su respuesta a una repregunta del apoderado de la demandada; la respuesta dice así: "...Yo conocí al señor Molina (Castro Molina) en el año de 1.922 en los angares (sic) de la Scadta. Como él estaba trabajando allí por cuenta de la Scadta, dicha empresa lo mandaba a hacer trabajos al Colegio Alemán que era de propiedad de esa misma empresa, como también al Club Alemán que era también de esa Compañía. De ahí algunas veces lo mandaban a Soledad a hacer también trabajos de la misma compañía, en tal forma que él no permanecia solamente en los angares (sic) de la compañía sino también en los que dije anteriormente". Esta respuesta tan concreta no mereció ningún reparo por parte del apoderado de la sociedad demandada en la audiencia en que se produjo.

En resumen, pues, no aparece en este primer punto del cargo ningùn ostensible error de apreciación probatoria imputable al Sentenciador y, en cambio, se destaca el silencio del recurrente en lo relativo al certificado de Seguro, considerado por el Tribunal, como anteriormente se demostró.

2o.) Afirma el recurrente que la partida eclesiástica de fl. 52 "no fué anunciada en la demanda, ni producida en oportunidad legal, ni decretada de oficio". Esta afirmación no es exacta pues en el acta de la primera audiencia de trámite (fls. 28 a 31), existe esta petición del apoderado del trabajador: "Me permito solicitar al señor Juez se sirva oficiar al señor Cura Párroco de las Parroquias de las Iglesias del Rosario, de San Roque y San Nicolàs de Barranquilla, para que suministren copia de la partida de bautizo del señor Pablo Castro Molina, hijo de Martìn Castro y Pabla Molina, bautizo efectuado entre los años 1.892 y 1.902...". Y màs adelante, dentro de la misma Acta, se lee: "Decrétanse todas las pruebas solicitadas por los apoderados de las partes en esta audiencia, lo mismo que las solicitadas en la contestación de la demanda por la parte demandada; téngase como pruebas los documentos acompañados a la contestación de la demanda, lo mismo que los presentados en esta audiencia por la parte demandante, e incorpórense al expediente dichos documentos. Se ordena a la Secretaría hacer los oficios correspondientes.....". Por estos antecedentes se explica que a fl. 52 aparezca la referida partida de bautismo que acredita que el trabajador demandante nació el quince de enero de 1.890. Huelgan comentarios.

3o.) Sobre este aspecto del salario es cierto que a la legislación vigente cuando terminó el contrato de trabajo (abril 22 / 47) era la contenida en la Ley 6a. de 1.945. Y esta norma preceptúa en su artículo 14, literal c) que la pensión de jubilación es "equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados.....". Y acontece que tanto el *a quo* como el *ad quem* no tomaron como base salarial ese promedio que está claramente establecido en el expediente (liquidación final de cesantía de fl. 11, citada por el recurrente). En efecto en dicha liquidación que comprende el tiempo servido entre el 15 de febrero de 1.930 y el 22 de abril de 1.947, aparece este dato:

"SUELDO ACTUAL.

Básico $131.oo Prima $ 19. 65 Total $ 150.65

Gratificación 1.946 $ 150.60

Horas extras $101.30 $ 251.90

Promedio mensual $251.90....."

Como es fácil apreciar por las cifras transcritas, el salario acogido por el Tribunal fué el básico de $131.oo y no el promedio. Se trata de un error del sentenciador que ya en casación no es remediable puesto que la parte afectada con él lo consintió desde el momento que ha guardado silencio sobre el particular. Hubo, pues, un error de apreciación pero no de las características del que el recurrente plantea.

Por todas las consideraciones que preceden la Sala llega a la conclusión de que no se han demostrado los evidentes errores de hecho que el impugnador afirma ni consecuencialmente se han producido las infracciones legales que alega. El cargo no prospera.

Segundo Cargo.

Todo el cargo es del siguiente tenor:

"Los arts. 260 y 262 del CST. por aplicación indebida, y el art. 14, literal c) de la Ley 6a. de 1945, por falta de aplicación, por vía directa. (Subsidiario del anterior).

"Independientemente de los hechos que el sentenciador (equivocadamente) da por demostrados, le aplica a un contrato extinguido en 1.947 las normas de un Código vigente apenas desde 1.951. Por eso a un supuesto salario básico de $ 131.00 le saca el 75o/o, y no las dos terceras partes. Si esos hechos no fueran gratuitos, sin base probatoria, la ley aplicable sería la 6a. de 1.945, y no el Código".

SE CONSIDERA.

Ciertamente tiene razón el casacionista cuando sostiene que al caso sub-lite el Tribunal aplicó el sistema del Código Sustantivo del Trabajo, vigente a partir de 1.951, olvidando que el contrato de trabajo de Castro Molina terminó en 1.947 y que su vocación a la pensión de jubilación quedó definida antes de que se expidiera el Código en mención. La incongruencia anotada se aprecia en estos puntos: 1o. Edad del trabajador: el ad-quem, se refiere a los 55 años que exige el Código Sustantivo del Trabajo y no a los 50 de que habla la Ley 6a. de 1.945; Capital de la empresa: el Sentenciador cita el artículo 195 del CST., aspecto que de por sí no tiene mayor incidencia en el proceso puesto que no ha sido objeto de discución; Valor de la pensión: el Tribunal mantiene la condena del a-quo por $98.25 mensuales lo que representa el 75o/o de $131.oo, base salarial ésta tenida en consideración por los juzgadores de instancia, es decir, se toma como fundamento de la liquidación el artículo 260 del CST. y no las dos terceras partes establecida en la Ley 6a. de 1.945.

Por lo que se deja expuesto, el cargo es atendible. Sin embargo, como el recurrente en su acusación da por aceptados los hechos fundamentales de la litis, la Sala, en instancia expondrá las consideraciones que conforme a derecho son pertinentes. Colocándose dentro de los supuestos de hecho que el casacionista admite, la situación del trabajador demandante es la siguiente: a). Tiempo de servicios: los 20 años de trabajo que la Ley 6a. exige para ser acreedor a la pensión ordinaria de jubilación los habría cumplido Castro Molina en 1.942, aceptando que se vinculó a la entidad recurrente en 1.922; b). Edad: de acuerdo con el régimen de la misma Ley, el trabajador reclamante cumplió los 50 años de edad en 1.940; habida consideración de que nació en 1.890 (partida de folio 52); c),

Capital de la Empresa: como ya se dijo, es un punto que no ha sido objeto de discusión en el juicio, lo cual permite presumir que la demandada tiene el requerido por la ley para atender el derecho reclamado; d). Valor de la pensión: tomando como base el salario de $131.oo reconocido por la sociedad demandada, y sacándole las dos terceras partes a que se refiere la ley 6a. de 1.945, se obtiene como resultado la suma de $87.32, la cual constituirá el monto de la pensión mensual; e). Fecha inicial de la jubilación: será aquélla en que fué recibida la respectiva solicitud por parte de la demandada, esto es, el 20 de febrero de 1.956.

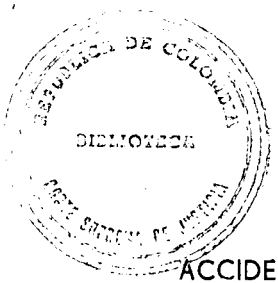
Ahora bien, teniendo en cuenta que Castro Molina recibió por cesantía, al terminar su contrato de trabajo, la cantidad de $2.949,84, y que esa prestación y la pensión de jubilación ordinaria se excluyen, el nombrado trabajador está en la obligación de reintegrar lo recibido por cesantía ($2.949,84), para lo cual la recurrente puede aplicar el valor total de las mesadas causadas desde el 20 de febrero de 1.956 hasta reembolsarse de lo entregado por cesantía ($2.949,84); una vez efectuado este reintegro la empresa deberá pagar al trabajador demandante el valor de las pensiones ya causadas y las que lleguen a producirse en el futuro.

En mérito de las razones antes expuestas, 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, C A S A la sentencia recurrida y, en su lugar, obrando como Tribunal de instancia, revoca la de primer grado y, resuelve: Condénase a la sociedad demandada a pagar la suma de OCHENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y DOS CENTAVOS ($ 87.32) mensuales, a partir del 20 de Febrero de 1.956, por concepto de pensión ordinaria de jubilación, según lo dispuesto en la Ley 6a. de 1.945; facúltase a la entidadd demandada para que descuente al trabajador demandante lo recibido por auxilio de cesantía, $2.949,84, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de este fallo.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes A. - Roberto de Zubiría C. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario



ACCIDENTE DE TRABAJO. INDEMNIZACION MORATORIA

En el presente caso no tuvo ocurrencia el accidente de trabajo que se adujo como fundamento de las reclamaciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, veintisiete de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

MATERIA DEL PLEITO

Manuel Velásquez promoviò juicio ordinario contra la sociedad anónima denominada "Paños Vicuña Santa Fé", domiciliada en Medellín, para que por sentencia fuera condenada a pagarle 24 meses de salarios como indemnización por accidente de trabajo, o, en subsidio, la de 23, y, en su defecto, la que fijen los médicos de la empresa o los de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial; la indemnizaciòn por despido injusto, los perjuicios por mora y las costas del juicio.

Dicen, en resumen, los hechos fundamentales de la demanda:

1o. Manuel Velásquez prestó servicios personales a la sociedad, del 29 de agosto de 1.946 al 23 de julio de 1.959.

2o. Sus funciones en la empresa fueron las de Supervisor y Preparador en los telares, con tal dedicación, que para prevenirle un riesgo y un accidente a uno de sus trabajadores, hizo un esfuerzo desmedido, tratando de levantar una urdimbre en el telar 72, que de inmediato le ocasionó una lesión en la columna vertebral, tratada pór los Seguros Sociales.

3o. No obstante la atención que a la enfermedad le prestó el Seguro, no logró recuperar su capacidad laboral ni restablecer la salud, hasta el punto de que el médico de la empresa y el del Seguro conceptuaran que su incapacidad era permanente y debía cambiar de oficio.

4o. La respuesta a la sugerencia de los mèdicos fue el despido intempestivo del trabajador, realizado por la empresa el 23 de julio de 1.959.

5o. La medida pudo tener por causa la inminencia de que el trabajador adquiriera el derecho a la pensión especial de jubilaciòn, pues le faltaban dos años para cumplir quince de servicios, o por encontrarse incapacitado a acausa del accidente que padeció a principios de 1.958, pero cualquiera que hubiera sido el motivo del despido, la empresa cometió una injusticia que, inevitablemente, debe indemnizarle.

La respuesta a la demanda se opone a sus pretensiones, por falta de causa. En cuanto a los hechos acepta el tiempo de servicios. Niega el accidente de trabajo y agrega que el actor no le dió a la empresa aviso de su ocurrencia. No admite el despido intempestivo de aquél y manifiesta que al expirar el contrato el patrono le pagó 45 días de preaviso y sus prestaciones. No dió su asentimiento a los restantes hechos fundamentales de que habla el libelo.

Trabada la relación procesal en los términos expuestos, y surtido el trámite propio de la primera instancia, terminó ésta por sentencia proferida por el Juezgado 2o. del Trabajo de Medellín, de fecha 10 de febrero de 1.960. El fallo condena a la sociedad a pagar al demandante la suma de $775,80, a título de perjuicios por lucro cesante (numeral 1o.); la absuelve de los demás cargos (numeral 2o.), y se abstiene de la condena en costas.

Apelaron ambas partes. Decidió el recurso de alzada el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, por sentencia del 24 de mayo de 1.960, la cual revoca la condena contenida en el numeral 1o. del fallo apelado, y confirma el numeral 2o., sin costas.

El demandante interpuso el recurso de casación contra la sentencia de segundo grado, que le fue concedido. Tramitado aquí en legal forma, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

EL FALLO ACUSADO.

Sobre el accidente de trabajo, el Tribunal hace un estudio detenido de estas pruebas: documento emanado de la Fábrica Rosellón (fl. 24), certificado de sanidad expedido al actor por el médico de la sociedad demandada, de agosto de 1.946 (fl. 25), confesión rendida por Velásquez en posiciones (fl. 17), declaración del testigo Jairo Palacio Cadavid (fl. 21), historia clínica del demandante, tomada por el Seguro Social (fls. 13 y 41) y dictámenes de la medicina e higiene industrial (fls. 8, 22, 43 y 46). Con fundamento en ese material probatorio, expone el sentenciador: para que un accidente sea de trabajo y obligue a su indemnización se requiere, de acuerdo con los arts. 199 y 217 del C.S.T., el lleno de estos requisitos: a) que exista un contrato de trabajo; b) que se produzca un daño al accidentado, traducido en incapacidad o muerte; c) que haya un nexo etiológico entre el hecho y el trabajo; y d) que exista una relación de causa a efecto entre el acccidente y la lesión o muerte. De esos requisitos solo se ha demostrado el primero. En cuanto al segundo, es indudable que Velásquez exhibe una lesión orgánica (fractura antigua de la cuarta vértebra lumbar), pero los distinguidos con las letras c) y d) brillan por su ausencia, como se desprende de los dictámenes médicos, por lo cual es evidente que la lesión no le sobrevino al demandante como consecuencia directa o indirecta del esfuerzo de que dá cuenta el testigo Palacio Cadavid. En tal virtud y en vista de que aquél sufrió un accidente laboral el 13 de abril de 1.942 al servicio de la Fábrica Rosellón, consistente en la fractura de la tercera y cuarta vértebras lumbares; que la lesión al consolidarse produce fuertes lumbagias en el paciente por las razones que dá el dictamen médico del folio 46; que Velàsquez se quejaba ya de esos dolores antes de octubre o noviembre de 1.956, esto es, desde el 3 de julio de 1.951 (fl. 41) y que solo volvió a quejarse de los mismos el 24 de septiembre de 1.958 (fl. 13), hay que considerar que lo que Velásquez padece en la actualidad no es otra cosa que una enfermedad intercurrente, es decir, una complicación

derivada del accidente primitivo. En consecuencia, no está obligada la compañía Paños Vicuña Santa Fe al pago de la indemnización reclamada en el juicio.

EL RECURSO

Persigue la quiebra de la sentencia del **ad quem** para que la Corte, en fallo de instancia, condene a la sociedad a la indemnización que corresponda por la incapacidad que le sobrevino al actor con ocasión del accidente de trabajo, y al pago de los salarios moratorios desde el 23 de julio de 1.959 hasta la fecha del pago de la indemnización.

Formula dos cargos con base en la causal primera de casación.

Primer cargo.

Acusa violación directa de los arts. 215 y 65 del CST.

Dice el recurrente en sustentación del cargo:

No desconoce la sentencia y antes acepta que el actor sufrió un accidente de trabajo al servicio de la sociedad, tal como lo describe el testigo Jairo Palacio Cadavid, pero atribuye sus efectos a un hecho anterior al ingreso de Velásquez a la empresa, de que da cuenta la constancia del folio 24. El argumento del Tribunal, independiente de toda cuestión de hecho, se halla en pugna con el art. 215 del Código, que no tuvo en cuenta, pues en el supuesto de que Velásquez padeciera una lesión antes de su incorporación a la sociedad, no era razón para disminuir o desconocer la prestación que reclama.

Segundo cargo.

Violación de los arts. 57-7°., 65, 194, 204, 209, 211, 215 y 221 del CST., a causa de errores de hecho, provenientes de mala estimación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, que la acusación enumera.

Consistieron los errores de hecho en que el Tribunal no dio por establecido, estándolo, el accidente de trabajo; en que confunde la lesión antigua (fl. 24) y la que le fue reconocida al actor después de octubre y noviembre de 1.956 cuando se encontraba al servicio de la sociedad demandada; en que niega todo nexo etiológico entre el accidente y el trabajo; y desconoce la relación de causa a efecto entre el accidente y la lesión, diciendo que ésta fue una complicación derivada del accidente primitivo.

Dice el recurrente en sustentación del cargo:

El certificado del médico de la empresa (fl. 25) afirma que cuando Velásquez ingresó a su servicio en agosto de 1.946, no presentaba enfermedad ni lesión orgánica que le impidiera trabajar, de lo cual se deduce, que si antes había tenido alguna afección, se hallaba curado, y que si con posterioridad a la fecha en que empezó a trabajar en la compañía y antes de su retiro se le encontró alguna incapacidad permanente, la adquirió a su servicio.

La constancia del folio 24 indica que el actor trabajó en la Fábrica Rosellón del 16 de enero de 1.942 al 23 de abril de 1.943, y que por el accidente que sufrió el 13 de abril del año últimamente citado, recibió una módica indemnización de $120,oo. Los conceptos de la medicina del trabajo de folios 22 y 46 acreditan que la disminución de la capacidad laboral del actor es de un 15o/o

de donde surgen estas consecuencias en oposición a la tesis del Tribunal: que la lesión sufrida por el actor al servicio de la empresa mencionada fue leve, cuyas consecuencias desaparecieron por curación, y, además que el patrono canceló la indemnización correspondiente; que demuestra la curación el examen de sanidad practicado al actor por el médico de la Sociedad demandada; y que en el supuesto de que del accidente de 1.943 le hubiera quedado alguna consecuencia crónica, no puede tomarse en cuenta como factor de disminución o de pérdida de la indemnización reclamada en el juicio, conforme a lo dispuesto por el art. 215 del CST.

De otro lado, el documento del folio 2, suscrito por Pedro Vargas, inmediato superior de Velásquez, demuestra que éste sufrió un accidente de trabajo. Aunque nò recuerda la fecha, ocurrió en octubre o noviembre de 1.956, como lo acredita el testimonio de Jairo Palacio Cadavid. Para la existencia del hecho no se requiere, como lo entiende la sentencia, probar una incapacidad inmediata y por varios dias, ya que las consecuencias del accidente pueden manifestarse con posterioridad. "Y así, por ejemplo, se puede ver en la inspección ocular (fl. 15 v.) que en el primer semestre de 1.957 Velásquez estuvo incapacitado varios períodos. Esa serie de hechos no los tuvo en cuenta el Tribunal y de allí su error evidente en el estudio de las pruebas".

La historia clínica de los Seguros Sociales demuestra que los sistemas terapéuticos utilizados para el tratamiento de la lumbagia de que se quejaba Velásquez, no fueron adecuados, y que sòlo en septiembre de 1.958 sus médicos le tomaron una radiografía de la columna vertebral, ordenándole mas tarde el cambio de oficio por otro más liviano.

El concepto del médico seccional del trabajo (fl. 22) dice que la fractura de la cuarta vèrtebra lumbar, registrada por la radiografía de septiembre de 1.958, permite afirmar que el hecho ocurrió un año antes de esa fecha, sin que pueda precisarla. Por tanto, es facil deducir que la lesión sí coincide con el accidente de octubre o noviembre de 1.956 de que habla el testigo Palacio Cadavid.

Está demostrado que el actor, a su ingreso a la sociedad Paños Vicuña Santa Fe, gozaba de buena salud. Las pruebas mencionadas acreditan que padeció una lesión de carácter permanente al servicio de la compañía. En consecuencia, los dos hechos ponen de presente la relación de causa a efecto entre el accidente de trabajo y la lesión permanente con disminución, por lo menos, de un 15 o/o de capacidad.

Al haberse abstenido la sentencia de decretar la indemnización por accidente, que el patrono se negó a cubrir, sin hacer tampoco la consignación de su valor, quebrantó, por falta de aplicación, el art. 65 del Código.

El opositor refuta el primer cargo diciendo que según las pruebas aportadas al juicio, el accidente de trabajo de que se queja el actor ocurrió cuando se hallaba al servicio de empresa distinta de la demandada, por lo cual no es ésta la responsable de sus consecuencias. Con referencia al art. 65 del CST. manifiesta que la sociedad no se halla en mora en el pago de salarios y prestaciones sociales, cubiertos al actor oportunamente, y que el precepto no incluye entre las obligaciones insolutas las provenientes de indemnización, a la cual se refiere el recurrente.

Con relación al segundo cargo, arguye el apoderado de la parte opositora: La prueba practicada en segunda instancia exime a la sociedad de toda res-

ponsabilidad por el presunto accidente de trabajo. El testimonio de Palacio Cadavid es inseguro en cuanto a la época en que ocurrió el infortunio. El certificado de sanidad expedido por la empresa es deficiente. La historia clínica del Seguro Social demuestra que entre el esfuerzo que dice haber realizado el actor un día de 1.956 y la lesión de que venía padeciendo de tiempo atrás no existe relación de causalidad, todo lo cual lleva a la conclusión de que el accidente cuya reparación se pide no tuvo ocurrencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. En cuanto al primer cargo, observa la Sala que no es hecho admitido por el Tribunal el de que Velásquez sufrió un accidente de trabajo al servicio de la sociedad demandada. El accidente laboral que para el ad quem se halla acreditado en el proceso, fue el que padeció el demandante el 13 de abril de 1.942, cuando trabajaba con la Fábrica Rosellón.

2. La dolencia que aquejaba al demandante, durante la vigencia del contrato con la sociedad demandada, localizada en la columna vertebral, que en el presente juicio se ha aducido como hecho constitutivo de accidente de trabajo, fue una consecuencia del que sufrió el actor en abril de 1.942. La declaración en tal sentido no corresponde propiamente a la sentencia, sino a dictámenes de la medicina e higiene industrial, acogidos por ella.

El art. 215 del C.S.T. fue observado, pues por la enfermedad en referencia recibió el demandante las prestaciones en especie a que tenía derecho, satisfechas por el Seguro Social, como lo demuestra la historia clínica corriente en autos.

Las prestaciones en dinero reclamadas en el juicio, cuyo reconocimiento pretende el recurrente, tienen por causa el accidente de trabajo. El art. 215 citado no es el que establece esas prestaciones, sino otros preceptos de la ley laboral, de manera que, aún en el supuesto de haberse probado en el juicio el accidente, no por ello habría lugar a la quiebra de la sentencia, pues la norma precitada no tuvo incidencia directa en la resolución de derecho contenida en la sentencia.

3. Si por no haber ocurrido el accidente laboral no se causó en favor del demandante derecho a prestaciones en dinero, no puede hablarse de mora en su cancelación al expirar el vínculo, ni, por tanto, era del caso dar aplicación al art. 65 del Código, como lo pretende el acusador.

No prospera el cargo.

Todos los errores de hecho que enuncian el segundo cargo se reducen en síntesis a que el Tribunal no dió por establecido, estándolo, el accidente de trabajo que alega el demandante, por cuyo motivo rechazó la súplica de la demanda inicial sobre indemnización al pago de prestaciones en dinero.

4. Examina la Sala las pruebas mal estimadas por la sentencia, causa del error de hecho anotado.

a) Certificado médico de sanidad (fl. 25).

El documento, del 28 de agosto de 1.946, afirma que Velásquez no tiene enfermedad o lesión orgánica que le impida trabajar.

Dice el Tribunal, al analizar el documento que, sin embargo, el demandante presentó al examen médico practicado en julio de 1.951, (varios años antes de la fecha en que según él ocurrió el accidente de trabajo), esta sintomatología, que registra la historia clínica (fl. 41); cogera al caminar; dolor a los movimientos activos y pasivos, en las masas glúteas y al nivel del trocanter mayor. Agrega la sentencia que el concepto mèdico del folio 46 esclarece la cuestión debatida, pues allí se dice que la lesión que padeciò Velásquez en la columna vertebral en 1.942 (fractura de la cuarta vértebra lumbar) ocasiona dolencias semejantes a las descritas en la historia clínica; que el esfuerzo hechò por el demandante cuando tratò de ayudar al obrero Palacio Cadavid no fue la causa de la lesión vertebral, que ya existia.

El dictamen mèdico en referencia deja sin efecto la aseveración contenida en el certificado que se estudia. Debe anotarse que fue un examen clinico el practicado al demandante a la fecha de ingreso a la sociedad. Un examen de esta especie no permite descubir lesiones a la columna vertebral, que puedan pasar desapercibidas cuando no se tiene noticia de su existencia, como lo anota el dictamen del Médico Seccional del Trabajo en el concepto del folio 43. No es, pues, exacto -como lo afirma el cargo- que el examen de sanidad del demandante, de agosto de 1.946, demuestra el hecho de haber quedado curado de la lesión a la columna vertebral que le produjo el accidente de 1.942, ni de consiguiente, que tal lesión le sobrevino al servicio de la compañia demandada.

Por lo demás, aùn en el supuesto de que la historia acredite lo que afirma el acusador, la conclusiòn no sería la de que el demandante sufrió un accidente de trabajo al servicio de la sociedad demandada, ni el hecho de haber adquirido la lesión a la columna vertebral como consecuencia de un infortunio laboral, extremos no acreditados en el juicio en concepto del fallador, emitido con fundamento en diversos elementos de juicio, entre otros, el dictamen de la medicina e higiene industrial del folio 46. Tampoco abona la tesis del recurrente la circunstancia de que solo en septiembre de 1.958 le fue tomada al demandante una radiografía. Lo que sobre el particular anota la historia robustece la tesis sostenida por el Tribunal, pues expresa que "la radiografía muestra fractura antigua (subraya la Sala) en el borde anterosuperior de cuarta lumbar y discreta disminución del espacio a ese nivel". Concuerda la afirmación con lo que reza el documento del folio 24, esto es, que a causa del accidente de trabajo sufrido por el demandante al servicio de Coltejer, se produjo la fractura de la tercera y cuarta vèrtebras lumbares.

d) El documento del folio 22

Contiene el dictamen No. 0166 del 24 de noviembre de 1.959, originario del médico Seccional del Trabajo de Medellín. Dice el dictamen que examinado el paciente, demuestra, de acuerdo con su historia clínica, lo siguiente: lesiòn antigua del borde anterosuperior de la cuarta vértebra lumbar, que merma su capacidad laboral en un 15o/o; que la fractura que presenta la radiografía tomada en septiembre de 1.958, permite afirmar que ocurrió "mucho antes del accidente que el demandante dice que sufrió a principios del año de 1.958 (por lo menos un año antes). La fecha precisa es difícil de fijar".

La prueba demuestra -en opinión del impugnante- que la lesión coincide con el accidente de octubre o noviembre de 1.956 a que se refiere el testigo Palacio Cadavid.

La Sala observa: de acuerdo con el dictamen, la fecha probable de la fractura debió tener ocurrencia a principios de 1.957. Luego no puede situarse la realización del hecho en octubre o noviembre de 1.956. Aun aceptándolo así, el sentenciador trae sobre el punto estas consideraciones, que no han sido objeto de impugnación:

El testigo Jairo Palacio Cadavid, empleado de la empresa en 1.956, afirma que a las diez de la mañana de un día de octubre o noviembre de ese año, solicitó la ayuda de Velásquez para montar un cilindro, que aquél tomó por un extremo y no pudo contenerlo, arrojándolo al suelo; que al instante se quejó de un dolor, se fue al vestidero y estuvo cuatro días enfermo. Sustancialmente, en los mismos términos describe el demandante en posiciones el infortunio laboral, diciendo que estuvo incapacitado para trabajar dos o tres meses. Sinembargo, de la inspección ocular (fl. 25 v.) y de la historia clínica suministrada por los Seguros Sociales (fls. 41 y 13), se desprende inequívocamente, que Velásquez no estuvo incapacitado para trabajar un solo día del año de 1.956, coligiéndose también de la historia que solo vino a quejarse de lumbagia en septiembre de 1.958, esto es, dos años después de sucedido el accidente de trabajo de que habla el testigo Palacio Cadavid. Según los dictámenes médicos corrientes a folios 8, 22, 43 y 46, entre la lesión a la cuarta vértebra de la columna, que anota la radiografía de 1.958, y el esfuerzo realizado por el actor un día cualquiera de octubre o noviembre de 1.958, a que se refiere el testimonio, no existe relación de causalidad. Dilucida la cuestión debatida el dictamen médico del folio 46, de fecha 3 de mayo de 1.960, emitido previo examen del paciente y con vista en sus historias clínicas. Afirma el documento que "la lesión que Velásquez padeció en su columna vertebral, ocasiona dolencias semejantes a las mencionadas en sus historias clínicas; al consolidarse una vértebra deformada, comprime los meniscos intervertebrales, modifica la aplitud de los agujeros de consolidación de las vértebras vecinas y expone al lesionado a frecuentes compresiones de los nervios, al hacer un esfuerzo o un movimiento exagerado. En el dictamen de folio 22 se afirma que Velásquez tiene una disminución de su capacidad laboral del 15%, por lesiones definitivas en su cuarta vértebra lumbar.... por la posición defectuosa en que consolidó la vértebra lesionada en 1.942. El esfuerzo hecho por Velásquez cuando trató de ayudar al obrero Jairo Palacio, no fue la causa de la lesión vertebral, que ya existía; es lógico pensar que si en esa ocasión se hubiera fracturado una vértebra, el caso no hubiera sido tan leve, y el accidentado hubiera permanecido en clínica durante mucho tiempo y sometido a tratamiento especial, del cual no existe constancia".

La exposición que precede, acorde con las pruebas de que hace mérito, llevan al convencimiento de que el accidente de trabajo alegado por el actor no es hecho demostrado en el juicio, como lo sostiene el Tribunal. El accidente en mención es el fundamento de los derechos que al accidentado otorga la ley, consistentes en prestaciones en especie y en dinero, enumerados en el art. 204 del CST. Si la hipótesis que contempla la norma es un hecho inexistente en el proceso, el reparo de que el fallo incurrió en error de hecho en la estimación de las pruebas enumeradas, y en violación consiguiente de los textos legales que el cargo cita, carece de fundamento.

No sobra agregar que la demanda de instancia (hecho 5o.) afirma que el accidente de trabajo tuvo lugar a principios de 1.958, y la declaración aportada al juicio para demostrarlo señala como fecha de su ocurrencia el mes de octubre o

el de noviembre de 1.956. La discrepancia al respecto sobre un extremo fundamental de la litis, confirma la tesis sostenida en el fallo acusado en el sentido antes expuesto.

5. El documento del folio 2.

No lo menciona la sentencia acusada. Por tanto, debe entenderse que el cargo se formula por haber incurrido el Tribunal en error de hecho debido a falta de estimación de la prueba.

El documento es una nota, de fecha 14 de noviembre de 1.958, suscrita por Pedro Vargas, funcionario de la empresa, dirigida al Jefe de Personal. Allí le dice que cuando Velásquez trató de impedir un accidente a uno de los trabajadores, sintió un dolor a la espalda por el esfuerzo que hizo al levantar una urdimbre en el telar 72, al cual no dió importancia el demandante, expresando que no recuerda la fecha en que el hecho ocurrió.

El signatario de la nota, en declaración rendida en el juicio (fl. 15) afirma que no presenció el hecho que en ella asevera.

La prueba no demuestra el accidente de trabajo, como lo afirma el acusador. Seguramente, por ese motivo, no la tuvo en cuenta la sentencia.

Sobra toda consideración por violación del art. 65 del Código, pues si las pruebas del proceso acreditan la inexistencia del accidente de trabajo y éste es la fuente de las prestaciones en dinero reclamadas en el juicio no existiendo deuda insoluta por tal concepto, la disposición legal era inaplicable, y, por consiguiente, el fallo no la ha quebrantado por haberse abstenido de observarla.

Por todo lo expuesto, no se recibe el cargo.

A mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial 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.

INDEMNIZACION MORATORIA Y PERIODO DE PRUEBA. COMPUTO DE LA MORA. INTERPRETACION DE LA DEMANDA. COSTAS Y RECURSO DE CASACION.

1. El patrono que, a la terminación del contrato, no le cancela a su trabajador en período de prueba, las prestaciones que le debe, incurre en la sanción moratoria. 2. En orden a exonerar al patrono de las obligaciones que le impone el artículo 65 del C.S.T., no basta el simple depósito de lo que crea deber en los Bancos o Institutos autorizados para recibirlo, sino que se requiere efectuar la entrega del título del depósito al funcionario competente.

1. El segundo cargo que se hace a la sentencia acusa interpretación errónea de los artículos 65 y 76 del Código Sustantivo del Trabajo. En desarrollo del cargo dice el recurrente que la indemnización de que trata el artículo 65 sólo es aplicable a las relaciones laborales definitivas y estables, y no a las precarias, como son las que se derivan de un período de prueba, que se caracteriza por la capacidad en que queda el patrono para despedir a su arbitrio, unilateralmente, al trabajador que carece de la aptitud necesaria.

Sobre este aspecto la sentencia acusada dijo: "Esta indemnización se causa desde la terminación del contrato de trabajo, ya se trate de uno definitivo o de uno con período de prueba, porque el artículo 65 emplea el término "si a la terminación del contrato, el patrono no paga..." y el 76 de la misma obra define el período de prueba como "la etapa inicial del contrato de trabajo", lo que significa que el período de prueba no constituye un contrato especial sino que es una parte inicial del mismo".

Considera la Sala:

Evidentemente, el período de prueba, en los términos del artículo 76 del C. S. T., es la etapa inicial del contrato de trabajo. Y como según el artículo 80 *ibídem*, "los trabajadores en período de prueba gozan de todas las prestaciones", es obvio que si las que se les deben a la terminación del vínculo laboral, no les son cubiertas en tal oportunidad, sin que se trate de retención autorizada por la ley o convenida por las partes, el patrono incurre en la sanción prevista en el artículo 65 citado. Luego la interpretación del sentenciador es acertada.

2. Puesto que si, a la terminación del contrato de trabajo, no hay acuerdo respecto al monto de la deuda, o el trabajador se niega a recibir, la ley preceptúa que "el patrono cumple con sus obligaciones consignando ante el Juez del Trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia", es claro que, en orden a exonerar al patrono de esas obligaciones, no basta el simple depósito en los Bancos o Institutos autorizados para recibirlo, sino que se requiere

efectuar la entrega del título del depósito al funcionario competente y sólo entonces, que es cuando el trabajador puede recibir el valor de lo consignado a su favor, termina la mora, si es que el patrono ha incurrido en ella.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, veintiocho de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Por medio de apoderado, Edilberto Bermúdez N. demandó a Rafael Paredes, en su propio nombre y como representante de la firma "Rafael Paredes & Cía Ltda.", con domicilio en Bogotá, para que, previa la declaración de que entre las partes existió un contrato de trabajo, se le condenara a pagarle $219.97 por concepto de salarios, $2.800.00 por lucro cesante, $350.00 por cesantía, $350.00 por prima de servicios, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Dijo en la demanda que entró al servicio del demandado, en período de prueba de 60 días, con una asignación de $700.00 mensuales; que realizó la labor convenida, consistente en la elaboración de inventarios, desde el 10 de diciembre de 1.955 hasta el 18 de febrero de 1.956, fecha ésta en que fue despedido sin motivo alguno.

Fundó su derecho en los artículos 193 y siguientes del C.S.T.

La parte demandada, en la contestación del libelo, manifestó que el actor no ingresó al servicio el 10 de diciembre de 1.955, sino posteriormente; que el término de prueba no empezó en esa fecha; que al comunicársele el despido al demandante, no habían vencido los 60 días correspondientes a dicho término; que la afirmación sobre el monto del salario debía probarse, y que el valor del auxilio de cesantía y de 3 días de salarios pendientes, se consignó a órdenes del Juzgado Primero del Trabajo, por haberse negado el actor a recibirlo. En consecuencia, se opuso a las pretensiones de la demanda. Posteriormente, en la primera audiencia de trámite, propuso la excepción de carencia de acción y otras que fundó en el hecho de no haberse expresado con claridad si el demandado era el señor Paredes personalmente o la firma Rafael Paredes & Cía. ni aparecer que aquél sea el representante de ésta como tampoco la prueba legal sobre constitución y existencia de la mencionada sociedad.

El fallo de primer grado decidió el litigio así: "PRIMERO. CONDENANSE al señor RAFAEL PAREDES M., con C. de C. Nº. 2959678 de Neiva, en su propio nombre, y a la firma "RAFAEL PAREDES & CIA. LTDA.", representada por el señor Rafael Paredes M., solidariamente, a pagar al señor EDILBERTO BERMUDEZ, con C. de C. Nº. 60019 de Bogotá, las cantidades siguientes:

"a). SESENTA Y NUEVE PESOS CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS ($69.99), por concepto de salarios insolutos;

"b). CIENTO CATORCE PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS ($114.72), por concepto de cesantía, y

"c). NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS ($979.96); por concepto de salarios caídos.

"PARAGRAFO. DE LAS ANTERIORES CONDENAS se deducirá la suma de DOSCIENTOS DOS PESOS CON DIEZ Y SEIS CENTAVOS ($202.16) recibidos por el actor a título de consignación.

"SEGUNDO. ABSUELVESE a la misma parte demandada del resto de las peticiones contenidas en el libelo de demanda.

"TERCERO. CONDENASE a la parte demandada a pagar un cincuenta por ciento (50%) de las costas del juicio".

Apelado este fallo por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-, desató la alzada en los términos siguientes:

"1o. REVOCANSE los ordinales b) y c) del numeral primero de la sentencia apelada y en su lugar se dispone: CONDENASE a la parte demandada a pagar las siguientes sumas de dinero:

"a). CIENTO DIEZ Y SEIS PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS ($116.66) por concepto de cesantía y .

"b). UN MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS M / CTE. ($1.376.67).

"2o. CONFIRMASE el ordinal a) del numeral primero de la misma sentencia.

"3o. DECLARASE que entre Rafael Paredes y Edilberto Bermúdez existió un contrato de trabajo.

"4o. Sin costas en esta instancia".

El apoderado de la parte demandada interpuso el recurso de casación que, surtidos los trámites legales correspondientes, va a decidirse previo el examen de la demanda que lo sustenta. No hubo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Pretende que se reconozca que la demanda no incluye a la persona jurídica "Rafael Paredes & Cía. Limitada" y que de consiguiente ésta no puede ser sujeto pasivo de ninguna condena; que se absuelva al demandado en lo relativo a salarios caídos o, que, en subsidio se disponga que éstos no corren sino hasta el día 2 de abril de 1.956, en que se hizo la consignación autorizada por el artículo 65 del CST., y que se absuelva por costas en la primera instancia.

LOS CARGOS.

El recurrente presenta tres cargos.

Primer Cargo.

Violación de los artículos 471 del C.J., in-fine, 32, 36, 249 y 65 del CST., a consecuencia de ostensible error de hecho en la estimación de la demanda.

Sostiene el recurrente que el libelo no señala como parte demandada a la persona jurídica "Rafael Paredes & Cia Ltda", sino solo a la persona natural de Rafael Paredes M., ya que no bastaba expresar que la demanda se dirigía contra éste "en su propio nombre y como representante de la firma "Rafael Paredes & Cía", tanto menos si se tiene en cuenta que en otro pasaje del mismo escrito se pide "que se condene al demandado o sea, a Rafael Paredes, a pagar

a mi poderdante en su propio nombre o (subraya el recurrente) como representante de la firma "Rafael Paredes & Cía".....etc.", insistiéndose así con toda claridad en que el único demandado era Rafael Paredes. Agrega que no ha de ser motivo de confusión ni la circunstancia, puramente procesal, de poderse dirigir la demanda contra el representante del patrono "que tenga facultad para comparecer en juicio en nombre de aquél", puesto que si la persona demandada es el patrono debe llamársele nominativa y expresamente al juicio; ni tampoco la solidaridad entre quien contrata un trabajo determinado y el beneficiado con este trabajo, porque a su vez esa solidaridad no podrá declararse si el segundo no ha sido incluído en la demanda.

Y concluye que no figurando como parte demandada la sociedad referida, no quedó vinculada a la litis contestación y, por tanto, no podía ser sujeto de ninguna condena en el juicio, máxime si lo reconocido por el Tribunal ha sido únicamente que "entre Rafael Paredes y Edilberto Bermúdez existió un contrato de trabajo" , y no entre éste último y la persona jurídica Paredes & Cía. Limitada.

Se estudia el cargo.

La sentencia acusada, si bien es cierto que declara que "entre Rafael Paredes y Edilberto Bermúdez existió un contrato de trabajo", deja en pie la parte del fallo de primer grado en que se condena "al señor Rafael Paredes M., con C. de C. No. 2959678 de Neiva, en su propio nombre, y a la firma "Rafael Paredes & Cía. Ltda.", representada por el señor Rafael Paredes M. solidariamente, a pagar al señor Edilberto Bermúdez, con C. de C. No. 60019 de Bogotá" los salarios, prestaciones e indemnizaciones objeto del litigio.

Ahora bien, la cuestión relativa a si la demanda se dirigió no sólo contra la persona natural del señor Rafael Paredes M. sino contra la persona jurídica Rafael Paredes & Cía. Limitada, representada por aquél, quedó definida desde la primera audiencia de trámite. En efecto, en dicha oportunidad procesal el apoderado de la parte demandada propuso la respectiva excepción indicando el siguiente hecho básico:

"No expresarse con suficiente claridad si el demandado es don Rafael Paredes personalmente o la firma Rafael Paredes & Cía. y no aparecer por este último aspecto que el señor Rafael Paredes sea el representante de aquella firma". A continuación el Juzgado del conocimiento decidió el punto así:

"Ahora bien: En cuanto al capítulo primero de la EXCEPCION que resultare de los hechos expuestos para tal fin debe aclararse que la demanda está dirigida contra la persona natural y solidariamente contra la jurídica, representada, según el actor, por el Sr. Rafael Paredes. Esta primera parte, no constituye excepción alguna, ya que el derecho laboral es terminante al respecto".

La providencia que de este modo fijó el alcance del libelo de demanda fue consentida por la parte demandada, desapareciendo así el interés jurídico para plantear de nuevo la cuestión.

Por lo demás, es bien sabido que el fallador de instancia, en virtud del principio consagrado en el artículo 61 del C. P. T., goza de amplias facultades para la valoración de las pruebas, y como el escrito de demanda, a pesar de

su deficiente formulación al respecto, no se limita a demandar al señor Rafael Paredes, en su propio nombre, sino "como representante de la firma "Rafael Paredes y Cía Limitada", insinuando así la responsabilidad de ésta en el pago de las obligaciones impetradas, no resulta ostensible el error que se alega y, por tanto, debe respetarse la estimación que el Tribunal hizo del referido documento, y mantenerse, también, las conclusiones a que lo condujo esa prueba.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo Cargo.

Acusa en éste por interpretación errónea de los artículos 65 y 76 del C.S.T.

En desarrollo del cargo dice el recurrente que la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T. sólo es aplicable a las relaciones laborales definitivas y estables, y no a las precarias, como son las que se derivan de un período de prueba, que se caracteriza por la capacidad en que queda el patrono para despedir a su arbitrio, unilateralmente, al trabajador que carece de la actitud necesaria.

SE CONSIDERA:

El fallador, en lo pertinente, dijo:

"Esta indemnización se causa desde la terminación del contrato de trabajo, ya se trate de uno definitivo o de uno con período de prueba, porque el art. 65 ya mencionado emplea el término "si a la terminación del contrato, el patrono no paga...." y el 76 de la misma obra define el período de prueba como "la etapa inicial del contrato de trabajo", lo que significa que el período de prueba no constituye un contrato especial sino que es una parte inicial del mismo".

Evidentemente el período de prueba, en los términos del artículo 76 del C.S.T., es la etapa inicial del contrato de trabajo. Y como según el artículo 80, ibidem, "los trabajadores en período de prueba gozan de todas las prestaciones", es obvio que si las que se les deben a la terminación del vínculo laboral, no les son cubiertas en tal oportunidad, sin que se trate de retención autorizada por la ley o convenida por las partes, el patrono incurre en la sanción prevista en el artículo 65 citado.

Luego la interpretación del sentenciador es acertada.

Segundo cargo subsidiario.

Infracción del artículo 65 del C.S.T., a consecuencia de un ostensible error de hecho en la estimación de las pruebas. Señala al efecto el recurrente las constancias de folios 44 y 45 del cuaderno principal, de las que se infiere, en su opinión, que la consignación de lo que el patrono confesaba deber se hizo ante el Juez del Trabajo desde el día 2 de abril de 1.956.

SE CONSIDERA.

De conformidad con la anotación que en copia obra al folio 43 del cuaderno principal, el memorial en que el apoderado de la parte demandada informa del depósito hecho en el Banco de la República por la suma de $202.16 en favor del señor Edilberto Bermúdez N., fue presentado el 18 de abril de 1.956.

Y como la ley preceptúa que "si no hay acuerdo respecto al monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple con sus obligaciones consignando ante el Juez del Trabajo y, en su defecto ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia", es claro que, en orden a exonerar al patrono de esas obligaciones, no basta el simple depósito en los Bancos o Institutos autorizados para recibirlo, sino que se requiere efectuar la entrega del título del depósito al funcionario competente.

En el caso de autos, no hay duda alguna de que la actuación ante el Juzgado Segundo del Trabajo de Bogotá, respecto de la consignación solo se cumplió el 18 de abril de 1.956.

Así, pues, si el trabajador sólo pudo recibir el 18 de abril lo que el patrono consignó a su favor, habiendo sido despedido el 19 febrero anterior, la mora en el pago equivale al tiempo transcurrido entre estas dos fechas.

No habiéndose demostrado el error de hecho que alega el recurrente, este cargo subsidiario tampoco prospera.

Tercer cargo.

Está formulado así:

"Lo refiero a la aplicación indebida que se ha hecho del art. 210 del C. J., en armonía con el art. 50 del Decreto 2158 de 1.948, violados al mantener el Tribunal a cargo de la parte demandada la condena en un 50o/o de las costas de la primera instancia, a tiempo que por razón del exceso en la demanda, la cuantía de las prestaciones concedidas ha resultado en definitiva inferior en mucho más de un 50o/o a lo suplicado en el libelo".

SE CONSIDERA:

Reiterada jurisprudencia enseña que lo atinente a costas no dá lugar al recurso de casación. Ni cabe referir esta condena accesoria al artículo 50 del C. P. T. (Decreto 2158 de 1.948) sobre fallo extra y ultra-petita, pues éste se limita al pago de "salarios, prestaciones o indemnizaciones" derivados de la ejecución del contrato de trabajo o de su incumplimiento.

Tampoco prospera este cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Laboral-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. Roberto de Zubiría C. Luis Fernando Paredes A. José Joaquín Rodríguez. Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EL CONTRATO O FIGURA JURIDICA DE LA OPCION. EL CONTRATO DE CORRETAJE. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA DEL TRABAJO SEGUN EL DECRETO 456 DE 1.956. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1. Diversos conceptos por los cuales el fallador puede violar la ley. 2. Competencia de los jueces del trabajo para conocer de las reclamaciones sobre honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado. 3. Ineficacia de la acusación que señala como violadas por el sentenciador solamente disposiciones atinentes a la competencia, al trámite o al régimen probatorio. 4. Resulta imposible demostrar simultáneamente y con los mismos razonamientos el error de derecho y el error de hecho. 5. Necesidad de precisar si el error de hecho que se imputa a una sentencia se produce por falta de apreciación o por estimación errónea de la prueba. 6. Clase de error a que puede dar lugar la equivocada calificación de la naturaleza jurídica de un contrato. 7. Dos formas diferentes de la figura jurídica de la opción. El contrato de opción y la ley positiva.

1. Reiteradamente ha dicho la Corte que son diversos los principios que informan cada uno de los conceptos por los cuales puede violarse la ley. El propio estatuto orgánico del recurso de casación, presenta en forma independiente los motivos por los que procede: la infracción directa, la errónea interpretación y la aplicación indebida. Cada uno deriva de fuentes distintas, por lo que, para cada caso, se exige un análisis y demostración diferente que impone presentarse separadamente, si se aspira a conseguir la infirmación de la sentencia impugnada. Además debe tenerse en cuenta que a la violación de la norma sustantiva puede llegar el sentenciador por dos caminos: por vía directa, cuando comete error en el juicio jurìdico, o por vía indirecta, cuando la infracción proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba que le hace incurrir en error de hecho o de derecho que aparezca de manifiesto en los autos. La violación directa excluye toda discusiòn probatoria, pues hace referencia únicamente al aspecto jurídico, no a la cuestión de hecho.

2. Para la Sala resulta acertado el razonamiento del Tribunal en cuanto afirma la competencia de la jurisdicción laboral para el conocimiento de la litis planteada en este juicio. En efecto, a partir de la vigencia del Decreto 456 de 1.956, a los jueces del trabajo se les atribuyó competencia para el conocimiento y decisión de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, "cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen", según se dispone en su artículo 1o. De allí que si para obtener el reconocimiento de honorarios y remuneraciones, se invoca la prestación de servicios personales de carácter privado, basta esta afirmación para determinar la competencia de la justicia del trabajo, cualquiera que sea la relación

jurídica o motivo que sirva de fuente a la obligación reclamada, ya que su conocimiento le está adscrito por la ley.

Por lo demás, esta materia ha sido definida ya por esta Sala de la Corte en diversos fallos; así, en sentencia de 27 de noviembre de 1.962, proferida al decidir el juicio instaurado por el Dr. Marco Tulio Vergara Rey, contra la sucesión de Ricardo Cubides; lo mismo que en sentencia de 31 de mayo de 1.960, que corre publicada en la Gaceta Judicial, Tomo XCII, páginas 1127 y siguientes.

3. Adviértese, además, que el recurrente se limita a señalar como violados los Decretos 456 y 931 de 1.956 y los artículos del Código Judicial que relaciona, disposiciones todas de naturaleza procesal, pues, únicamente regulan materias atinentes a la competencia, al trámite y al régimen de valoración probatoria, y por tanto, ineficaces por sí solas para quebrantar la sentencia. Al efecto, esta Sala, reiterando la jurisprudencia constante de la Corte, ha dicho que la infracción de normas de derecho probatorio, constituye violación de medio, que es necesario completar indicando las de derecho sustancial, violación de resultado. Las de la primera clase sirven de antecedente al error de juicio del fallador, y de consecuente las de la segunda. (G. J. XCIV, 784 ss.).

4. Dice el impugnador que el Tribunal incurrió en error de hecho, consistente en no dar por acreditado el contrato de opción y hallar tipificado el de corretaje. Agrega que el error aparece de manifiesto si se tienen en cuenta la demanda y los documentos de folios 11, 12 y 13. Simultáneamente le atribuye error de derecho a la valoración probatoria del Tribunal respecto de los citados documentos, pues, considera que éste "los desconoce desde el momento mismo en que a pesar de invocarse un contrato diferente para reclamar honorarios, allí se valora en la demanda otra figura diferente, y se aprecia de una manera diferente de como las mismas partes lo han estipulado expresamente".

Así las cosas, sucede que en ambos supuestos se acusa al Tribunal de haber incurrido en errores de hecho y de derecho, referidos a unos mismos elementos probatorios y con invocación de una idéntica causa generadora de ellos, la que se hace consistir en haber estimado que el contrato que vinculó a las partes no fue el de opción sino el de corretaje. De esta manera, el ataque contra la sentencia resulta inadecuado e ineficaz, si se tiene en cuenta que el error de derecho implica el quebrantamiento de una regla legal sobre prueba, que conduce a la violación de otra norma sustantiva consagratoria del derecho que se reclama. De ahí que para sustentarlo no pueden servir los mismos hechos y razonamientos aducidos para fundar el 'error de hecho', pues el uno y el otro obedecen a causas distintas que imponen una demostración diferente. Además, conviene hacer notar que en la casación laboral sólo es posible alegar error de derecho, cuando se ha 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, en cuyo 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 preceptúa el artículo 87 del C. de P. Laboral.

5. Considerada la acusación en cuanto se refiere al error de hecho también resulta deficiente, si se tiene en cuenta que conforme a lo previsto en el artículo 87 del C. P. L., la violación de la ley por este aspecto ofrece dos modalidades según que el vicio provenga de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba y sucede que el recurrente se abstiene de indicar de manera cla-

ra y precisa, en qué forma se produjo el error, olvidando efectuar la debida separación que la propia ley establece respecto a la causa que se alegue y de demostrarlo adecuadamente.

6. Afirma el recurrente que el error de hecho en que incurrió el Tribunal consiste en la inadecuada calificación que hizo del contrato celebrado por las partes. Planteado así este aspecto del cargo, resulta ineficaz la acusación, pues ocurre que en la calificación de la naturaleza jurídica del contrato, no se comprende una cuestión de facto, pues lo que ella entraña es un juicio de derecho, una apreciación eminentemente jurídica, que pertenece por entero a la función del juzgador, ya que a él corresponde la calificación jurídica de los hechos. En efecto, en el sub lite no se controvierte la existencia de una relación jurídica entre las partes, ni se niega que las circunstancias y modalidades propias de la correspondiente declaración de voluntad, constan en las cartas y documentos privados aportados al juicio.

Si el *ad quem*, con base en los hechos relatados en la demanda y las pruebas aportadas al proceso, consideró que por razón de su naturaleza el contrato celebrado fue el de corretaje y no el que pretende el recurrente, trátase, se repite, de un punto esencialmente jurídico y de interpretación de la ley. Siendo esto así, no puede estimarse, como pretende el impugnador que el Tribunal hubiese incurrido en error de hecho, a consecuencia de defectuosa actividad de valoración probatoria al decidir la litis. Por tanto, no resulta idóneo el ataque de la sentencia, por violaciòn de la ley a consecuencia de supuesto error de hecho.

No significa lo anterior que el criterio del Tribunal en la calificación jurídica del negocio no pueda ser objeto de censura en casación. El desacierto en el juicio jurídico del juzgador, autoriza la infirmación de la sentencia si la acusación se formula adecuadamente.

7. Es evidente que según doctrina de tratadistas y expositores del derecho la figura jurídica conocida con el nombre de "opción", puede incluirse dentro de la categoría específica de un contrato nominado, de fisonomía y naturaleza propia, que puede presentarse bajo dos formas o maneras perfectamente diferenciadas: una, en la que quien recibe la opciòn es un intermediario que busca el privilegio para colocar la mercancía en manos de terceros, y otra en la que quien recibe la opción se reserva la facultad de deliberar si adquiere por sí y para sí la cosa dada en venta. (Angel Osorio. El contrato de opción).

Ocurre, sin embargo, que en nuestro derecho positivo, únicamente la ley 51 de 1.918 hace referencia a la figura jurídica de la opción. Dicho estatuto, después de regular la materia referente a establecimientos y sociedades de crédito, inesperadamente y sin conexión visible con la cuestión principal que reglamenta, estatuye lo que a continuación se transcribe.

Art. 23 "La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición serà ineficaz. La condición se tendrá por fallida si tarda más de un año en cumplirse. Las partes pueden ampliar o restringir este plazo".

Art. 24 "Por el derecho de registro de las escrituras de opción se pagarán diez pesos ($ 10.oo), sin perjuicio de pagar el derecho correspondiente conforme a la ley, cuando el contrato quede definitivamente en firme".

Según se aprecia de las normas transcritas, no es mucha la luz que ellas arrojan respecto a la llamada 'opción'. Por el contrario, son notorios los vacíos que ofrecen esos preceptos de derecho positivo. No precisan en forma inequívoca, cuál es el concepto jurídico de la institución que se menciona, no se la define ni se indica cómo se regula, ni qué derechos envuelve. Por tanto, puede afirmarse que fuera de las citadas disposiciones de la ley 51, no hay más amparo legal para el llamado "contrato de opción", que el que presta en forma genérica el Código Civil a toda convención lícita.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotà, treinta de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

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

Los señores doctor Luis E. Amaya y Francisco Callamand, por medio de apoderado, establecieron demanda contra la Comunidad Religiosa de Dominicas Terciarias de Santa Catalina de Sena, con personería jurídica, domiciliada en Bogotá y representada por la R. M. Sofía del Sagrado Corazón, para que, previos los trámites de un juicio ordinario laboral, se le condene a pagarles la suma de $ 26.250.oo, o cuanto se demuestre, por concepto de remuneración por sus gestiones realizadas como intermediarios para la venta de un lote de terreno; los intereses legales de esa suma, desde que se hizo exigible la obligación, y por las costas del juicio, en caso de oposición.

Fundamentan su acción en los hechos siguientes:

Que según cartas de 3 y 14 de mayo de 1.957, los demandantes, por conducto del doctor José Vicente Parra, solicitaron y obtuvieron de la demandada, una "opción" por el término de 45 días, contados desde el 15 del mismo mes, para gestionar la venta de un lote de terreno de su propiedad, de 24. 821. 89 varas cuadradas, señalado en la nomenclatura urbana con el No. 22-20 de la Avenida 78 de esta ciudad; que como honorarios por su gestión se pactó una comisión del 5o/o liquidada sobre el monto total del precio de la venta; que los actores, gestionaron la venta del inmueble con la Sociedad Colombiana de Capitalización, y adelantaron la negociación con intervención de la demandada y de acuerdo con sus instrucciones; que como estuviera para vencerse el plazo de la "opción" inicial y faltaran todavía algunos detalles para cerrar el negocio, los demandantes, por conducto del mismo Dr. Parra, solicitaron y obtuvieron una prórroga prudencial, que les fue comunicada el 26 de junio de 1.957; que el 9 de julio del mismo año se firmó la promesa de venta del aludido lote, entre la demandada y la Sociedad Colombiana de Capitalización, por el precio de $ 525.000.oo, contrato éste, que posteriormente, se elevó a escritura pública, habiendo recibido el precio la demandada; y, finalmente, que la Comunidad no ha pagado, a los demandantes, los honorarios convenidos por la referida negociación.

En derecho, la demanda invoca los artículos 2142, 2143, 2144, 2184 y concordantes del C. C. y 378 y ss. del C. de Co.

La demandada, al contestar el libelo, por medio de apoderado, niega los hechos fundamentales y se opone a las condenas solicitadas. En la primera au-

diencia de trámite, propone las excepciones de declinatoria de jurisdicción, e incumplimiento del contrato de "opción" por parte de los demandantes.

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, desató la litis por sentencia de fecha 5 de diciembre de 1.958, por la cual declaró infundadas las excepciones propuestas, condenó a la demandada a pagar a Luis E. Amaya y Francisco Callamand, la cantidad de $ 25.821.37, se declaró inhibido de resolver sobre los intereses suplicados y la condenó también a pagar el 80 o/o de las costas.

El apoderado de la parte vencida interpuso el recurso de apelación contra la anterior providencia, que resolvió el Tribunal Superior de Bogotà -Sala Laboral-, por sentencia de 16 de marzo de 1.960, confirmatoria, en todas sus partes, del fallo apelado. Condenó en costas a la demandada.

El mismo apoderado de la parte demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia de segundo grado, que le fue concedido. Admitido y tramitado legalmente, la Corte va a decidirlo, previo estudio de la dèmanda que lo sustenta. El opositor presentó extemporáneamente el escrito de réplica.

EL RECURSO.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

Sobre el particular, al finalizar la demanda, dice el recurrente: "Para terminar H. Magistrados, solamente pido que se haga un análisis y estudio de fondo, y con base en mis alegaciones y en el derecho postulado, pido muy respetuosamente se invalide la sentencia del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial y en su lugar se absuelva a la parte mediante, (sic) o se declare incompetente para conocer del caso del litigio".

Con fundamento en la causal 1a. del art. 87 del C. de P. L. presenta un cargo contra la sentencia del ad quem.

CARGO UNICO.

Dice el recurrente que la sentencia "es violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, así como tambièn indirectamente, porque proviene en varias partes de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que incidieron esencialmente en el desconocimiento de los derechos sostenidos en el litigio por la parte demandada".

Manifiesta que para el Tribunal el contrato que existió entre las partes fue el de corretaje, no obstante que en la demanda se invocan como fundamentos de derecho disposiciones referentes al mandato, y que la acciòn intentada es la de pago de honorarios por servicios profesionales de carácter privado, por lo que el sentenciador estima aplicables los Decretos 456 y 931 de 1.956.

Con base en esa apreciación del Tribunal, el recurrente deduce "la evidencia de errores de hecho en la consideración del mismo contrato de cuyo cumplimiento se trató y de la misma demanda formulada para obtener el pago de lo que por dicho contrato corresponde según el libelo. Estos errores -continúa- llevan inmediatamente al juzgamiento por normas distintas por causas de interpretación errónea y aplicación indebida y falta de aplicaciòn de las normas que ti-

pifican un contrato diferente, el de opción, cuya competencia está fuera de la jurisdicción de trabajo".

Agrega que el sentenciador no leyó ni la demanda ni el documento del folio 12. Transcribe apartes de esas piezas y del documento del folio 11, y dice que el Tribunal no entendió las diferencias que existen entre el contrato de trabajo y el de mandato remunerado, ya que en este último no existe la relación de subordinación, que es característica del primero; que el Tribunal pasa de la figura típica de la opción y del mandato reclamado en la demanda, al contrato de corretaje, sin tener en cuenta que los demandantes no se hallaban al servicio de la demandada, porque tomaron el trabajo a su riesgo y podían o no ejecutar los actos prometidos sin obligación alguna, limitándose a cumplir las estipulaciones en cuanto al tiempo y condiciones en que podían realizar la venta del lote de terreno. En seguida, afirma que "el error de hecho consiste entonces en no dar por acreditado el contrato de opción, ajeno a la jurisdicción laboral y hallar tipificado un contrato diferente como es el de corretaje, no invocado en la demanda, no pretendido por la parte actora, y no celebrado nunca entre los contratantes".

Dice, que como consecuencia de esos errores en cuanto a la realidad misma contenida en los documentos mencionados y respecto a su pleno valor probatorio que tienen conforme al artículo 51 del C. de Procedimiento y los artículos 593, 632, 637, 607, 645 del C. J., el Tribunal violó el artículo 2o. del C. P. L. y los artículos aplicados de los decretos 456 y 931 de 1.956, en cuanto se sostiene que ellos le otorgaron competencia a la jurisdicción laboral para resolver un litigio sobre cumplimiento o incumplimiento de un contrato de opción, que es independiente y con propia sustantividad y que confiere un derecho personal exigible por otra jurisdicción, la ordinaria.

Sostiene que el error de hecho, que atribuye al Tribunal, es manifiesto en relación con la demanda y los documentos de los folios 11, 12 y 13, en cuanto el sentenciador ignora que el contrato celebrado entre demandantes y demandada fue el de opción, porque así se estipuló expresamente. Que el Tribunal no debatió ni explicó por qué no existe el contrato de opción conforme a los referidos documentos y sí el corretaje, siendo posible que además de la opción dada al presunto comprador, existe la concedida al mediador. Que la mediación puede tener por objeto cualquier negocio lícito y que asume el perfil contractual de la opción si se conviene en los términos que se indican en los mencionados documentos, "si se interpreta y se aplica debidamente el artículo 23 de la ley 51 de 1.918 que la define". Arguye, además, que el sentenciador, en este punto, dá por existente una sub-figura de la mediación, el corretaje, con violación del artículo 75 del C. de Co., porque si bien es cierto que en este caso se desarrolla una actividad para poner en relación a dos o más posibles contratantes, la verdad es que se tipifica la figura de la opción, cuando el mediador obra mediante un contrato especialmente celebrado como el contenido en los documentos de que se ha hecho mérito, con lo que queda excluída la figura del corredor, por razón de lo convenido entre las partes. Que este contrato no cabe dentro de los términos contemplados por el artículo 2o. del C. P. L. que señala la competencia de los jueces laborales y menos dentro de las disposiciones de los decretos 456 y 931 de 1.956, todo lo cual quiere decir "que falta en el litigio el poder jurisdiccional necesario en el juez para poder decidir sobre su mérito".

Atribuye también error de derecho en la apreciación de los referidos elementos probatorios, en cuanto estima que el Tribunal los desconoce desde el mo-

mento en que a pesar de invocarse un contrato de opción para reclamar honorarios, los aprecia de manera diferente a lo que estipularon expresamente las partes, es decir, que el sentenciador no encuentra configurado el contrato de opción sino otro distinto, a causa de no darle a esas pruebas el valor legal que les corresponde. Añade que el error de derecho se presenta por la violación manifiesta de los artículos 593, 607, 632, 637, 645 del C. J. Que por lógica consecuencia el Tribunal dejó de aplicar el artículo 23 de la ley 51 de 1.918 "que era calificativa al caso, pues los hechos materia de la demanda, así como los hechos relatados en los documentos con cuya base se ha formado el presente litigio era su esquema lógico, y aplicó en seguida indebidamente por interpretación errónea también el artículo 75 del C. de Co. que prescribe reglas para un caso diferente, el de corretaje, que apenas es una de tantas figuras que puede presentar la mediación, y que no es una situación de la misma naturaleza y susceptible para regular el caso del litigio, así como violó a la vez los artículos 2o. del C. de P. L. y las disposiciones de los decretos 456 y 931 de 1.956, por causa de interpretación errónea y aplicación indebida como ya se anotó, y los artículos 32 del mismo procedimiento y 341 del C. J. en cuanto desconoció la excepción de incompetencia, así como el artículo 100 del C. de P. L. por cuanto se admite en la jurisdicción mencionada una relación que no es de trabajo".

Manifiesta, además, que "es conveniente no olvidar como pasó por alto el hecho cuarto de la demanda para entender cuál era el contrato realmente celebrado, y cómo se violaron las normas de los arts. 593 y 607 del C. J.". Termina este aspecto de la acusación diciendo que "por dichos errores, no se hizo relevante el derecho de mis mandantes consagrado en las disposiciones que anoté violadas por falta de aplicación e interpretación errónea y aplicación indebida, así como las disposiciones que le hacían obligatorio al sentenciador decidir sustancialmente sobre la verdadera figura contractual convenida entre las partes contendientes".

Más adelante, dice que la primera cuestión que debe examinarse es si la facultad conferida a las personas a quienes se otorgó la opción, incluye la obligación originaria de pagar el 5% reconocido en la sentencia. Al efecto, hace un análisis del documento que obra al folio 12 para atacar las apreciaciones del Tribunal y afirmar, en cambio, que de acuerdo con ese documento la opción concedida a los demandantes, había caducado desde el 30 de junio y que el doctor José Vicente Parra no tenía facultad ni autoridad para modificar los términos de dicha opción. Que la apreciación del ad-qdem es equivocada en cuanto "no lee lo que dice la carta mencionada y en cuanto no le dá el significado que tiene según lo enseñan los artículos 632 y 637 del C. J. y viola como consecuencia el artículo 1.763 del C. C. en cuanto no se está autorizado para dividir un documento y no tomarlo en todo su contenido".

Luego, se refiere el impugnador a la declaración rendida por la Madre María Soledad; acepta que esta declarante se comunicaba con el doctor Vicente Parra, pero niega que le hubiese conferido facultad a éste para modificar la opción. En seguida, argumenta contra la apreciación del Tribunal consistente en que las gestiones realizadas por los demandantes fueron idóneas para concluir el contrato de compraventa que consta en la escritura pública No. 3710 de ocho de octubre de 1.957 de la Notaría Tercera de Bogotá. Manifiesta, al respecto, que el sentenciador parte de la base falsa de que el contrato de venta para el cual se usó la opción, no tenía como requisito el término que se había señalado, que

lo fue el 30 de junio, porque seis días después culminaron las negociaciones, como si no tuviese consecuencias judiciales la diferencia de tiempo entre esa fecha y la del seis de julio en que se celebró el contrato de promesa de venta entre la Comunidad de Dominicas Terciarias y la Sociedad Colombiana de Capitalización S. A.- Agrega, que además el negocio de compra venta realizado con la Sociedad antes nombrada se efectuó en condiciones diferentes a las contenidas en el contrato de opción celebrado con los demandantes.

Dice que como resultado de esos errores el sentenciador violó las siguientes disposiciones sobre pruebas: el artículo 593 del C.J., pues habiéndose invocado, según los hechos de la demanda, un contrato de opción entre las partes, el Tribunal le da la calificación jurídica de corretaje, contrariando los documentos de folios 11, 12, 13, 39 y 40 del cuaderno principal; además, los artículos 607, 609, 632, 637, 645, 697 del C.J.

Concluye así: "Y como consecuencia de esos errores se violaron las siguientes disposiciones: el art. 23 de la ley 51 de 1.918, el art. 75 del C. de Co. que dijo hacia el caso de corretaje, (sic) los artículos de los decretos 456 y 931 de 1.956 sobre las condiciones para conocer de una relación contractual la justicia laboral, el art. 2142 del C.C. que dice cuando hay mandato, así como el art. 2147 que enseña cómo un simple mediador no es mandatario y cómo el doctor Parra no obligaba en ningún caso a la Comunidad porque si era mediador no podía ser mandatario, como que son figuras totalmente contradictorias, pues dentro de la mediación, apenas exigen (sic) las sub-figuras del comisionista, del corredor, del agente, y la opción cuando se esquemán y tipifican sus condiciones. El art. 1767 del C.C. en cuanto prohibe la prueba testimonial para modificar el contenido de un contrato superior a quinientos pesos".

La Sala observa:

De la transcripción que en lo pertinente se ha hecho del escrito presentado por la parte recurrente se aprecia que adolece de graves fallas, que hacen se asemeje más a un alegato de instancia, que a una demanda sustentatoria del recurso. En él se involucran motivos distintos de casación en un mismo cargo, sin que se haga la debida separación y sin que el desarrollo que requiere su demostración se realice ordenadamente, en forma que permita el fácil estudio de las cuestiones propuestas. Así ocurre, cuando expresa que la sentencia "es violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea así como también indirectamente porque proviene en varias partes de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que incidieron esencialmente en el desconocimiento de los derechos sostenidos en este litigio por la parte demandada" y también, cuando el recurrente al señalar en diversas partes de su alegato las disposiciones que considera infringidas, se abstiene, unas veces, de indicar si la violación, acaeció por infracción directa, o por aplicación indebida, o por interpretación errónea, y otras, en cuanto simultáneamente atribuye a unas mismas normas distintos motivos de violación, como sucede al afirmar que el Tribunal aplicó indebidamente "por interpretación errónea" el art. 75 del C. de Co. y violó el 2o. del C.P.L. y las disposiciones de los decretos 456 y 931 de 1.956 "por causa de interpretación errónea y aplicación indebida" y el art. 32 del C.P.L. y el 341 del C.J. "en cuanto desconoció la excepción de incompetencia, así como el art. 100 del C. de P. L. por cuanto se admite en la jurisdicción mencionada una relación que no es de trabajo". De solo estos aspectos de la acusación, resalta, pues, la defectuosa formulación del car-

go. Reiteradamente ha dicho la Corte que son diversos los principios que informan cada uno de los conceptos por los cuales puede violarse la ley. El propio estatuto orgánico del recurso de casación, presenta en forma independiente los motivos por los que procede: la infracción directa, la errónea interpretaciòn y la plicación indebida. Cada uno deriva de fuentes distintas, por lo que, para cada caso, se exige un análisis y demostración diferente que impone presentarse separadamente, si se aspira a conseguir la infirmación de la sentencia impugnada. Además, debe tenerse en cuenta que a la violación de la norma sustantiva puede llegar el sentenciador por dos caminos: por vía directa, cuando comete error en el juicio jurídico, o por vía indirecta, cuando la infracciòn proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba que le hace incurrir en error de hecho o de derecho que aparezca de manifiesto en los autos. La violación directa excluyó toda discusión probatoria, pues hace referencia únicamente al aspecto jurídico, no a la cuestión de hecho. Las observaciones anteriores serían suficientes para la desestimación del cargo. Sin embargo, la Sala procede con criterio de amplitud y estudia la acusación.

SE CONSIDERA:

La acción promovida por los demandantes está dirigida a obtener el reconocimiento y pago de la suma dinero que les corresponde como retribución por servicios personales de carácter privado, que los señores Amaya y Callamand afirman haber prestado a la Comunidad demandada.

Ahora bien: el punto principal de la acusación radica en desconocer competencia a la jurisdicción laboral para la solución del conflicto que plantea la demanda con que se inició el presente juicio. El recurrente dice que la relación jurídica entre los demandantes y la Comunidad religiosa denominada "Dominicas Terciarias de Santa Catalina de Sena", tiene la fisonomía propia y específica de un contrato de opción, de naturaleza civil, razón por la cual los nexos y efectos en èl originados escapan al conocimiento y decisión de la jurisdicciòn del trabajo, por carecer èsta, de competencia para ello.

Sobre este punto, dijo el ad-quem:

"La acción que aquí se ejercita es la de pago de honorarios por servicios personales de carácter privado. Son aplicables en este caso los Decretos Legislativos 456 y 931 de 1.956. El procedimiento aplicable es entonces el que para los juicios ordinarios de trabajo establece el capítulo XIV del C. P.del T., y todas las demás disposiciones pertinentes de dicho estatuto. Y para la apreciación de los medios probatorios el Tribunal tiene en cuenta lo preceptuado por el art. 61 del mismo, relativo a la libre formación del convencimiento".

Para la Sala resulta acertado el razonamiento del Tribunal contenido en el aparte de la sentencia que se deja transcrito, en cuanto afirma la competencia de la jurisdicciòn laboral para el conocimiento de la litis planteada en este juicio. En efecto, a partir de la vigencia del Decreto 456 de 1.956, a los jueces del Trabajo se les atribuyó competencia para el conocimiento y decisión de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, "cualquiera que sea la relación jurìdica o motivo que les haya dado origen", segùn se dispone en su artículo 1o. De allí, que si para obtener el reconocimiento de honorarios y remuneraciones, se invoca la prestación de ser-

vicios personales de carácter privado, basta esta afirmación para determinar la competencia de la justicia del trabajo, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que sirva de fuente a la obligación reclamada, ya que su conocimiento le está adscrito por la ley.

Por lo demás, este aspecto de la acusación constituye materia ya definida por esta Sala de la Corte, en diversos fallos. Así, en sentencia de fecha 27 de noviembre de 1.962, proferida al decidir el juicio instaurado por el doctor Marco Tulio Vergara Rey, contra la sucesión de Ricardo Cubides, dijo lo siguiente:

"Por mandato del decreto 456 de 1.956, el conocimiento de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, se sustrajo de la justicia ordinaria civil para atribuirlo a la del trabajo, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen. El citado Decreto regula, además de la jurisdicción y de la competencia, el trámite de la vía ordinaria laboral para el juicio de conocimiento de las referidas obligaciones y el procedimiento ejecutivo del trabajo, para su cumplimiento. De allí, que esta Sala al fijar el alcance y contenido de ese estatuto legal ha dicho, en fallos anteriores, que según los términos de sus disposiciones, sólo la relación procesal queda sometida al Código de Procedimiento del Trabajo. La relación jurídico sustancial, conforme a la cual debe decidirse el litigio, será la que en cada caso se establezca como causa del servicio personal independiente.

"Como consecuencia de lo anterior, en esta clase de juicios el juzgador no está sujeto al sistema de la tarifa legal que rige el proceso civil, para la valoración y estimación probatoria, sino, al de la libre formación del convencimiento, en la forma, términos, y con las limitaciones previstas por el art. 61 del C. de P. L., que regula la relación procesal". Y, en sentencia de 31 de mayo de 1.960 (G. J. T. XCII) dijo también: "La norma del art. 1o. del decreto 456 de 1.956 es de naturaleza procesal y la casación sólo es viable cuando la sentencia sujeta al recurso viola preceptos sustantivos, esto es, los que tienen por objeto crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, según el común sentir de la doctrina".

En relación con el primer aspecto de la acusación que se examina, adviértese, además, que el recurrente se limita a señalar como violados los Decretos 456 y 931 de 1.956 y los arts. del C. J. que relaciona, disposiciones todas de naturaleza procesal, pues, únicamente regulan materias atinentes a la competencia, al trámite y al régimen de valoración probatoria, y por tanto, ineficaces por sí solas para quebrantar la sentencia. Al efecto, esta Sala, reiterando la jurisprudencia constante de la Corte, ha dicho que la infracción de normas de derecho probatorio, constituye violación de medio, que es necesario completar indicando las de derecho sustancial, violación de resultado. Las de la primera clase sirven de antecedente al error de juicio del fallador, y de consecuente las de la segunda. (Casación 21 de febrero de 1.961 G. J. No. 2235-2236, pgs. 785 y ss.).

Conclúyese de lo expuesto, que el recurrente no tiene razón en cuanto impugna la decisión del Tribunal, negándole competencia para el conocimiento y decisión de la presente litis.

Dice el impugnador que el Tribunal incurrió en error de hecho, consistente "en no dar por acreditado el contrato de opción, ajeno a la jurisdicción laboral, y hallar tipificado un contrato diferente como es el de corretaje, no invocado en la demanda, no pretendido por la parte actora y no celebrado entre los contratantes". Agrega que este error aparece de manifiesto, si se tienen en cuenta la

demanda y los documentos de folios 11, 12 y 13, los cuales "ignora leer" el sentenciador, puesto que el contrato celebrado entre los demandantes y la Comunidad demandada fue el de opción, según se estipuló y se hizo constar.

Simultáneamente, le atribuye error de derecho a la valoración probatoria del Tribunal respecto de los citados documentos, pues, considera, que éste "los desconoce desde el momento mismo en que a pesar de invocarse un contrato diferente para reclamar honorarios, allí se valora en la demanda otra figura diferente, y se aprecia de una manera diferente de como las mismas partes lo han estipulado expresamente".

Así las cosas, sucede que en ambos supuestos se acusa al Tribunal de haber incurrido en errores de hecho y de derecho, referidos a unos mismos elementos probatorios y con invocación de una idéntica causa generadora de ellos, la que se hace consistir en haber estimado que el contrato que vinculó a las partes no fue el de opción sino el de corretaje. De esta manera, el ata que contra la sentencia resulta inadecuado e ineficaz, si se tiene en cuenta que el error de derecho implica el quebrantamiento de una regla legal sobre prueba, que conduce a la violación de otra norma sustantiva consagratoria del derecho que se reclama. De allí, que para sustentarlo no pueden servir los mismos hechos y razonamientos aducidos para fundamentar el "error de hecho", pues el uno y el otro obedecen a causas distintas que imponen una demostración diferente. Además, conviene hacer notar que en la casación laboral sólo es posible alegar error de derecho, cuando se ha 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, en cuyo 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 preceptúa el art. 87 del C. de P. L.

Considerada la acusación en cuanto se refiere al error de hecho, también resulta deficiente, si se tiene en cuenta que conforme a lo previsto en el art. 87 citado, la violación de la ley por este aspecto ofrece dos modalidades, según que el vicio provenga de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba y sucede que el recurrente se abstiene de indicar de manera clara y precisa, en qué forma se produjo el error, limitándose a decir que el Tribunal "ignora leer" las pruebas que menciona el cargo, pero con olvido de efectuar la debida separación que la propia ley establece respecto a la causa que se alegue, y de demostrarlo adecuadamente.

Afirma el recurrente que el error de hecho en que incurrió el Tribunal consiste en la inadecuada calificación que hizo del contrato celebrado por las partes. Planteado así este aspecto del cargo, resulta ineficaz la acusación, pues ocurre que en la calificación de la naturaleza jurídica del contrato, no se comprende una cuestión de facto, pues lo que ella entraña es un juicio de derecho, una apreciación eminentemente jurídica, que pertenece por entero a la función del juzgador, ya que a él corresponde la calificación jurídica de los hechos. En efecto, en el sub-lite no se controvierte la existencia de una relación jurídica entre las partes, ni se niega que las circunstancias y modalidades propias de la correspondiente declaración de voluntad, consten en las cartas y documentos privados aportados al juicio. Conviene recordar, al respecto, que los señores Amaya y Callamand afirman en la demanda que, a virtud de convenio celebrado con la Comunidad demandada, obtuvieron "opción" para "gestionar la venta de un lote de terreno", y con esa autorización que consta en las cartas y documentos acompa-

ñadas al expediente, gestionaron la venta y "adelantaron la negociación" con la Sociedad Colombiana de Capitalización. La demandada, al dar respuesta al libelo de demanda, dice atenerse a lo que resulte probado, pues "todas las modalidades constan en los documentos que firmaron las partes".

Si el ad-quem, con base en los hechos relatados en la demanda y las pruebas aportadas al proceso, consideró que por razón de su naturaleza el contrato celebrado fue el de corretaje y nó el que pretende el recurrente, trátase, se repite, de un punto esencialmente jurídico y de interpretación de la ley. Siendo esto así, no puede estimarse, como pretende el impugnador, que el Tribunal hubiese incurrido en error de hecho, a consecuencia de defectuosa actividad de valoración probatoria al decidir la litis. Por tanto, no resulta idóneo el ataque de la sentencia, por violación de la ley a consecuencia de supuesto error de hecho.

No significa lo anterior que el criterio del Tribunal en la calificación jurídica del negocio no pueda ser objeto de censura en casación. El desacierto en el juicio jurídico del juzgador, autoriza la infirmación de la sentencia si la acusación se formula adecuadamente.

Critica el impugnador el examen y estimación probatoria del Tribunal en cuanto éste acepta que los demandantes obraban como intermediarios de la Comunidad de Dominicas. Terciarias en las gestiones que realizaron para la venta del lote de terreno, y que esas gestiones fueron idóneas para el logro del encargo que se les había hecho, puesto que como consecuencia de las mismas se concluyó el negocio de venta del referido inmueble entre la Comunidad demandada y la Compañía Colombiana de Capitalización, de que da cuenta la escritura pública No. 3710 de 8 de octubre de 1.957, pasada en la Notaría Tercera de Bogotá. Al efecto, luego de analizar y valorar, según su personal criterio, la prueba testimonial que tuvo en cuenta el sentenciador, vuelve sobre el punto ya examinado, consistente en considerar que el contrato celebrado entre las partes fue el de "opción", y que ésta quedó sometida a un término, con vencimiento al 30 de junio de 1.957, fecha en que cesó para los demandantes el derecho a cumplirla, por lo cual la Comunidad quedó libre para realizar por su cuenta el negocio de venta que antes había constituido el objeto de la "opción", lo que así ocurrió, ya que la enajenación del lote se efectuó sin la intervención de los demandantes, cuando había vencido el plazo de la "opción".

La Sala se ha detenido en el examen de todas las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal para producir la sentencia de condena, y por ello encuentra que fue acertado el análisis y valoración probatoria efectuados por el ad-quem, pues su juicio está conforme a la verdad real que se demuestra en el proceso, se atempera a los principios científicos que informan la crítica de la prueba y resulta acorde con el sistema de la libre formación del convencimiento, aplicable a las decisiones que corresponden a la justicia del trabajo.

Además, no debe perderse de vista que constituye punto fundamental del negocio sub-lite, el saber si los demandantes realmente prestaron sus servicios de intermediación en la venta del lote de terreno que pertenecía a la Comunidad demandada, y si esos servicios generan el derecho a reclamar la retribución correspondiente. En ambas hipótesis resulta afirmativa la respuesta, pues, de las pruebas que el Tribunal menciona en apoyo de su decisión, aparece acreditada la primera, y la ley consagra la segunda. En esta forma, sea que la relación jurídica vinculante entre las partes asuma las

características de un contrato de "opción con intermediación", según el criterio expuesto por la demandada recurrente, o que por el contrario, según su naturaleza, permita considerarse como contrato de corretaje, según lo estimaron los juzgadores de instancia, lo cierto es que la calificación jurídica se convierte en cuestión secundaria, si se tiene en cuenta que, en uno y otro caso, el derecho de los demandantes a la remuneración es indiscutible, si los servicios se prestaron efectivamente y en forma idónea para el logro del encargo que se les había confiado, como la admite el Tribunal, con apoyo en las pruebas aportadas al proceso.

Es cierto, como afirma el recurrente, que en el caso de autos son las propias partes comprometidas en el litigio quienes emplean el vocablo "opción" al redactar el contenido de los documentos que obran a folios 11 y 12, y que ese mismo término se utiliza al relacionar el hecho primero de la demanda. Ocurre, sin embargo, que la calificación jurídica del convenio, para tipificarlo dentro de una determinada especie de las que nomina la ley, no depende del nombre que le den las partes contratantes, sino de la que corresponda realmente según su verdadera naturaleza. También es evidente que según doctrina de tratadistas y expositores del derecho, la figura jurídica conocida con el nombre de "opción", puede incluirse dentro de la categoría específica de un contrato nominado, de fisonomía y naturaleza propia, que puede presentarse bajo dos formas o maneras perfectamente diferenciadas: una, en la que quien recibe la opción es un intermediario que busca el privilegio para colocar la mercancía en manos de terceros, y otra en la que quien recibe la opción se reserva la facultad de deliberar si adquiere por sí y para sí la cosa dada en venta. (Angel Osorio. "El contrato de opción").

Ocurre, sin embargo, que en nuestro derecho positivo, únicamente la ley 51 de 1.918 hace referencia a la figura jurídica de la "opción". Dicho estatuto, después de regular la materia referente a establecimientos y sociedades de crédito, inesperadamente y sin conexión visible con la cuestión principal que reglamenta, estatuye lo que a continuación se transcribe: "Art. 23. La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición será ineficaz. La condición se tendrá por fallida si tardare más de un año en cumplirse. Las partes pueden ampliar o restringir ese plazo. Art. 24. Por el derecho de registro de las escrituras de opción se pagarán diez pesos ($ 10.oo), sin perjuicio de pagar el derecho correspondiente conforme a la ley, cuando el contrato quede definitivamente en firme".

Según se aprecia de las normas transcritas, no es mucha la luz que ellas arrojan respecto a la llamada "opción". Por el contrario, son notorios los vacíos que ofrecen esos preceptos de derecho positivo. No precisan, en forma inequívoca, cuál es el concepto jurídico de la institución que se menciona, no se la define ni se indica cómo se regula, ni qué derechos envuelve. Por tanto, puede afirmarse que fuera de las citadas disposiciones de la ley 51, no hay más amparo legal para el llamado "contrato de opción", que el que presta en forma genérica el Código Civil a toda convención lícita.

Se dijo antes que al sentenciador corresponde la calificación jurídica del contrato que hayan celebrado las partes, a lo que debe agregarse que también le corresponde determinar su verdadera inteligencia, teniendo en cuenta la intención y propósito de quienes contrataron. Así las cosas, el Tribunal, fijó el verdadero objeto del convenio llamado por las partes de "opción", teniendo en cuenta los hechos

que le precedieron, el conjunto de circunstancias que han acompañado el desarrollo de lo pactado y los hechos subsiguientes que se relacionan íntimamente con lo que fue materia del convenio, encontrando, con base en estos elementos, configurada una intermediación para vender, o lo que es lo mismo, un contrato de corretaje, de naturaleza civil, regulado por las normas que gobiernan el corretaje mercantil. Por ello, la Sala estima que no siendo equivocada la calificación jurídica que del contrato hizo el Tribunal, debe sostenerse en casación para que produzca todos sus efectos legales.

Esta Sala de la Corte, en repetidos fallos en que ha tenido oportunidad de analizar situaciones semejantes a la que se debate en este juicio, ha aceptado la existencia de la correduría. Por ser aplicable al caso en estudio lo dicho en esas oportunidades, se reproduce, en lo pertinente, lo consignado en sentencia de 6 de septiembre de 1.961 al decidir el recurso de casación **per-saltum** interpuesto dentro del juicio promovido por Octavio González Robledo contra Bernardo Londoño Vèlez. Dijo la Sala: "La actividad intermediadora no se circunscribe a la sola esfera comercial, ya que invade también el campo de la contratación civil, como ocurre con el encargo para la compra y venta de bienes inmuebles, en que el objeto de la intervención del corredor es de esa índole. En estos casos, no puede decirse que el corretaje deje de estar regido por la ley mercantil toda vez que no hay reglamentación de la profesión de corredor en el Derecho común. Sea la negociación sobre cosas muebles o inmuebles y cualesquiera la calidad de las partes contratantes (civiles o comerciales) el corretaje, como tal, se ha regido por la ley comercial. Otra cosa bien distinta es que, respecto a los interesados que concluyen el negocio celebrado mediante la intervención de corredor, deba tenerse en cuenta la naturaleza civil o comercial del acto para regular sus efectos o para dirimir las controversias que entre éstos puedan presentarse. La intermediación siempre constituye acto de comercio y por tanto, las normas sustanciales de naturaleza mercantil son aplicables a las cuestiones o controversias que se susciten entre el corredor y las partes. Por el contrario, las controversias entre los contratantes se debatirán conforme a la naturaleza del acto o negocio realizado"..... ....."Podría creerse que si la actividad del intermediador no es profesional sino simplemente ocasional, por no ser reiterada ni constituir para el agente un medio de vida, no puede calificársele de comerciante y menos, aplicársele la ley mercantil. Empero, esta circunstancia no excluye la regulación por dicha ley al caso controvertido, por mandato expreso del art. 10 del C. de Co., que preceptúa: "Los que ejecuten accidentalmente alguna operación de comercio, no serán considerados comerciantes para todos los efectos legales; pero quedan sujetos, en cuanto a las controversias que ocurran sobre estas operaciones, a las leyes y a la jurisdicción del comercio".

Por lo que se deja expuesto, no prosperá el cargo.

A virtud de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su Sala Laboral, con fecha 10 de marzo de 1.960.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo.- Luis Fernando Paredes A.- Roberto de Zubiría C.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO. REVELACION DE SECRETOS O ASUNTOS DE CARACTER RESERVADO CON PERJUICIO DE LA EMPRESA. OBSERVANCIA DE LOS REGLAMENTOS DE TRABAJO. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1. Los artículos 120, 121 y 122 del Código Sustantivo, relacionados con el reglamento de trabajo, considerados aisladamente, no establecen derecho alguno en favor del trabajador. El cargo en casación, para que sea viable, debe incidir en la resolución contenida en el fallo acusado. 2 La violación de la ley sustantiva por error de hecho presenta dos modalidades distintas e inconfundibles: la errónea estimación de una prueba determinada y su falta de apreciación.

1. El primer cargo acusa violación de los artículos 120, 121 y 122 del Código Sustantivo del Trabajo a causa de error de hecho evidente. Consistió el error -dice el recurrente- en que la sentencia consideró probado, sin estarlo, el hecho de que el Reglamento de Trabajo de la Empresa demandada fue publicado, estaba vigente y se probó su publicación.

Se considera:

El artículo 120 prescribe el procedimiento que debe seguir el patrono para dar publicación al reglamento de trabajo; el artículo 121 dispone que, una vez aprobado el acto, comienza a regir ocho días después de su aprobación hecha en la forma establecida en la disposición anterior; y el artículo 122 se refiere a la verificación y certificación relativa a la publicación del reglamento para que pueda servir de prueba de ese hecho.

Observa la Sala que, consideradas las tres normas aisladamente, no establecen derecho alguno en favor del trabajador, y es bien sabido que el cargo en casación, para que sea viable, debe incidir en la resolución contenida en el fallo acusado. No es, pues, completa la proposición jurídica, pues aún aceptando el quebranto de los preceptos mencionados, no por ello sufrirían impacto las decisiones de la sentencia del *ad quem* sobre los derechos materia de la controversia. El cargo no prospera.

2. De acuerdo con la ley orgánica del recurso extraordinario, la violación de la ley sustantiva por error de hecho presenta dos modalidades, a saber: errónea estimación de una prueba determinada, o su falta de apreciación (art. 87, inciso del numeral 1o. del C.S.T.). Las dos modalidades son distintas e inconfundibles, pues en la primera la sentencia enjuicia el medio probatorio y lo valora; en la segunda, guarda silencio sobre él, sin emitir, huelga advertirlo, concepto alguno;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá treinta de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

MATERIA DEL PLEITO.

Ana Helena Miranda, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, domiciliada en Bogotá, para que por sentencia se hiciera la declaración de que la nombrada entidad terminó ilegalmente el contrato de trabajo celebrado con ella, y en consecuencia, pidió que el establecimiento bancario fuera condenado a pagarle los perjucios morales y materiales causados, los provenientes del lucro cesante y los relativos a la indemnización moratoria, en la cuantía que indican las correspondientes peticiones. También solicitó la condena al pago del valor del salario de una década.

En síntesis, dicen los hechos fundamentales de la demanda:

Ana Helena Miranda le prestó servicios a la Caja Agraria, en varios cargos, desde el 2 de noviembre de 1.944 hasta el 18 de diciembre de 1.958, según contrato de trabajo de duración indeterminada. El salario convenido al empezar el vínculo fue de $50,oo mensuales, aumentado pogresivamente hasta llegar a la suma de $759,oo al mes. La Caja destituyó a la demandante, sin previo aviso, según comunicación del 19 de diciembre de 1.958, alegando como causa de la medida la falta prevista en el art. 56, literal d) del Reglamento de Trabajo. La falta consistió en que la empleada le comunicó a su antiguo jefe, doctor Carlos Holguín Peláez, por medio de un escrito informal, la deccisión adoptada por el Comité Ejecutivo de la entidad sobre rechazo de la parcelación de la finca denominada "Villalobos", situada en el Municipio de Pitalito (Huila), propuesta por el señor Roberto Gómez Palacios en el mes de diciembre de 1.957, que el Gerente de la Caja había considerado viable y de acuerdo con las necesidades del país. El proponente y cien colonos más establecidos en el inmueble se ilusionaron con las promesas del Gerente y con frecuencia se acercaban a las oficinas de la Caja para enterarse del curso del negocio. Ese era su estado hasta noviembre o diciembre de 1.958, pero el Comité de Parcelaciones de la entidad, del cual era secretaria la demandante, desde el 8 de junio de ese año había considerado la parcelación irrealizable. En atención a las visitas que hacían a la Caja los interesados en la parcelación, gestionada por el Dr. Holguín Peláez, la actora, incapaz de sostener el engaño, le comunicó al gestor la decisión tomada por el Comité. Gómez Palacios le hizo saber al Ministro de Agricultura la burla empleada por la Caja y los perjuicios que le había ocasionado, y como aquél diera cuenta al Gerente del reclamo, éste procedió a destituir a la demandante. La Caja consignó el 13 de enero de 1.959 lo que estimaba deberle a la actora por salarios y prestaciones sociales, descontándole de la liquidación el valor de una década, sin causa justificada. La empresa no le dió a la trabajadora el certificado de salud ordenado por el art. 65, numeral 3o. del C.S.T. Durante el tiempo de sus servicios a la Caja, jamás incurrió la empleada en falta alguna, según lo demuestra su hoja de vida; al destituirla, la empresa le causó perjuicios morales y materiales. La Caja no observó, al despedir a la demandante, su Reglamento Interno de Trabajo.

La respuesta a la demanda acepta el contrato de trabajo, el tiempo servido, el salario devengado por la actora y su despido, respecto del cual manifiesta que se fundó en causa grave contemplada en el Reglamento de trabajo. Sobre la deu-

da por salarios (una década) expresa que le fue cubierta, habiendo destruído la demandante el comprobante de pago, no obstante lo cual consignaba su valor. Propuso como excepciones perentorias las de carencia de acción y las de inexistencia o extinción de las obligaciones materia del pleito.

Trabada la relación procesal y proseguido el juicio conforme al trámite de rigor, terminó en primera instancia por sentencia del 24 de mayo de 1.960, proferida por el Juzgado 2o. del Trabajo de Bogotá. En ella condena a la Caja de Crédito Agrario a pagar a la demandante la suma de $ 3.364,90, por concepto de lucro cesante, en el literal a), numeral primero de su parte resolutiva, y a la de $ 1.595,10, a título de indemnización moratoria (literal b- del mismo numeral). De oficio declara probada la excepción de pago respecto de salarios insolutos (numeral segundo); absuelve a la Caja de los demás cargos (numeral tercero); y la condena en un 80 o/o de las costas (numeral cuarto).

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior de Bogotà, Sala Laboral, en la sentencia decisoria del recurso de alzada, de fecha 4 de julio de 1.960, revoca el literal a), numeral primero del fallo apelado, confirma el literal b) de dicho numeral y lo dispuesto en los numerales segundo y tercero, y modifica el cuarto en el sentido de rebajar al 40 o/o las costas de primer grado. Se abstuvo de la condena por tal concepto en la segunda instancia.

La parte demandante interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Tramitado aquí en legal forma, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

EL RECURSO.

Persigue la quiebra del fallo de segundo grado para que la Corte en el de instancia acceda a las peticiones de la demanda inicial, y, en su defecto, confirme el del Juzgado a-quo.

Con fundamento en la causal primera de casación, formula dos cargos, que se estudian en su orden.

Primer cargo.

Acusa violación de los arts. 120, 121 y 122 del C.S.T., a causa de error de hecho evidente.

Consistió el error en que la sentencia consideró probado, sin estarlo, el hecho de que el Reglamento de Trabajo de la Empresa fue publicado, estaba vigente y se aprobó su publicación.

El yerro tuvo por causa la mala apreciación de la copia de folios 85 a 88, contentiva de un principio de Reglamento de Trabajo de la Caja, expedida por un empleado del Ministerio del ramo.

Sostiene el recurrente que no hay prueba en autos de que la demandante hubiera recibido copia del proyecto de reglamento en referencia, por lo cual, legalmente, lo ignora. Agrega que tampoco la hay de su publicación; que la copia mencionada apenas demostraría que el proyecto de reglamento se aprobó, pero no su publicación y menos su vigencia. La incidencia del error en la decisión recurrida -continúa el cargo- es obvia, pues no estando probado el hecho

referido, la sentencia ha debido considerar inexistente el reglamento y, de consiguiente, la grave falta imputada a la demandante, alegada por la Caja como causa del despido.

De su lado dice el opositor que el demandante pidió como prueba a su favor copia parcial del Reglamento de la Caja (arts. 56 a 65) sobre escala de faltas y sanciones, acompañada a la demanda inicial, corriente a folios 11 a 13 del expediente, igual a la aducida por la parte demandada (fls. 85 a 88). Los requisitos sobre publicación y vigencia del reglamento, de que tratan los arts. 120 a 122 del C.S.T., no han sido puestos en tela de juicio por ninguna de las partes, por lo cual, al tener en cuenta el Tribunal el documento en mención, no ha incurrido en error de hecho.

SE CONSIDERA:

El art. 120 del Código prescribe el procedimiento que debe seguir el patrono para dar publicación al reglamento de trabajo; el art. 121 dispone que, una vez aprobado el acto, comienza a regir ocho días después de su publicación hecha en la forma establecida en la disposición anterior; y el art. 122 se refiere a la verificación y certificación relativa a la publicación del reglamento para que pueda servir de prueba de ese hecho.

Observa la Sala que, consideradas las tres normas aisladamente, no establecen derecho alguno en favor del trabajador, y es bien sabido que el cargo en casación, para que sea viable, debe incidir en la resolución contenida en el fallo acusado. No es, pues, completa la proposición jurídica, pues aún aceptando el quebranto de los preceptos mencionados, no por ello sufrirían impacto las decisiones de la sentencia del ad quem sobre los derechos materia de la controversia

A lo expuesto no sobra agregar lo siguiente: la demanda inicial afirma (hecho 17) que para el despido de la trabajadora la Caja no observó el reglamento de trabajo. La Sala observa que no puede reclamarse la aplicación de normas de un estatuto sin aceptar previamente su vigencia. Por tanto, resulta improcedente en casación el denuncio de irregularidades que no fueron alegadas como hechos constitutivos de las acciones deducidas en el juicio. De ahí que el opositor anote con acierto que "si en el cuerpo de la demanda se hubiera acusado a la Caja Agraria de no haber publicado el regiamento, hubiera demostrado ésta su publicación en la forma legal".

El cargo no prospera.

Segundo cargo.

Violación de los arts. 64, 66 y 115 del C.S.T. a consecuencia de errores de hecho evidentes, por mala apreciación de pruebas.

Consistieron los errores en que la sentencia dá por probados, sin estarlo, estos hechos: a) que la demandante había divulgado secretos o cosas prohibidas; b) que la información confidencial dada por la actora era falsa porque no estuvo ceñida a la decisión tomada por el Comitè de Parcelaciones de la Caja; y c) que se agotò el procedimiento reglamentario para el despido de la demandante, sanción màxima a que puede ser condenado un asalariado.

El impugnador relaciona las pruebas mal apreciadas, y, a la vez, en sustentación del cargo, las analiza.

Al respecto expone lo siguiente:

a) Informe de la demandante al Dr. Carlos Holguín Peláez (fl. 65-A).

Sostiene el acusador que fue mal estimado por la sentencia, pues el papel confidencial del informe no está dirigido a nadie y lo suscribe persona inexistente. Dice que la palabra "divulgar", según el diccionario de la lengua, es publicar, extender, poner al alcance del público una cosa, o sea, darla a conocer por la prensa, la radio, el cine, etc; que, para el fallo acusado, si la demandante hubiera ido a la prensa, a la televisión o al cine a comunicar lo sucedido, no habría procedido con malicia, pero la culpa le es imputable por haber tergiversado el sentido de una prohibición del reglamento de trabajo, que no está vigente por no haberse demostrado su publicación.

b) La contestación al hecho 6o. de la demanda (fl. 63).

De ella transcribe este aparte: "La falta cometida por la empleada señorita Ana Helena Miranda y que no puede tener justificación, consistió en haberle informado al Dr. Carlos Holguín Peláez, cuando ya éste no era funcionario de la Caja, lo que se trataba y discutía en el Comitè de Parcelaciones del Departamento de Colonización de la Institución, siendo así que todo lo que allí se trata es de carácter reservado.....".

Se anota que nada dice el impugnante sobre la prueba anterior, ni lo que con ella se propone demostrar.

c) La pregunta décima-quinta del cuadro de posiciones propuesto por la Caja a la demandante (fl. 63 v.).

El cargo transcribe su texto, que es el siguiente:

"Diga la absolvente cómo es cierto, si o nó, bajo la gravedad del juramento que acaba de prestar, que las palabras que Ud. consignó en el papel confidencial dirigido al Dr. Carlos Holguín Peláez, fueron opiniones oídas por Ud. en la sesión del Comité celebrada el 8 de junio de 1.958?".

La pregunta -dice el acusador- contiene la confesión de que lo afirmado por la demandante en el papel confidencial era cierto.

d) La respuesta a los hechos 7 a 11 de la demanda (fls. 24 a 26).

Inserta el siguiente aparte: "De esta manera queda demostrado que la demandante no solo mantenía enterado a su antiguo Jefe, doctor Holguín, de lo que se trataba en el Comité en relación con la propuesta del señor Gómez Palacios, en la cual estaba interesado el propio doctor Holguín como se confiesa en la demanda, sino que esos informes tendientes a desacreditar a la institución de la cual la actora era empleada, resultaron falsos".

Comenta la acusación que si era falso el informe, no reveló secreto alguno, de lo cual deduce que la trabajadora fue mal despedida por haber invocado el patrono un falso motivo. Por tanto, agrega, la sentencia incurrió en error de hecho al justificar el despido con una causal distinta, que la Caja no alegó al dar por terminado el contrato.

e) El reglamento de trabajo (fls. 85 a 88) y los documentos de folios 15 y 38.

Para el despido de la empleada -dice el recurrente- el patrono no dió cumplimiento a los trámites previstos en el art. 64 del reglamento de trabajo. Sin embargo, el Tribunal afirma que fueron observados, y agrega: obra al folio 15 copia de una carta de la demandante para el Gerente de la Caja, sin autenticación, de la cual resulta que fue llamada por éste para notificarle el despido, no para darle a conocer faltas cometidas por ella y darle oportunidad para presentar sus descargos ni para hacerle ver que el Sindicato de Trabajadores tenía facultad para intervenir en su defensa. Anota que corrobora lo anterior el memorándum del folio 38, de la Gerencia de la entidad, de fecha 18 de diciembre de 1.958, por medio del cual ordenó cancelar el contrato de trabajo con la demandante, por haberse demostrado que suministró informes falsos a personas extrañas a la empresa. Tanto el memorándum como el llamamiento que el Gerente hizo a la empleada para despedirla, concluye el cargo, han sido interpretados por la sentencia como citas para descargos, incurriendo en error de hecho en la estimación de tales pruebas.

En respuesta al cargo, dice el opositor:

El informe dado por la empleada al Dr. Holguín Peláez, de que dá cuenta la fotocopia corriente al folio 65-A, fue reconocido por ella en posiciones (fls. 116 a 119). La interpretación que de él haya hecho el fallador no puede ser objeto de reparos, porque goza de libertad en la estimación de las pruebas.

La Caja dió por terminado el contrato invocando una justa causa, prevista en el reglamento de trabajo, que le dió a conocer a la demandante en la carta del folio 10, respecto de la cual guarda silencio el recurrente. La falta constitutiva de la justa causa fue admitida por la actora al reconocer en posiciones el informe que suministró a su antiguo Jefe sobre asuntos de la Caja, sometidos a reserva.

El trámite establecido en el reglamento de trabajo para la imposición de sanciones fue observado por el patrono, como lo anota el Tribunal. Así lo demuestra la carta del folio 15, presentada por la demandante como prueba a su favor, incorporada legalmente al proceso, por mandato del Juez del conocimiento. La apreciación sobre esa prueba pertenece al arbitrio del sentenciador, como lo tiene admitido la jurisprudencia.

LA CORTE CONSIDERA:

Dos son los puntos a que se contrae el cargo: a) El despido de la demandante, que considera ilegal; y b) La inobservancia del reglamento de trabajo para decretar el despido impuesto como sanción.

Acerca del primer extremo, dice a sentencia:

Para el despido del empleado por el motivo que establece el art. 62, literal a) del C.S.T., el patrono debe demostrar que lo revelado por aquél fue un secreto técnico o comercial, o un asunto de carácter reservado. Tal es la interpretación equitativa del precepto, pues de no ser así, para el despido le bastaría al patrono calificar ex-post facto de reservado cualquier hecho, aún el más anodino, lo cual se prestaría a graves abusos. La anterior observación no justifica la conducta de la demandante, pues si es verdad que la Caja no expuso los motivos que tuvo para tener como reservadas las deliberaciones y decisiones del Comité, ni aportó la prueba de que la reserva se hubiera impuesto a la trabajadora, la actuación de ésta revela claramente que consideraba reservados los asuntos que

llegaban a su conocimiento en razón de sus funciones como secretaria del Comité. Así se deduce de la información extra oficial dada a su antiguo jefe, contenida en la fotocopia del documento del folio 65, reconocido por ella en posiciones. El carácter confidencial que le dio al informe indica que se sabía obligada a la reserva, y que atribuyó a los miembros del Comité el deseo de que no se diera a conocer el verdadero concepto que les merecía el negocio de parcelación. La diferencia entre lo realmente acordado por el Comité, según el acta, y el informe de la trabajadora, es señal de su ánimo contrario a la correspondencia debida a la confianza que le había depositado el patrono. Si la información se hubiera ajustado a la decisión tomada, según lo consignado en el acta, no podría calificarse de culpable la conducta de la empleada, pues a lo sumo se podría decir que se arrogaba facultades de que carecía. Pero los términos del informe manifiestan un ánimo adverso a los inmediatos superiores.

La culpabilidad de la empleada, consistente en ejecutar un hecho que estimaba violatorio de sus obligaciones contractuales, está plenamente demostrada en el juicio, por lo cual debe tenerse como causa justificativa del despido sin previo aviso.

Osbserva la Sala: demuestra la anterior exposición que la sentencia halló probado el hecho establecido en el art. 62, numeral 6o., literal a) del C.S.T., según el cual, es justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, de parte del patrono, sin previo aviso, el consistente en que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa, y, en consecuencia, dió aplicación al nombrado precepto legal.

No ataca el recurrente esta apreciación del fallador, ni acusa como violada la disposición legal antes citada. Así las cosas y en atención a que la Corte no puede de oficio confrontar la sentencia impugnada con los textos legales aplicados por ella, para deducir si incurrió o no en error de juicio en su actividad in judicando, debe desecharse el cargo por el aspecto que se estudia.

De otro lado, conviene anotar que la mala estimación del documento del folio 65-A la funda el cargo en la consideración de que el informe que contiene es un papel anónimo, sin firma ni indicación de la persona a quien se dirige. A lo cual se observa que, según la sentencia, la demandante reconoció en su confesión provocada el hecho de haber sido la autora del documento como el de que su destinatario era el Dr. Carlos Holguín Pelàez, su antiguo superior, quien para la fecha en que recibió el informe había dejado de ser empleado de la institución demandada. Sin destruir este fundamento del fallo recurrido, la estimación que haya hecho de la prueba, aún estimándola equivocada, no tendría el mérito de demostrar que la valoró con desacierto, ni, en consecuencia, que por tal motivo, incurrió en evidente error de hecho.

Sobre el otro aspecto de la acusación -inobservancia del trámite prescrito por el reglamento de trabajo para la sanción por despido- dice el Tribunal:

El art. 64 del reglamento dispone que el Gerente o Director debe avisar la sanción al trabajador con expresión del motivo, y darle oportunidad para ofrecer sus explicaciones. Al folio 15 obra una carta, aportada como prueba por la demandante, del 28 de diciembre de 1.958, dirigida al Gerente, en la cual le recuerda que el 18 de los mismos mes y año, la llamó a su oficina para informarle que no podía continuar al servicio de la entidad por haber incurrido en la falta ya

mencionada. Ello demuestra que la empleada sí fue previamente avisada de la sanción que se le iba a aplicar y es natural que en esa oportunidad hubiera presentado sus explicaciones, pues para ese fin se le dió el aviso. Cumplido éste y concedido a la actora el derecho de defensa, debe tenerse por virtualmente agotado el trámite previsto en la norma del reglamento. Sus demás prescripciones, relativas a la audiencia de dos representantes del Sindicato y recurso de apelación, no eran aplicables, por falta de los correspondientes presupuestos. Que el aviso de la sanción se diera verbalmente y no por escrito, no es omisión que pueda considerarse en mengua del derecho de defensa.

Observa la Sala:

El art. 56 del Reglamento de Trabajo enumera como faltas muy graves, las que relaciona el literal d), según el cual, constituye falta de esa índole la divulgación por el trabajador de asuntos relacionados con los negocios de la Caja a sus clientes, o que de cualquiera otra manera viole la reserva bancaria.

El art. 64 dispone que las penas establecidas en las normas anteriores (incluye las que relaciona el 56) se impondrán previas las informaciones del caso, formando expediente de los descargos que pueda presentar el trabajador. Antes de que el Gerente o Director -agrega el precepto- aplique una sanción, la notificará por escrito al trabajador, declarando la falta que dió lugar a ella, y dará oportunidad de ser oídos tanto al trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato a que pertenezca. Contra la medida que imponga la sanción concede el ordenamiento el recurso de apelación ante el Gerente General.

Lo dispuesto en la norma reglamentaria concuerda con el mandato del art. 115 del Código del Trabajo. Debe observarse que la oportunidad para que el inculpado aduzca su defensa como la que debe darse a dos representantes del sindicato de que sea miembro para que intervenga en ella, no son puntos que contemplan la ley ni el reglamento de trabajo.

Para mayor claridad debe anotarse lo siguiente: la carta del folio 15, dirigida por la demandante al Gerente General de la Caja, de fecha 28 de diciembre de 1.958, dice que fue llamada por éste el 18 de los mismos mes y año para manifestarle que no podía continuar al servicio de la entidad por haber informado a terceros una decisión del Comité de Parcelaciones, es decir, le imputó haber cometido la falta muy grave establecida en el literal d) del art. 56 del Reglamento de Trabajo. En la misma fecha en que se le hizo el cargo a la empleada (18 de diciembre de 1.958) el Gerente ordenó al Jefe de Personal, según memorandum corriente al folio 38, la cancelación del contrato de trabajo entre las partes, con fundamento en el motivo expresado.

Del memorandum no hace mérito la sentencia, y ocurre que el acusador ataca el fallo por su mala apreciación. De haberse formulado el cargo por inestimación de la prueba habría sido necesario concluir que a la demandante no se le dió oportunidad para la defensa, pues si bien no contempla el punto el reglamento de trabajo, no sería acertado admitir que de ella dispuso. Por imposibilidad física habría tenido que llegarse a la conclusión contraria, ya que el mismo día en que se le formuló el cargo fue ordenado el despido, que se hizo efectivo el día siguiente (19 de diciembre de 1.958), como lo acredita la demanda y su respuesta y el documento del folio 10.

Por la razón de orden técnico apuntada no se acoge la acusación, porque, de acuerdo con la ley orgánica del recurso extraordinario, la violación de la ley sus-

tantiva por error de hecho presenta dos modalidades, a saber: errónea estimación de una prueba determinada, o su falta de apreciación. (art. 87, inciso del numeral 1o. del CST). Las dos actividades son distintas e inconfundibles, pues en la primera la sentencia enjuicia el medio probatorio y lo valora; en la segunda, guarda silencio sobre él, sin emitir, huelga advertirlo, concepto alguno.

En vista de lo expuesto no hace falta detenerse a examinar si la carta del folio 15 carece de todo mérito probatorio, como lo dá a entender el recurrente. Con todo, debe observarse que la misiva fue presentada por la demandante como prueba a su favor e incorporada a los autos oportunamente, según providencia del juzgador a quo. Fue, pues, reconocida por la empleada, motivo suficiente para estimar inadmisible su repudio en casación.

Sostiene el acusador que también le fueron negadas a la demandante estas garantías al imponerle la sanción del despido: el recurso de apelación y la audiencia de dos representantes del Sindicato. Al respecto observa la Sala: el recurso de alzada se surte ante el inmediato superior del funcionario que dicta la providencia susceptible de ese medio de impugnación. En este asunto la sanción la ordenó el Gerente General, cuyo superior jerárquico es la Junta Directiva. Y ocurre que, según el art. 63 del Reglamento de Trabajo, la Junta solo conoce de las apelaciones contra las sanciones impuestas a directores de sucursales o agencias. De acuerdo con las pruebas del proceso el cargo desempeñado por Ana Helena Miranda al expirar el contrato era el de secretaria del Comité de Parcelaciones, distinto de los que se han relacionado. Respecto del segundo punto, no demostró la demandante el hecho de su afiliación al sindicato de trabajadores de la Caja, presupuesto indispensable, conforme a la ley y al Reglamento de la institución, para la intervención de dos de sus representantes en el proceso sobre sanciones disciplinarias. Por los motivos expuestos, que la acusación no ataca, la sentencia llegó a la conclusión de que no era del caso dar cumplimiento a las normas del reglamento sobre las dos cuestiones examinadas.

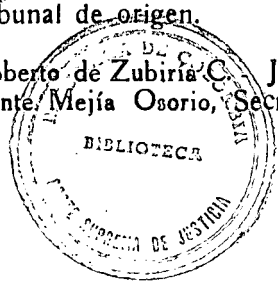
Lo dicho es suficiente para el rechazo del cargo.

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. - Roberto de Zubiría C. José Joaquín Rodríguez. - Antonio de Castillo, Conjuez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.





SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Extractos de Jurisprudencia de Negocios Generales, a cargo del entonces Relator, doctor LUIS IGNACIO SEGURA A.

PETROLEOS. IDENTIFICACION DEL INMUEBLE

Sólo a condición de que el predio a que se refiere la demanda sea identificable y se identifique realmente, cabe ahondar sobre la situación jurídica que respecto de él crea el título que se alega.

Tratándose de oposición a la celebración de contrato para la exploración y explotaciòn de hidrocarburos, es simplemente natural que la acción no puede prosperar si de las pruebas allegadas al proceso no aparece evidente que el predio singularizado en la demanda existe realmente y es el mismo donde se ubican los petróleos que son objeto de la propuesta de contrato, y que corresponde en su integridad o al menos en parte al que se afirma que salió del patrimonio del Estado en fecha anterior a la arriba mencionada; ni tampoco podrá llegarse a sentencia favorable si no se demuestra que los hidrocarburos que se entienden del dominio del demandante son los mismos que se pretende contratar con el Estado como de propiedad de éste, lo que obliga al actor a comprobar que el predio de propiedad particular donde aquellos hidrocarburos se encuentran o se piensa que existen es parte total o parcialmente del globo de tierras comprendido dentro de los límites de la expresada propuesta. Por eso la Corte ha expresado en varias ocasiones el concepto de que sólo a condición de que el inmueble a que se refiere la demanda sea identificable y se identifique realmente, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que respecto de él crea el título que se alega. De lo contrario, esto es, si la porción territorial donde se sitùan los hicrocarburos no aparece identificada por medios idóneos, la solución del pleito no puede ser favorable a las pretensiones del demandante debido a la falta de prueba de que aquéllos sobre que versa la acción existen realmente y son precisamente los que han sido motivo de la propuesta de contrato, sin que haya lugar a entrar en consideraciones sobre la eficacia o ineficacia de los títulos para demostrar la propiedad particular que se invoca. Que es el caso de este juicio, donde por omisión de las pruebas a que se acaba de aludir, el fallo ha de ser adverso a la parte actora.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, diez y ocho de enero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

La señorita Ana Currea Santos, mayor de edad y vecina de Bogotá, demandó, contra la Nación, por medio de apoderado, porque mediante juicio ordinario de única instancia se hagan en su favor las siguientes declaraciones:

"Primera. Que el inmueble denominado "San Patricio", ubicado en la fracción de "Palmira", del municipio de Suesca, propiedad de mi mandante, y cuyos linderos más adelante expreso, salió legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, en virtud de título emanado del Estado.

"Los linderos de la finca en cuestión son los siguientes: por el oriente, carretera nacional de Nemocón a Chocontá de por medio, con el lote de la parte baja adjudicado a María Dolores Margarita Santos de Montes, en la sucesión de Isabel Santos v. de Currea, en una longitud de noventa y ocho metros ochenta centímetros (98. 80); por el occidente, con tierras de herederos de Gregorio Valbuena, luego de Alejandro Rivera y Demetrio Garzón, en longitud de doscientos cuarenta metros (240 m.), y en línea recta; por el sur, con terrenos de Juan Jiménez, herederos de Teodomiro Sánchez, herederos de Timoteo Rodríguez, y luego, quebrada de por medio, con Gregorio Martínez y Justa Sarmiento de Penagos y luego de Alfredo Forero, herederos de José Torres, Venancio Torres, Pioquinto Benavides, Sixto Sánchez, y Otoniel Sarmiento; y por el norte, con el lote de la parte alta adjudicado a la señora María Dolores Margarita Santos de Montes, hoy de Gabriel Montes Santos, por una línea quebrada así: a partir de un mojón de piedra colocado en el costado occidental del terreno, en línea recta al sureste, hasta otro mojón colocado al pie de una falda inclinada en donde empiezan las estancias, vuelve sucesivamente al sureste y luego al noreste, en líneas rectas en cuyos extremos hay mojones; vuelve al sureste en la prolongación de la primera línea hasta otro mojón colocado al pie de la última falda; vuelve al suroeste, y por último al sureste por líneas rectas fijadas por mojones en sus extremos hasta encontrar la carretera nacional.

"Segunda. En subsidio, que el inmueble denominado "San Patricio", de propiedad de mi poderdante, la señorita Ana Currea Santos, con la alinderación ya señalada, salió legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, en virtud de justa prescripción, por explotación económica de esas tierras.

"Tercera. Como consecuencia de una cualquiera de las declaraciones anteriores, que el subsuelo petrolífero de los mencionados terrenos de "San Patricio", o sea, el petróleo y demás hidrocarburos, gases y sustancias de que trata el artículo 1o. del referido cuerpo legal, que allí se hallen, son de propiedad del dueño del terreno, y pueden explotarse como de propiedad privada.

"Cuarta. Igualmente, como consecuencia de las declaraciones anteriores, que el área correspondiente a los citados terrenos, en su suelo, y en su subsuelo petrolífero, se excluye de la propuesta No. 873 formulada por la "Texas Petroleum Co." el 17 de agosto de 1.956, para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional.

"Quinta. Que, en el evento de que en desarrollo de la propuesta mencionada en el punto anterior, y en virtud de las declaraciones que anteceden, se hubiese celebrado contrato entre la Nación y la "Texas", tal contrato debe declararse terminado en lo concerniente al subsuelo petrolífero del inmueble a que se contrae esta demanda".

Como hechos en que se fundan las pretensiones que preceden enuncia la parte actora los siguientes:

"1o. Mi poderdante, la señorita Ana Currea Santos, es la actual propietaria del predio "San Patricio", delimitado en la petición primera de esta demanda;

"2o. La tradición de los predios de que trata el hecho anterior, se encuentra debidamente acreditada, con tiempo que excede el período de prescripción extraordinaria, con los títulos de propiedad y certificados de registro correspondiente;

"3o. El predio de que tratan los hechos anteriores, salió legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, en virtud de título emanado del Estado, que abarcaba extensión mayor.

"4o. El predio de que tratan los hechos anteriores, y el resto de terrenos de los cuales antiguamente hacía parte, han sido objeto desde tiempo inmemorial, y por ende desde antes del citado 28 de octubre de 1.873, como lo son actualmente, de una contínua y eficaz explotación económica consistente en la ocupación con ganados, cultivos, cerramientos, habitaciones etc.

"5o. Tanto el predio de que tratan los hechos anteriores, como los demás terrenos de que antiguamente hacia parte, se encuentran determinados en los títulos correspondientes y son identificables sobre el terreno.

"6o. El Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de la resolución No. 574 de 30 de mayo de 1.958, admitió la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, registrada bajo el No, 873, formulada por la "TEXAS PETROLEUM COMPANY" el 17 de agosto de 1.956, sobre un globo de terreno de 49.996 hectáreas y 9.600 metros cuadrados, ubicado en la hoya del Río Bogotá, en jurisdicción de los municipios de Nemocón, Guasca, Sopó, Tocancipá, Guatavita, Gachancipa, Zipaquirá, Sesquilé y Chocontá, cuyos linderos constan en el Diario Oficial No. 29776, de 27 de septiembre de 1.958.

"7o. Tanto los terrenos del predio delimitado en la petición primera de esta demanda, como los demás de los que antiguamente hacía parte, se encuentran comprendidos dentro de la propuesta No. 873, de la "TEXAS PETROLEUM COMPANY", cuyo perímetro se superpone al de aquellos;

"8o. Esta demanda está presentada dentro del término señalado en el art. 2o. del decreto 3050 de 1.956".

En derecho, invoca, para sustentar la acción, lo dispuesto en el decreto 1056 de 1.953, artículos 5, 34 y 36; en el decreto 3050 de 1.956, artículo 22; en las leyes de 11 de octubre de 1.821, 70 de 1.886, 37 de 1.931, 160 de 1.936, 18 de 1.952; en las leyes españolas que rigieron en el actual territorio nacional, específicamente la "RECOPILACION DE LEYES DE LOS REINOS DE LAS INDIAS", y demás cédulas reales que las adicionan; en el Código Fiscal de 1.873; artículos 669 y 673; en la ley 50 de 1.936, artículo 1o.; en el título XVIII, libro 2o. del Código Judicial y demás disposiciones pertinentes y concordantes.

Con la demanda trajo a los autos los siguientes documentos:

a) Un ejemplar del Diario Oficial número 29776, de 27 de septiembre de 1.958, en el que aparece publicado el aviso sobre admisión de la propuesta No. 873 para la exploración y explotación de petróleos; y

b) Un certificado expedido por el ministerio de minas y petróleos sobre tiempo hábil para instaurar esta demanda.

Admitida la demanda, de ella se dio traslado al señor procurador delegado en lo civil, quien la contestó oponiéndose a la acción, y manifestando en lo concerniente a los hechos, negarlos en su totalidad para que se comprueben.

Recibido el negocio a pruebas, la demandante adujo algunos instrumentos destinados a acreditar que es la actual propietaria del predio a que se refiere el libelo, y además, que él salió del patrimonio público desde el siglo diez y seis por merced que la Corona de España hiciera a Nicolás de Sepúlveda; pero, aunque solicitó la identificación del inmueble en inspección ocular para establecer que es parte del terreno mercedado en la época colonial, no hizo practicar la diligencia, y se abstuvo, por otra parte, de pedir prueba alguna encaminada a comprobar que los hidrocarburos cuyo dominio pretende se encuentran en el área de la propuesta de contrato formulada por la Texas Petroleum Company, admitida en resolución número 574 de 30 de mayo de 1.958 del ministerio de minas y petróleos y registrada en éste con el número 873.

Tratándose de oposición a la celebración de contrato para la exploración y explotación de hidrocarburos, es simplemente natural que la acción no puede prosperar si de las pruebas allegadas al proceso no aparece evidente que el predio singularizado en la demanda existe realmente y es el mismo donde se ubican los petróleos que son objeto de la propuesta de contrato, y que corresponde en su integridad o al menos en parte al que se afirma que salió del patrimonio del Estado en fecha anterior a la arriba mencionada; ni tampoco podrá llegarse a sentencia favorable si no se demuestra que los hidrocarburos que se entieden del dominio del demandante son los mismos que se pretende contratar con el Estado como de propiedad de éste, lo que obliga al actor a comprobar que el predio de propiedad particular donde aquellos hidrocarburos se encuentran o se piensa que existen es parte total o parcialmente del globo de tierras comprendido dentro de los límites de la expresada propuesta. Por eso la Corte ha expresado en varias ocasiones el concepto de que sólo a condición de que el inmueble a que se refiere la demanda sea identificable y se identifique realmente, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que respecto de él crea el título que se alega. De lo contrario, esto es, si la porción territorial donde se sitúan los hidrocarburos no aparece identificada por medios idóneos, la solución del pleito no puede ser favorable a las pretensiones del demandante debido a la falta de pueba de que aquellos sobre que versa la acción existen realmente y son precisamente los que han sido motivo de la propuesta de contrato, sin que haya lugar a entrar en consideraciones sobre la eficacia o ineficacia de los títulos para demostrar la propiedad particular que se invoca. Que es el caso de este juicio, donde por omisión de las pruebas a que se acaba de aludir el fallo ha de ser adverso a la parte actora.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara infundada la oposición de la parte actora al contrato propuesto a la Nación por la Texas Petroleum Company para la exploración y explotación de hidrocarburos dentro de los límites de la propuesta admitida por el ministerio del ramo en resolución número quinientos setenta y cuatro de treinta de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, registrada con el número ochocientos setenta y tres, y consiguientemente absuelve a la Nación de los cargos formulados en la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese, envíese copia al ministerio de minas y petróleos, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Ramiro Araújo Grau. - Efrén Osejo Peña. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.

DEVOLUCION DE EXPEDIENTES

Aplicación de las sanciones establecidas en el artículo 381 del Código Judicial en contra de la parte renuente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, veintiuno de enero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araùjo Grau).

Ante esta Corporación se presentó la siguiente demanda:

"Yo, Diego Llinàs Pimienta, c.c. 398 de Bogotá, abogado titulado e inscrito, vecino de esta ciudad, en ejercicio del poder que me han conferido los señores Fulgencio Lequerica Vèlez, Alicia Porto de Lequerica, Beatriz Lequerica de Dager, Alicia Lequerica de Cavelier, Lucía Lequerica Porto, Alfonso Lequerica Porto, Guillermo Lequerica Gómez, Cristina Lequerica de Torres y Augusto Lequerica Porto, con todo respecto demando a la nación colombiana, representada por el señor Procurador Delegado en lo Civil, para que por el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía y en una sola sentencia, se hagan las siguientes declaraciones".

"1a. Que es de propiedad privada de mis poderdantes el subsuelo petrolífero del globo de terreno conocido con el nombre de "Santa Cruz", ubicado en jurisdicción del municipio de San Antero y cuyos linderos son los siguientes: "Por el Norte, colinda con las heciendas de Tijo y Lobo, de los señores Pedro Nel Ospina y Diego Martínez & Cía., hoy de los señores Gabriel Valencia y Diego Matínez Recuero; por el Oriente, con terrenos de Arroyo Hondo, teniendo por lindero el camino de Purísima a San Antero; por el Sur, con terrenos del distrito de Lorica y San Juan de las Palmas; y por el Oeste, haciendas de Palermo y Arroyo Arena", en virtud de haber salido del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1.873";

"2a. Que es de propiedad privada de mis poderdantes la tercera parte del subsuelo petrolífero del globo de terreno conocido con los nombres de Marín o Río Ciego (correspondiendo las dos terceras partes restantes al doctor José Santos Cabrera), ubicadas en jurisdicción del municipio de San Bernardo del Viento, Departamento de Córdoba, alinderadas así: "Por el Norte y Oriente, con la bahía de Cispata; por el Sur, con las tierras de "La Doctrina" y "El Trapiche" y por el Oeste con el Río Sinú", y más detalladamente así: "Desde un punto situado en la margen oriental del Río Sinú, más arriba del frente -río de por medio- del caserío de Trementino, con cultivo de Rudesindo Romero, en donde se encuentra una cerca de árboles y alambres de púa; corre el Río Sinú en su bra-

zo principal por todo el frente de la Hacienda, colindando del otro lado del Río con terreno de Trementino o Chambá, San Bernardo del Viento, Hueso, Huesito y San Antonio de Bonanza, hasta donde el río principal hace una bifurcación, siguiendo por el caño del Soldado que es límite del terreno por el Sud Este hasta el Caño de Tijó; luego limita el terreno por el Sur con la Ciénaga de la Bahía de Cispata y con terreno del Trapiche, quedando dentro del terreno gran parte del Caño de Hierro y colindando después con terrenos de "La Doctrina" hasta llegar al Caño de la Vuelta; sigue orillando este Caño aguas arriba hasta llegar a una cerca de árboles y alambres que marca la colindancia con cultivos de Rudesindo Romero y siguiendo esta misma cerca hasta el punto de partida en la margen oriental del Río Sinú"; tercera parte de subsuelo petrolífero que mis poderdantes tienen, a su turno, en comunidad con el señor Augusto Tono de la Espriella, vecino de Cartagena, y cuyos linderos particulares son los siguientes: "Por el frente, el Río Sinú de por medio, con terrenos de Trementino, caserío del mismo nombre y terrenos de San Bernardo del Viento; por la parte del Río arriba colinda con potrero de Rudesindo Romero y de los herederos de Vicente Arteaga, en terrenos de "La Doctrina", una línea que partiendo del Caño de la Vuelta hasta el nacimiento del Caño de Hierro; de aquí por todo el Caño de Hierro hasta su desembocadura; y de aquí a buscar la desembocadura del Caño de Cicará en la Ciénaga de Soledad y Trapiche; por la parte de Río Abajo, colinda con la porción de los terrenos de Río Ciego, propiedad de José Santos Cabrera y por la línea divisoria tirada por el agrimensor Miguel Gómez Lavalle, que arranca de la orilla del Río, otra vez al caserío de Río Ciego", "en virtud de haber salido del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1.873".

Los fundamentos de hecho aparecen expuestos de la manera siguiente:

"1o. Por medio de la Resolución No. 485 de 3 de Mayo de 1.957, el Ministerio de Minas y Petróleos admitió la propuesta No. 775 de la Colombian Petroleum Company para contratar con el Gobierno Nacional la exploración con taladro y explotar el petróleo de sediciente propiedad nacional existente en un globo de terreno de 49.683 Has. 5.106.95 M2. ubicado en el Departamento de Córdoba, en jurisdicción de los municipios de Lorica, San Antero, Momil, y San Bernardo del Viento, cuyos linderos aparecen descritos en el Aviso que se publicó en el Diario Oficial No. 29431 de fecha 14 de Julio de 1.957";

"2o. Dentro de esos linderos se encuentran los globos de terreno descritos en la parte petitoria de esta demanda, que no son baldíos sino de propiedad privada, tanto en el suelo como en el subsuelo petrolífero, y que pertenecen, como se ha dicho, a mis mandantes, en virtud de títulos traslaticios de dominio que arrancan desde los emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873";

"3o. Mis poderdantes adquirieron la propiedad de dichos globos de terreno de la siguiente manera: a) la sociedad "Hijos de Augusto Tono" vendió la mitad de esos terrenos al doctor Fulgencio Lequerica Vélez y la otra mitad al doctor Augusto Tono de la Espriella (Esc. 810 de 31 de Dic. 1.938-Notaría 2a. Cartagena); 2) Augusto Tono de la Espriella vendió su mitad al doctor Fulgencio Lequerica Vélez (Esc. 1033-28 Dic. 1.943-Notaría 2a.) consolidándose en el patrimonio de éste la totalidad del dominio sobre dichos globos de terreno; 3) Fulgencio Lequerica Vélez vendió la mitad de esas propiedades a Manuel Lequerica Gómez, Guillermo Lequerica Gómez y Cristina Lequerica Gómez (Esc. 6 de 6 de Enero de 1944 -Notaría de Lorica); 4) Por muerte de Manuel Lequerica Gómez

(Esc.197 de 10 de febrero de 1.955-Notaría 1a. de Cartagena) los derechos correspondientes a éste pasaron a Guillermo Lequerica Gómez, Cristina Lequerica de Torres, Alicia Lequerica de Cavelier, Beatríz Lequerica de Dager, Lucia Lequerica Porto, Alicia Porto de Lequerica, Alfonso Lequerica Porto y Augusto Lequerica Porto quienes, en comunidad con el Dr. Fulgencio Lequerica Vélez, son los dueños, poseedores inscritos y poseedores materiales de los terrenos materia de esta demanda, en las condiciones que se dejan expresadas anteriormente";

"4o. De acuerdo con los términos del Decreto 3050 de 1.956, tal y como en el citado aviso se expresa, "es término hábil para presentar demanda ordinaria declarativa del dominio del petróleo contra la Nación, el de un año, a partir de la publicación de este Aviso en el Diario Oficial. Por eso, estando dentro de ese término -y habiendo recibido de los condueños de dichos globos de terreno los poderes legalmente suficientes, que expresamente acepto- presento esta demanda, previo el lleno de los requisitos procesales correspondientes".

Con relación al derecho se lee en la demanda:

"En derecho fundo esta demanda en la Constitución Nacional, C. F. de 1.912, Leyes 37 de 1.931 y 160 de 1.936, Código de Petróleos y Leyes y Decretos que se refieren a esta materia, Código Judicial nacional y todas aquellas normas del Derecho Español e Indiano y de la legislación republicana anterior al 28 de octubre de 1.873, aplicable a las cuestiones que son materia de esta demanda".

Aceptada por auto de fecha 28 de Julio de 1.958, se surtió el traslado al señor Procurador lo. Delegado en lo Civil.

En auto de 5 de Septiembre de 1.958 quedó abierto el negocio a prueba, por el término legal.

El 5 de Febrero de 1.960 se ordenó el traslado a las partes para alegar de conclusión, y el 17 de Marzo del mismo año quedaron los autos a disposición del apoderado de los demandantes, quien los retiró de la Secretaría el mismmo día.

En memorial fechado el 24 de Marzo de 1.962 el señor Procurador Delegado pidió que se declarara la caducidad de la instancia, por cuanto había transcurrido más de un año -en realidad más de dos-, sin que el apoderado de los demandantes hubiera hecho gestión alguna por escrito. En forma subsidiaria pidió "..... que se ordene al apoderadado del actor la devolución del expediente", el cual le había sido entregado para alegar de conclusión desde el 17 de Marzo de 1.960.

En providencia de fecha Mayo 3 de 1.962 no se accedió a declarar la caducidad de la instancia, entre otras razones, por la de tener señalada la concreta situación irregular que se contemplaba sanciones específicas distintas, cuales son las indicadas en los artículos 380, 381 y 382 del C. J. Pero en la misma providencia se requirió al Dr. Llinás para que devolviera el expediente en el término de cinco días, de conformidad con el citado artículo 381, conminándolo con multa de $40.oo para el caso de que no obedeciera a lo indicado.

El Dr. Llinás no devolvió el expediente, por lo que en providencia de fecha 10 de Septiembre de 1.962 la Sala decidió hacerle efectiva la multa, por conducto de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca.

En la diligencia de notificación de la referida providencia, el Dr. Llinàs expuso por escrito algunas razones para justificar la devolución que hizo de sólo dos cuadernos del expediente, razones que no fueron tenidas en cuenta, pues no se trataba de aquéllas que de conformidad con el art. 340 del C. J. pueden formularse en el acto de la notificación. Aparte de que eran del todo inconducentes para justificar la negativa a devolver la totalidad del expediente.

El Dr. Llinás, como se ha dicho, tan sólo devolvió una parte de los autos: los cuadernos No. 5 (principal) y No. 6 (pruebas), y retuvo los números 1, 2, 3 y 4, contentivos de las pruebas acompañadas a la demanda y de las practicadas durante el plenario. Es decir que, en definitiva, no devolvió el expediente, pues éste está constituido por todos los cuadernos que integran la actuación procesal, entre los cuales los constitutivos de las pruebas tienen importancia decisiva.

Por consiguiente se impone dar aplicación al art. 381 del C. J., que establece: "Si en el término de tres días de hecho el requerimiento no se devuelven los autos, se procede así: 1o. Si el demandante que tenga libre disposición de bienes, o su apoderado, es quien retiene el expediente en cualquier estado del juicio, se dicta sentencia y se absuelve al demandado, con costas a cargo de aquél.....". Y también, al 383 ibídem que dispone: "En cualquiera de los casos previstos en los artículos anteriores se condena al renuente al pago de los perjuicios causados o que se causen a los otros litigantes y se manda expedir y remitir copia de lo conducente a la autoridad correspondiente en el ramo criminal".

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema -Sala de Negocios Generales-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Declárase infundada la oposición que con relación a la propuesta No. 775 formularon los señores FULGENCIO LEQUERICA VELEZ, ALICIA PORTO DE LEQUERICA, BEATRIZ LEQUERICA DE DAGER, ALICIA LEQUERICA DE CAVELIER, LUCIA LEQUERICA PORTO, ALFONSO LEQUERICA PORTO, GUILLERMO LEQUERICA GOMEZ, CRISTINA LEQUERICA DE TORRES Y AUGUSTO LEQUERICA PORTO, y en consecuencia se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda, cuyo texto fué transcrito en la presente providencia.

La Secretaría expedirá copia de lo conducente y la remitirá al señor Juez del Circuito en lo Penal, para lo de su cargo.

Sin costas por no haberse causado.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insèrtese en la Gaceta Judicial.

Ramiro Araújo Grau.- Efrèn Osejo Peña.- Carlos Peláez Trujillo.- Luis Carlos Zambrano.- Jorge García Merlano, Secretario.

PETROLEOS

Importancia de la determinación del predio.

Esta Sala ha señalado en numerosos fallos los hechos cuya comprobación conduce a la sentencia favorable en los juicios sobre oposición a la propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos. Entre éstos se cuentan la realidad geográfica y topográfica del predio en el cual existen o se suponen que existen los hidrocarburos cuya propiedad se pretende y que dicho predio corresponde precisamente al individualizado en la demanda y se halla comprendido total o parcialmente dentro del perímetro de aquella propuesta. Sin la demostración de estos hechos no es dable conocer el objeto de la litis, ni consiguientemente la existencia del derecho que se reclama y el interés del demandante en demandarlo judicialmente.

En el caso presente, si bien la parte actora pidió oportunamente una inspección ocular y una peritación con el fin de acreditar los hechos mencionados, no hizo practicar, sin embargo, tales diligencias, por lo cual ellos quedaron sin demostración en el proceso; lo que por sí solo lleva al fracaso de la acción y releva a la Sala de entrar a examinar otros de sus extremos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERAES. Bogotá, veintidós de enero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

Los señores Enrique Tono de la Espriella y Victor Mainero S., mayores de edad y vecinos de Cartagena, departamento de Bolívar, demandaron, contra la Nación, por medio de apoderado, porque mediante juicio ordinario de única instancia se haga en su favor la siguiente declaración:

"Que es de propiedad privada de dichos señores Enrique Tono de la Espriella y Víctor Mainero S., el subsuelo petrolífero del globo de terreno denominado "Mainero y Trucco", ubicado en jurisdicción del distrito de Cartagena, departamento de Bolívar, formado por las antiguas haciendas denominadas "Cospique" con sus siete islas llamadas San Esteban, Cabra, Barbero, Cocosolo, Santa Ana y San Antonio de Padua o las Brujas; "Buenavista del Tablón"; "Membrillar"; "Mamonal" y "Buenavista de Cortés" con la isla nombrada Ahorca Zorra, cuyos linderos generales son los siguientes: "Por el norte, con la bahía de este puerto; por el Sur, con terreno de Turbaco y Tordecilla; por el Este, con terrenos de Albornoz y Bajo Miranda o Benavides; y, por el Oeste, con terrenos de Pasacaballos y Turbana", en virtud de haber salido del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1.873".

Como hechos en que se fundan las pretensiones que preceden enuncia la parte actora los siguientes:

"1o. Por medio de la resolución No. 310 de 23 de abril de 1.955, el ministerio de minas y petróleos admitió la propuesta No. 660, que había formulado la International Petroleum (Colombia) Ltd. para contratar con el gobierno nacional la exploración con taladro y la explotación del petróleo de sediciente propiedad nacional que pueda existir en un globo de terreno de 46.373 Has 0768 m2, situado en jurisdicción de los municipios de Cartagena, Villanueva, Turbaco, Turbaná, Arjona y Santa Rosa, en el departamento de Bolivar, cuyos linderos y demás detalles se encuentran en el aviso que fue publicado en el Diario Oficial No. 28849 de 10 de septiembre de 1.955;

"2o. Dentro de la zona de terreno materia de esa propuesta No. 660 quedaron incluídas las tierras descritas en la parte petitoria de esta demanda, cuyo subsuelo no es baldío, sino que pertenece a mis poderdantes en virtud de haber salido del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1.873;

"3o. En efecto, en virtud de sucesivas tradiciones de dominio, que arrancan desde las mercedes hechas, en el siglo XVI, por el Cabildo Justicia y Regimiento de la Ciudad de Cartagena, y que fueron materia, posteriormente, de amparos, reconocimientos y ratificaciones por los gobiernos coloniales y republicanos, los terrenos materia de esta demanda vinieron a recaer, en lo tocante al dominio sobre el subsuelo, en el patrimonio de mis poderdantes, como habrá de acreditarse suficientemente en la secuela del presente juicio. No obstante, para los efectos del exclusivo dominio sobre el subsuelo petrolífero que ellos reclaman, es conveniente hacer la siguiente información: Antes del año de 1.867 estas tierras eran de la propiedad de la señora Angela Bossio de Trucco, quien las vendió, a varias personas, por escrituras de 18 de marzo de 1.867 y 15 de septiembre de 1.871. De estas personas las adquirió el señor Juan B. Mainero y Trucco, según escritura 391 de 10 de agosto de 1.899, escrituras todas de la notaría de Cartagena. De este caballero, por vía sucesoral, pasaron esas tierras al patrimonio de la señora Eleonor Bossio de Mainero, conforme al juicio protocolizado por medio de la escritura pública Nº. 553 de 22 de octubre de 1.919, de la notaría 2a. de Cartagena. La señora Bossio de Mainero, al vender esos terrenos a los señores Juan Trucco y Manuel Mainero, por medio de la escritura Nº. 182 de 17 de marzo de 1.920 de la notaría 2a. de Cartagena, hizo expresa reserva de sus derechos al subsuelo, especialmente al subsuelo petrolífero. En la sucesión de la señora Eleonor Bossio de Mainero (escritura 1594 de 10 de diciembre de 1.930, notaría 2a. de Cartagena) ese subsuelo petrolífero se ajudicó, por mitades, a Manuel Mainero y Juan Trucco N. La mitad del señor Juan Trucco M. pasó a sus herederos (sucesión registrada en Cartagena el 4 de noviembre de 1.936). Estos herederos, por una parte, y el señor Manuel Mainero, dueño de la otra mitad, vendieron la totalidad de sus derechos sobre el subsuelo petrolífero de que venimos hablando, al señor Enrique Tono de la Espriella, por medio de la escritura Nº. 324 de 28 de mayo de 1.940 de la notaría 2a. de Cartagena. Y el señor Enrique Tono de la Espriella vendió la mitad de esos derechos al subsuelo petrolífero de los terrenos ya descritos, al señor Víctor Mainero S., por medio de la escritura pública Nº. 858 de 28 de septiembre de 1.944 de la Notaría 2a. de Cartagena. Dichos únicos propietarios actuales son quienes me han dado el poder con el cual actúo;

"4o. Casi todas las tierras que concurren a formar el globo de terreno llamado 'Mainero y Trucco", que ya tengo determiado, fueron objetos de actos oficiales

originados en el Decreto de 9 de septiembre de 1.861, del General Tomás Cipriano de Mosquera. Esto explica el por qué aparecen escrituras de redención de censos y hasta constancia de haber sido rematadas, algunas de dichas tierras, con base en las normas aplicables de ese régimen de "Bienes Desasmortizados de Manos Muertas", antes del 28 de octubre de 1.873, lo cual vigoriza más la calidad reclamada del subsuelo de dichas tierras:

"5o. Mis poderdantes no se opusieron, dentro de los términos legales, a la citada propuesta Nº. 660. Pero se acogen a la facultad que les otorga el inciso 3º. del artículo 34 del decreto No. 1056 de 1.953 y estando, como están, dentro del término por dicha disposición señalado, me han conferido el poder tantas veces ya aludido, en desarrollo del cual intento esta demanda, antes del vencimiento de ese plazo, como lo exige y lo quiere la norma precitada".

En derecho, invoca, para sustentar la acción, el mandato contenido en el artículo 202 de la Constitución Nacional (2o.), que ha sido reglamentado, por así decirlo, en lo tocante al dominio privado sobre minas y subsuelo petrolífero, lo dispuesto por el artículo 4o. del Código Fiscal y los artículos 4o. de la ley 37 de 1.931 y 10 de la ley 160 de 1.936, hoy refundidos bajo el rubro del artículo 5o. del decreto extraordinario No. 1056 de 1.953, así como en el inciso 3o. del artículo 34 de este mismo decreto y en las normas pertinentes del Código Judicial y demás textos complementarios y concordantes.

Con la demanda trajo a los autos los siguientes documentos:

a) Copia de la escritura pública número 858 de 28 de septiembre de 1.944, por medio de la cual Enrique Tono de la Espriella vende al señor Víctor Bartolomé Mainero S. la mitad de los derechos en el subsuelo de el predio rural denominado "Mainero y Trucco"; Un plano de la hacienda de "Mainero y Trucco", objeto de esta demanda; escritura pública número 65 de 13 de abril de 1.866; escritura pública número 56 de 4 de junio de 1.865; escritura pública número 75 de 9 de julio de 1.865, todas estas tres últimas escrituras sobre redención de un censo; una fotoscopia del plano colonial de las tierras objeto de la demanda; certificado expedido por el ministerio de minas y petróleos sobre término hábil para demandar la propiedad privada de hidrocarburos.

Admitida la demanda, de ella se dió traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien la contestó oponiéndose a la acción, y manifestando, en lo concerniente a los hechos, no constarle ninguno de ellos y que por lo tanto se debían de probar.

Durante el período probatorio la parte demandante trajo a los autos copia de algunos instrumentos públicos relativos a la propiedad actual del inmueble a que se refiere la demanda.

Surtidos los traslados para alegar de conclusión y citadas las partes para sentencia, ha llegado el momento de pronunciar la que ponga término al juicio a lo cual se procede.

Esta Sala ha señalado en numerosos fallos los hechos cuya comprobación conduce a la sentencia favorable en los juicios sobre oposición a la propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos. Entre éstos se cuentan la realidad geográfica y topográfica del predio en el cual existen o se supone que existen los hidrocarburos cuya propiedad se pretende y que dicho predio corresponde precisamente al individualizado en la demanda y se halla comprendido to-

tal o parcialmente dentro del perímetro de aquella propuesta. Sin la demostración de estos hechos no es dable conocer el objeto de la litis, ni consiguientemente la existencia del derecho que se reclama y el interés del demandante en demandarlo judicialmente.

En el caso presente, si bien la parte actora pidió oportunamente una inspección ocular y una peritación con el fin de acreditar los hechos mencionados, no hizo practicar, sin embargo, tales diligencias, por lo cual ellos quedaron sin demostración en el proceso; lo que por sí solo lleva al fracaso de la acción y releva a la Sala de entrar a examinar otros de sus extremos.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara infundada la oposición de la parte actora a la celebración del contrato sobre exploración y explotación de hidrocarburos propuesto a la Nación por la International Petroleum (Colombia) Limited, en lo relativo al inmueble que es objeto de la demanda, y por lo tanto absuelve a la Nación de los cargos contenidos en el libelo.

No se hace condenación en costas por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese, remítase copia al ministerio de minas y petróleos, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Ramiro Araújo Grau. - Efrén Osejo Peña. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.

PETROLEOS. DETERMINACION DE LOS PREDIOS POR MEDIO DE PRUEBAS EXTRA-. JUDICIALES. INSPECCION OCULAR PARA FUTURA MEMORIA. PERITACION.

La práctica de inspecciones oculares para futura memoria es admisible pero con relación a los hechos o circunstancias respecto de los cuales el transcurso del tiempo haga difícil su establecimiento. Dar traslado a la parte de la peritación es requisito a cuyo cumplimiento está indisolublemente ligado su valor probatorio.

Para comprobar la salida de un terreno del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, en virtud de un determinado título, es preciso establecer que el terreno en referencia es el mismo contemplado en el título, y para llegar a esta conclusión hay necesariamente que establecer su realidad topográfica, a fin de verificar que coincide con el indicado en el referido título. Tales comprobaciones no se hicieron en el presente caso.

Respecto a ellas en su alegato de fondo el señor apoderado de la parte actora alude a una diligencia de inspección ocular acompañada de peritación, que fue practicada extrajudicialmente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el año de 1.944, con intervención del Fiscal del mismo. En ésta tan sólo se identificaron puntos, pero los peritos sí concluyeron que el terreno examinado en la inspección corresponde al indicado en los documentos coloniales que les fueron presentados al efecto, y que son los mismos que se han aducido al presente juicio como títulos en virtud de los cuales los terrenos a que este mismo se contrae salieron legítimamente del dominio estatal con anterioridad al 28 de octubre de 1.873.

Tocante a tales piezas probatorias se observa: De conformidad con el artículo 731 del Código Judicial es admisible la práctica de inspecciones oculares para futura memoria, pero con relación a los hechos o circunstancias determinados en dicho precepto, a saber, aquellos respecto de los cuales "el transcurso del tiempo haga difícil su esclarecimiento". Mas es evidente que la identificación de terrenos como los de los Municipios demandantes así como su comparación con los descritos en determinados documentos, no son cosas que puedan dificultarse por el transcurso del tiempo. De manera que es inadmisible la aludida 'vista de ojos'. Y como ella es la base de la peritación, cae de su peso que esta última también es inadmisible. Por otra parte considerada en sí misma, la peritación adolece de la falla fundamental de que no fue dada en traslado a las partes, requisito a cuyo cumplimiento está indisolublemente ligado su valor probatorio, como tantas veces ha puntualizado la Corte. Por lo demás cabe anotor que la inspección ocular y la peritación de que se viene hablando fueron practicadas a pedimento de persona distinta de los municipios demandantes. Las anteriores observaciones son suficientes para desechar como prueba las aludidas diligencias extrajudiciales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, seis de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

En virtud de providencia de 20 de Octubre de 1.958 el Ministerio de Minas y Petróleos envio a esta Sala el expediente contentivo de la propuesta que para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional habia hecho la Compañía de Petróleos Las Indias y que fué registrada con el número 372. Motivaron este enviò las oposiciones que a dicha propuesta formularon los Municipios de San Juan Nepomuceno y San Jacinto (Departamento de Bolivar), y su finalidad fué la indicada en el artículo 34 del Código de Petróleos, o sea la decisión, previo el trámite de un juicio ordinario de única instancia, de si es de la Nación o de los referidos Municipios el petróleo que se encuentre en el subsuelo de los terrenos de su propiedad descritos en las respectivas demandas de oposición, así:

Los del Municipio de San Juan: "Partiendo de un mojòn de concreto situado en la mitad del camino entre la población de San Juan Nepomuceno y la de San Jacinto, se sigue hasta el paraje antiguamente conocido con el nombre de Arroyo del Yayal y localizado en el predio conocido hoy con el nombre de La China, propiedad de la Ganaderia Helda, de Jesús del Río, colindando en todo el curso de esta linea con tierras del municipio de San Jacinto, y siendo el punto antiguamente conocido como Arroyo del Yayal, colindancia comùn de San Juan Nepomuceno, San Jacinto y tierras de don Francisco de las Cuevas, hoy Ganadería Helda; de este punto, paraje del Yayal, hasta el mojón de la Santa, linea recta; de aquí en linea recta hasta la Loma Chamuscada (mojón No. 45) de aquí en línea recta hasta el mojón No. 44, N. 10o, 35,-; de aquí, rumbo N. 10o - 41, O- hasta llegar en línea recta al mojón marcado en el plano con el No. 43; de aquí, rumbo N. 20o 08, E hasta llegar al mojón marcado con el No. 42; de aquí, rumbo N. 61o 01, E hasta llegar al mojón No. 41; de aquì en línea recta siempre, rumbo N. 19o 41, E. hasta llegar al mojón No. 40; de aquí, rumbo S. 88o 59, E. hasta llegar al mojón 39, situado en el paraje conocido con el nombre de Madre Vieja o Caño de Playablanca, siendo el trayecto descrito desde el punto del Arroyo del Yayal hasta el de Madre Vieja o Caño de Playa Blanca, lindero común de las tierras de San Juan Nepomuceno con las que fueron de propiedad de don Francisco de las Cuevas, hoy Ganadería Helda; de este mojón, aguas abajo, por la orilla occidental del Rio Magdalena hasta llegar al mojón No. 38, localizado en el paraje conocido como Madre Vieja del Silbadero o Cañito de Miguel Alonso, siendo este punto colindante con las tierras que fueron del capitán de Milicias de Tenerife don Manuel José Ballestas; de este mojón, rumbo N. 59o 53, O. hasta llegar al mojón No. 38, localizado en la mitad del camino real entre San Agustín y San Cayetano; de este mojón, siempre en línea recta, rumbo N. 63o 28, O., hasta llegar al primer mojón, siempre en línea recta, rumbo N. 63o 28, O., hasta llegar al primer mojón situado en el lindero de la Hacienda de Mandinga, localizado en la orilla oriental del camino que va de San Cayetano para Mahates y en el sitio donde se juntan las dos cañadas que bajan de la Sierra de Songo y forman de ahí en adelante el Arroyo de Guayabal, distinguido este mojón con el No. 21; de este mojón por todo el curso del Arroyo Guayabal, aguas abajo hasta el segundo y último lindero con las tierras de la Hacienda de Mandinga, situado en sitio conocido como "Tres Bocas", donde existe un mojón con el No. 20 y localizado en la confluencia de los Arroyos Guayabal y Toro, siendo el curso del Arroyo Guayabal el lindero de estas tierras de la propiedad de este municipio de San Juan con las tierras de la

hacienda de Mandinga; de ese mojón, rumbo S.4o 16, O. hasta llegar a un mojón situado en la mitad del camino entre las poblaciones de San Cayetano y Palenque de San Basilio, marcado con el No. 18; de este mojón, rumbo S. 50o 18, O. hasta el primer lindero con la Hacienda Márquez o sea el mojón localizado en la orilla del sur del Arroyo Hondo y marcado este mojón con el No. 13, siendo la colindancia común entre las tierras de propiedad de San Juan con las de Palenque de San Basilio, desde el mojón situado en el sitio llamado Tres Bocas, descrito antes, pasando por el mojón situado en la mitad del camino entre San Cayetano y Palenque de San Basilio, hasta el primer lindero de la Hacienda Márquez, que constituye un punto común entre las tierras de este municipio, las tierras de Palenque de San Basilio y las tierras de la Hda. de Márquez; de este mojón, en línea recta siempre y un rumbo de S. 3o 28, E. hasta llegar al mojón distinguido con el No. 7, localizado en el punto común de las tierras de propiedad de este municipio, las tierras de la Hacienda de Márquez y las tierras del municipio de San Jacinto, siendo la línea ya descrita el lindero de las tierras de este municipio con las tierras de la Hacienda Márquez; de este mojón o punto común ya referido, en linea recta y con rumbo de S. 76o 46.20, E., hasta llegar al mojón No. 1 situado en la mitad del camino real entre las poblaciones de San Jacinto y San Juan Nepomuceno, que fué el punto de partida".

Los del Municipio de San Jacinto: "Desde la mitad del camino real que une a las poblaciones de San Jacinto y San Juan Nepomuceno, se sigue en linea recta hasta un punto divisorio entre las tierras de este municipio, las de San Juan Nepomuceno y la Hacienda de Márquez, colindando por todo el curso de esta línea recta con tierras de San Juan Nepomuceno; de este punto común entre San Jacinto, San Juan Nepomuceno y Hacienda de Márquez, se sigue en línea recta hasta el arroyo de Matambú, en el punto conocido como la Boca de Culebra, colindando por esta línea con tierras de la Hacienda de Márquez; desde la boca de Culebra, en línea recta, colindando con tierras del municipio de El Carmen, hasta el punto denominado Salto del Arroyo de Arenas; de este punto en línea recta, colindando también con tierras del municipio de El Carmen, hasta la mitad del camino real que une a las poblaciones de San Jacinto y El Carmen; de este punto en línea recta hasta la boca del Arroyo de Caferino (o Zeberino) en el Arroyo de Oso, (inmediato al Retiro de las Vacas); y de aquí en línea recta a buscar la cima del Cerro de las Cabeceras del Arroyuelo de Membrillal; y de este punto en línea recta a buscar la loma situada en el medio del Camino del Retiro del Chorro, y la Ciénaga de Jesús del Monte (hoy llamada la Loma de San Lorenzo); al Bajo de Guayabal, en línea recta, atravezando el Arroyo de San Jacinto y la mitad de la Ciénaga de Guayabal; y de aquí en línea recta hasta el punto denominado Popa Galera, colindando por todo este sector Sur con tierras del municipio de El Carmen. De Popa Galera en línea recta hasta el punto llamado Arroyo del Yayal, colindado en todo este trayecto con tierras de la Ganadería Helda (tierras que según la tradición pertenecían a los herederos de don Fco. de las Cuevas en el año de 1.779). De este Arroyo, en línea recta, colindando con tierras de San Juan Nepomuceno hasta la mitad del camino real entre las poblaciones de San Jacinto y San Juan Nepomuceno, punto de partida".

La tramitación de este juicio se encuentra agotada.

A juicio de los Municipios opositores los terrenos antes descritos salieron del patrimonio estatal con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873, les pertenecen y se superponen a la propuesta 372.

Comprobadas tales afirmaciones habría que declarar fundadas las oposiciones, de conformidad con el artículo 5o. del Código de Petróleos, pero es claro que faltando la prueba de una cualquiera de ellas la decisión deberá ser en sentido contrario.

Para comprobar la salida de un terreno del dominio del Estado con anterioridad a la mencionada fecha, en virtud de un determinado título, es preciso establecer que el terreno en referencia es el mismo contemplado en el título, y para llegar a esta conclusión hay necesariamente que establecer su realidad topográfica, a fin de verificar que coincide con el indicado en el referido título.

Tales comprobaciones no se hicieron en el presente caso.

Respecto a ellas en su alegato de fondo el señor apoderado de los Municipios alude a una diligencia de inspección ocular acompañada de peritación, que fué practicada extrajudicialmente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el año de 1.944, con intervención del Fiscal del mismo. En ésta tan sólo se identificaron puntos, pero los peritos sí concluyeron que el terreno examinado en la inspección corresponde al indicado en los documentos coloniales que les fueron presentados al efecto, y que son los mismos que se han aducido en el presente juicio como títulos en virtud de los cuales los terrenos a que este mismo se contrae salieron legítimamente del patrimonio estatal con anterioridad al 28 de Octubre de 1·873.

Tocante a tales piezas probatorias se observa: de conformidad con el art. 731 del C. J. es admisible la práctica de inspecciones oculares para futura memoria, pero con relación a los hechos o circunstancias determinados en dicho precepto, a saber, aquellos respecto de los cuales "el transcurso del tiempo haga difícil su esclarecimiento". Mas es evidente que la identificación de terrenos como los de los Municipios demandantes así como su comparación con los descritos en determinados documentos, no son cosas que puedan dificultarse por el transcurso del tiempo. De manera que es inadmisible la aludida "vista de ojos". Y como ella es la base de la peritación, cae de su peso que esta última también es inadmisible. Por otra parte considerada en sí misma, la peritación adolece de la falla fundamental de que no fué dada en traslado a las partes, requisito a cuyo cumplimiento está indisolublemente ligado su valor probatorio, como tantas veces ha puntualizado la Corte. Por lo demás cabe anotar que la inspección ocular y peritación de que se viene hablando fueron practicadas a pedimento de persona distinta de los Municipios demandantes. Las anteriores observaciones son suficientes para desechar como prueba las aludidas diligencias extrajudiciales.

Y si no se comprobó que las tierras descritas en las demandas de oposición corresponden a las contempladas en los documentos presentados como títulos que las sacaron del patrimonio del Estado, huelga toda dilucidación sobre el valor jurídico que en sí mismo puedan tener éstos, así como entrar a considerar las tesis que respecto a propiedad de subsuelos petrolíferos municipales hace en su alegato de fondo el señor apoderado de los opositores.

Por otra parte, tampoco se estableció que los terrenos a cuyo subsuelo vinculan sus pretensiones los municipios opositores están afectados total o parcialmente por el área de la propuesta No. 372.

Para los fines de esta providencia es suficiente destacar la falta de comprobación de los dos extremos fácticos de la acción incoada que se han consi-

derado, por lo que es innecesario entrar a averiguar, si, como alega subsidiariamente en su alegato el señor Procurador Delegado, ya se había producido cosa juzgada sobre las mismas pretensiones formuladas en las demandas de oposición.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema -Sala de Negocios Generales-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Declárase infundadas las oposiciones formuladas por los Municipios de San Juan Nepomuceno y San Jacinto, a que se ha hecho referencia en esta providencia y, en consecuencia, se absuelve a la Nación respecto a las pretensiones que contra ella formularon dichos Municipios en sus demandas de oposición.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial Envíese al Ministerio de Minas y Petróleos copia autenticada de la presente providencia junto con la actuación remitida a esta Sala.

Entre líneas: "En ésta tan sólo se identificaron puntos", si vale.-

Carlos Peláez Trujillo. - Ramiro Araújo Grau. - Efrén Osejo Peña. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.



INCIDENTE SOBRE REGULACION DE PERJUICIOS Y OTRAS CONDENAS ILIQUIDAS. OBJETO DEL INCIDENTE Y DEL TERMINO PROBATORIO DEL MISMO.

La liquidación a que se refiere el artículo 553 del Código Judicial debe ceñirse estrictamente a los pronunciamientos de la sentencia, sin que puedan plantearse de nuevo cuestiones que han quedado descartadas en virtud del fallo. La actividad probatoria del incidente debe dirigirse a la plena comprobación de las sumas líquidas en que deben quedar concretadas las condenas.

En incidentes como el presente, en que se trata de reducir a un guarismo determinado al importe de los perjuicios a cuyo pago se condenó en la sentencia, debe la parte favorecida con ésta, al presentar la liquidación a que alude el artículo 553 del Código Judicial, ceñirse estrictamente a los pronunciamientos de la misma, sin que pueda plantear nuevamente cuestiones que hubieran quedado descartadas definitivamente en virtud del fallo, ya que, de lo contrario, se desconocería la fuerza vinculante de éste. Leída la liquidación presentada en el presente caso, resulta evidente que ella contiene algunas pretensiones incompatibles con los pronunciamientos de la sentencia. Tal liquidación debió referirse exclusivamente a lo decretado en los numerales de la parte resolutiva de la misma y, en todo caso, habiendo sido objetada, la actividad probatoria del incidente ha debido dirigirse a la plena comprobación de las sumas líquidas en que debían quedar concretadas las aludidas condenas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, trece de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

En la sentencia que puso término al juicio que contra la Nación promovió el señor Fernando Mosquera Barreiro se hicieron los siguientes pronunciamientos:

"1o. Condénase a la Nación a pagar el demandante los perjuicios que sufrió como consecuencia del cumplimiento que tuvo que dar al decreto 3871 de 1.949, de conformidad con lo dicho en la motivación correspondiente a esta parte del fallo";

"2o. Condènase a la Nación a pagar al demandante Mosquera el importe de los mayores gastos que tuvo que hacer para poder dar al servicio una pista provisional, de conformidad con lo expuesto en la motivación correspondiente a esta parte del fallo";

"3o. Condènase a la Nación a pagar al demandante Mosquera el valor de los perjuicios que èste sufriò como consecuencia de haberse apropiado el Go-

bierno de algunas de las máquinas que aquèl le había pignorado, de conformidad con lo indicado en la motivación correspondiente a esta parte del fallo";

"4o. La fijación en cantidad líquida de las anteriores condenaciones se hará en la forma indicada en el art. 553, del C. J., y se tendrá en cuenta en la liquidación definitiva del contrato de construcción del aeródromo";

"5o. Absuélvese a la Nación de los demàs cargos formulados en las demandas".

Manifestando que procedía de conformidad con lo preceptuado por el art. 553 del C. J., el señor apoderado de Mosquera presentó escrito sobre liquidación de los perjuicios a cuyo pago fué condenada la Nación en la sentencia. Reza así en lo pertinente:

"Son hechos de esta demanda los siguientes:"

"1o. Por sentencia del 23 de Julio de 1.959, la H. Sala desató los asuntos de la referencia habiendo sido publicada, notificada y aclarada y habiendo quedado en firme dicha sentencia. Procedo a hacer las estimaciones y liquidaciones que se derivan de la demanda, que tanto yo como el Dr. Fernando Mosquera Barrero, estamos dispuestos a jurar como lo ordena la Ley".

1o. Este primer punto se refiere a los M-3 254. 165.85 de corte a $1. 20 que da la suma de .....$ 304.999.oo. Ese precio unitario por metro cúbico es el que consta de autos que se le pagó a la Empresa Susedanea en los trabajos del Contratista Mosquera, y tiene la compróbación debida en el expediente.

2o. 21.415 m2 de afirmado a $ 1.60..... $ 34.264.oo

Este trabajo y costo se refiere a obras que aparecen recibidas en el expediente.

3o. 438 metros lineales filtros de cemento para las cañerías y desagues a $9.30 c/u..... $ 4.073.oo

Este costo y trabajo están recibidos.

4o. Descapote o limpieza del campo según contrato..... $ 2.000.oo

5o. Valor de la compra del terreno, todo lo que consta en el contrato principal y en las piezas de autos..... $ 4.000.oo

6o. Gastos en la inauguración de la pista..... $ 4.085.oo

7o. Aumento en salarios y prestaciones..... $142.000.oo

Es perfectamente seguro que esto vale mucho más, pero no podemos derivar datos del informativo, suficientemente claros para justificar el aumento.

8o. Precio de la maquinaria en 1.949 con el dollar a $ 1.51, maquinaria toda extranjera..... $ 225.000.oo

Este es el valor o precio del contrato de prenda.

9o. Intereses de 7 años, 4 meses al 6o/o anual, fijados hasta el día 15 de Septiembre de 1.959.....	$ 99.900.oo
Suma total	$ 820.321.oo

"LA DEMANDA"

"Con el debido respecto pido que se condene en esta liquidación a la Nación a pagar al Dr. Fernando Mosquera Barreiro la suma de ochocientos veinte mil trescientos veinte y un pesos, hasta el día 15 de septiembre de 1.959 y a pagar desde ese día hasta el en que se pague en forma efectiva el crédito y sus adehalas el 6% anual sobre esa suma, por intereses de perjuicios".

Como tal liquidación fuera objetada por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil, se abrió a prueba el incidente. La principal prueba practicada fué un dictamen pericial, solicitado por el apoderado de Mosquera, que fué objetado por el señor Procurador Delegado. Este desistió de la práctica de la peritación que solicitara tendiente a demostrar los errores cometidos en aquèl, y las objeciones fueron decididas en auto en que se declararon no probados los errores alegados, por no responder a la noción que de error grave trae el artículo 720 del C. J., si bien se advirtió que las observaciones del señor Procurador podrían tenerse en cuenta al decidir en el fondo el incidente.

A esto último se procede mediante las consideraciones que siguen.

En incidentes como el presente, en que se trata de reducir a un guarismo determinado el importe de los perjuicios a cuyo pago se condenó en la sentencia, debe la parte favorecida con ésta, al presentar la liquidación a que alude el artículo 553 del C. J., ceñirse estrictamente a los pronunciamientos de la misma, sin que pueda plantear nuevamente cuestiones que hubieran quedado descartadas definitivamente en virtud del fallo, ya que, de lo contrario, se desconocería la fuerza vinculante de éste. Leída la liqudación presentada por el apoderado de Mosquera resulta evidente, como anota el señor Procurador Delegado, que ella contiene algunas pretensiones incompatibles con los pronunciamientos de la sentencia. Tal liquidación debió referirse exclusivamente a lo decretado en los tres primeros numerales de la parte resolutiva de la misma, y, en todo caso, habiendo sido objetada, la actividad probatoria del incidentante ha debido dirigirse a la plena comprobación delas sumas líquidas en que debían quedar concretadas las aludidas condenas.

Con relación al ordinal primero, que acogió en parte la segunda de las acciones incoadas, debió establecer el apoderado de Mosquera cuál fué la suma precisa que tuvo que erogar éste por razón de los mayores salarios y prestaciones que pagó en obedecimiento a lo dispuesto al respecto por el Decreto 3871 de 1.949. Base indispensable de un tal cómputo habría sido el número exacto de trabajadores a los cuales hizo los aumentos, como claramente se indicó en la parte motiva de la sentencia, en la que se desecharon las apreciaciones aproximadas, pero sin respaldo objetivo alguno, hechas por los peritos que durante el plenario fueron llamados a dictaminar sobre las aludidas erogaciones adicionales. "La única base admisible -se lee en el correspondiente pasaje de la sentencia- habría sido la del número preciso de trabajadores que empleó Mosquera, no ya en una quincena o varias, sino durante todo el tiempo en que debió cumplir el aludido decreto". Ahora bien, la prueba que se echó de menos en el plenario no fuè suministrada tampoco en este incidente, por lo cual resulta imposible concre-

tar en un guarismo determinado los perjuicios a cuyo pago condenó en abstracto la sentencia en este ordinal primero de su parte resolutiva. Cabe anotar que ni siquiera en la liquidación presentada por el apoderado del demandante se hace indicación alguna respecto al número de obreros, sino que escuetamente, sin ninguna motivación aparece afirmado: "7o. Aumento en salarios y prestaciones..... $142.000,oo". La aludida falta de prueba fuè destacada por los peritos nombrados en el presente incidente, quienes expresamente afirmaron que "el cálculo se hace imposible y por consiguiente nos abstenemos de fijar cuantía para esta acción".

Respecto al ordinal segundo, quedó a cargo del demandante la comprobación de las sumas que realmente invirtiò para dar al servicio una pista provisional, lo cual había sido el objeto de la "quinta acciòn".

En el dictamen que sobre el particular se les pidió a los peritos dijeron éstos:

"En cuanto a la estimación del monto de estos gastos, sólo disponemos de la Cuenta que el Sr. Mosquera y el Sr. Interventor firmaron el 25 de Noviembre de 1.950 y que obra en el Folio 99 del C. No. 5. Esta Cuenta arroja un Total de $Col. 4.085.oo que aún no han sido pagados al Contratista y que con el interés legal, nos dá:

Valor Inicial de Mayores Gastos	$ 4.085.oo
Intereses en 10 años (hasta Nov./60)	" 2.451.oo
" " " 1 mes (hasta Dic. /60)	" 20.42
	$ 6.556.42

Se basaron, pues, en la misma cuenta que, por haber sido allegada irregularmente al juicio, fué desechada en la sentencia. Sobre el particular se dijo en ésta: "A folio 99 del cuaderno No. 5 aparece un ejemplar de la cuenta que Mosquera pasó al Interventor por este motivo, que arroja un total de $ 4.085.oo y está refrendada por el Interventor. No puede, sin embargo, tenerse como prueba, pues hace parte de los documentos que no fueron allegados legalmente al expediente, sino presentados por uno de los peritos". Era, pues, meridianamente claro, que el referido documento no podía ser tenido en cuenta por los peritos, y que el demandante ha debido presentar nueva prueba al respecto en este incidente, lo que no hizo.

En consecuencia, tampoco sobre este segundo ordinal del fallo puede señalarse una suma determinada a cargo de la Nación.

Por lo que hace al ordinal tercero, en que se condenó al pago de los perjuicios sufridos por Mosquera por haberse apropiado el Gobierno de máquinas que aquèl le había dado en prenda, tenia que aparecer acreditado el valor o precio de tales máquinas en el momento de la apropiación, para luègo deducirle el de la depreciación. Sobre la resta resultante se computarían intereses al 6°/o anual, como lucro cesante. Al respecto se dijo en la sentencia: "El precio de la maquinaria deberá calcularse con base en el que se le dió en el contrato de prenda, deduciendo depreciación hasta el día en que el Gobierno se la apropió; pero como es obvio, sin que en ningún caso el precio pueda resultar inferior al que aparece señalado en el avalúo realizado el 7 de mayo de 1.952 (fl. 15 vto. c. No.1),

cuando el Gobierno la vendió a la sociedad Explanaciones Mecánicas S. A. Como no hay bases ciertas que señalar para la determinación del lucro cesante, quedará representado por el interès legal de la suma en que resulte fijado el precio de la maquinaria".

Igualmente se precisó en la sentencia que se tendrían en cuenta únicamente las máquinas que figuraban tanto en el contrato de prenda como en la diligencia de avalùo del 7 de mayo de 1.952, visible al folio 5 del cuaderno No. 1 del expediente.

Las máquinas que figuraban en uno y otro documento, con sus correspondientes valores, las enumeran los peritos de la siguiente manera:

1	Tournapull - Serie TS 9942 LPB	$ 40.000.oo
1	" " " C c/Motor No. 56517	" 40.000.oo
1	Tractor Allis Chalmers HD7-W-16818	" 33.500.oo
2	Cargadores " " HD5 c/u. a 30.000.oo	" 60.000.oo
1	Tractor "Ford" con arado	3.500.oo
1	Volqueta Studebaker Modelo 1.950	12.000.oo
1	Pick-Up Studebaker Modelo 1.950	6.000.oo
	TOTAL:	$ 195.000.oo

Ciento noventa y cinco mil pesos colombianos era, pues, el precio de la maquinaria, y ésta era la suma por tanto, a la que tenían que deducirle el valor de la depreciación. A ello procedieron los peritos, haciendo una serie de juiciosas consideraciones, que la Sala encuentra correctas, pero excedieron su cometido al convertir en dòlares los correspondientes valores. Con toda razón protesta el señor Procurador Delegado contra tal proceder de los expertos, pues en ninguna parte de la sentencia, ni tomada en su todo, como debe tomarse, según bien anota el señor apoderado de Mosquera, ni considerada en su sola parte resolutiva, está autorizada esa conversión a dólares, que implicaría un reconocimiento de aumento de valor de la maquinaria. Terminántemente aparece dicho en la sentencia que como precio de las máquinas debían tomarse los que se les dieron en el contrato de prenda, y que a esos precios debía deducirse el importe de la depreciación.

Parece que los peritos entendieron mal la referencia que se hace en el fallo a la posibilidad en que estuvieron los expertos que intervinieron en el plenario, de computar algún aumento de valor, de haberse comprobado su producción. Explicando por qué se rechazó el trabajo de esos expertos, se dice en la sentencia:

"...Ahora bien: el precio o valor de la maquinaria que debe pagar el Gobierno, no puede ser, como es lógico, sino el que ella tenía cuando ocurrió la apropiaciòn No habiendo podido ser examinada por los peritos, sin duda por efectos de la enajenación, éstos han podido calcular el precio en tal momento, partiendo del que el propio contratista le asignó en el contrato de pignoración. A éste le han debido deducir el valor de la depreciaciòn que hubiera sufrido por uso, hasta cuando cesaron los trabajos, y luego por simple transcurso del

tiempo, si fuere el caso, hasta el momento de la apropiación. Y aún habrían podido computar alguna suma por el aumento de valor que en el ínterin hubieran experimentado las máquinas, por causas reales y ciertas. Pero como esto no aparece comprobado en autos, pues apenas hay datos sopre el valor de maquinarias nuevas en 1.955, careciéndose de otro término concreto de comparación al respecto, no era lícito computar aumentos, sino tan sólo depreciación".

Si a los expertos que intervinieron en el plenario no les fué lícito computar aumentos, mal podían computarlos los que fueron llamados a trabajar en este incidente, en el que se trata exclusivamente de reducir a suma líquida de dinero la cuantía de los perjuicios que quedaron comprobados plenamente en el juicio y reconocidos en la sentencia. Si por no haberse encontrado suficientes pruebas sobre aumentos de precio de las máquinas, no se reconocieron en el fallo esos aumentos, que habrían engrosado correlativamente la cuantía de los perjuicios, es imposible reconocerlos ahora, pues se vulneraría el principio del efecto vinculante de la cosa juzgada de la sentencia. Y a reconocer aumentos equivaldría el convertir a dólares a la rata de 1.96 el precio de las máquinas, para luego reconvertirlas a pesos a la rata de 6.70, como hicieron los peritos.

Según se dijo, los cálculos de la depreciación, en sí mismos considerados, están bien fundamentados, y, por lo demás, no fueron objetados por el señor Procurador Delegado, quien sólo criticó la aludida conversión a dólares. Por consiguiente debe tenerse como valor de la maquinaria a cargo de la Nación, la suma de $158.499,10 colombianos, que resulta de convertir a pesos a la rata de 1,96 utilizada por los peritos, la suma de US$80.866.89, en la que ellos fijaron el valor de las máquinas, deducida la depreciación.

El siguiente y último paso de la liquidación, por demás sencillo, se reduce a computarle los intereses legales del 6 o/o anual a los expresados $158.499,10, a partir del 28 de Mayo de 1.952, según se dispuso en la sentencia, a título de lucro cesante.

Cabe anotar que los peritos hicieron también cálculos sobre intereses pagados por Mosquera a Distribuidores de las máquinas, seguros, impuestos, supervisión, dirección y utilidad, pero, en todo ello obraron por sí y ante sí, rebasando los límites que a su labor quedaron establecidos en la sentencia, según la cual, como ya se dijo, debían reducirse a calcular la depreciación de la maquinaria y deducir el valor resultante del precio que a la misma se le había asignado en el contrato de prenda.

El ponente en el presente negocio considera que, ante el clarísimo mandato del artículo 46 del C. J., en relación con el inciso final del 553 ibidem, a él sólo correspondía proferir esta providencia. Sin embargo, como es doctrina de la Sala que autos como el presente sean proferidos por todos los Magistrados que la integran, no puede menos que acatar dicha doctrina.

En mérito de las anteriores consideraciones se resuelve: fíjase en CIENTO CINCUENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON 10/100 moneda corriente colombiana, màs los intereses de ella al 6o/o anual, a partir del 28 de mayo de 1.952, la suma que resulta a cargo de la Nación y a favor del señor FERNANDO MOSQUERA B., en virtud de la

sentencia de veintidós de Julio de mil novecientos cincuenta y nueve, a que se ha hecho mèrito en esta providencia.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Carlos Peláez Trujillo. - Ramiro Araújo Grau. - Efrèn Osejo Peña. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.

PETROLEOS. EL TITULO EMANADO DEL ESTADO Y LOS RESGUARDOS DE INDIGENAS. PRUEBA PRINCIPAL Y PRUEBA SUPLETORIA. REGIMEN LEGAL.

Condiciones para que pueda aceptarse la prueba supletoria del título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873.

De acuerdo con el artículo 36 del Código de Petróleos quien demanda la declaración sobre dominio privado del subsuelo, en cuanto atañe al petróleo, debe presentar, en primer término, el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873; los títulos de propiedad actual del respectivo inmueble, juntamente con un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados en un lapso de veinte años atrás; la identificación, tanto del predio objeto del título emanado del Estado, como del poseído por el actor, cuya exclusión demanda; y en fin, la superposición del área de la propuesta de contrato sobre éste, en todo o en parte.

En la demanda que da principio a este juicio, expresamente se aduce como título emanado del Estado, la adjudicación hecha "por la Corona Española con terrenos de mayor extensión, a los indígenas de Chía como resguardo de indígenas, de acuerdo con las diligencias efectuadas por el Corregidor y Visitador de Santa Fe el 22 de febrero de 1.594" y por tanto, debió presentarse copia de la real cèdula o del acto oficial respectivo, mediante el cual se constituyó el resguardo con destino al usufructo de los indígenas de Chía; sin embargo, en sustitución de este documento, se ha presentado copia de las diligencias llevadas a efecto desde febrero de 1.834 hasta marzo de 1.839, expedidas por el notario de Zipaquirá, con el fin de practicar la división de los terrenos de resguardos entre los indígenas de la Parroquia de Chía, pero sin incluír ni en todo ni en parte las actas o hijuelas de adjudicación de cada uno de los lotes en que, seguramente, debieron distribuirse los mencionados terrenos.

El citado artículo 36, en el numeral a), ordena presentar "el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanado de autoridad competente que acrediten su existencia".

En el presente juicio no se ha afirmado la falta o pérdida de la correspondiente cédula real, merced o acto por medio del cual se hubiese señalado determinado globo de terreno, para el usufructo de los indígenas de la Parroquia de Chía, en calidad de resguardos; por el contrario, según el memorial de pruebas, tal título existe, pues se solicitó: "Que se libre despacho al Archivo Nacional para que se expida copia de la Diligencia de medida del Redondo de los Resguardos señalados a los indios del pueblo de Chìa, de fecha 17 de abril de 1.594, he-

cha por Francisco Ortiz de Mariaca, medidor, que se encuentra en el Tomo XXIII del archivo colonial de Tierras de Cundinamarca, en los folios 898 y siguientes".

Invocado el título emanado del Estado, no puede ocurrirse a la prueba supletoria, o sea, a la presentación de "los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia"; porque las copias allegadas al juicio, en relación con el avalúo y clasificación de las tierras de resguardo, no demuestran la existencia del respectivo título de constitución del dicho resguardo, ya que en ninguna parte se hace alusión a él, ni directa ni indirectamente, ni siquiera para el efecto de su determinación sobre el terreno, en la diligencia de "vista de ojos"; en otras palabras, tal diligencia, previa a la división de los resguardos, *presupone* el correspondiente título de comunidad, pero no demuestra por sí misma su existencia, como lo exige el aparte a) del artículo 36 del Código de Petróleos, ni tampoco puede considerarse emanada de la autoridad competente.

Como un indiscutible argumento de autoridad, respecto de lo expuesto, se considera conveniente hacer referencia a la exposición hecha por la Comisión del Honorable Senado, con ocasión del proyecto que se convirtió en la Ley 160 de 1.936 reformatoria, a su turno, de la Ley 37 de 1.931. De tal estudio efectuado por la referida Comisión, la Sala llega a estas ineludibles consecuencias:

a) La tarifa de pruebas señalada en el artículo 7o. de la Ley 160 de 1.936 (artículo 36 del Decreto 1056 de 1.953) no puede desvincularse de la definición dada en el 10 de la misma norma (art. 5o. del D. No. 1056 de 1.953), sobre propiedad privada del subsuelo, ya se refiera a la etapa administrativa o al proceso judicial que debe adelantarse en los casos allí previstos.

b) La cadena de títulos, exigida por la doctrina de la Corte, a partir del título expedido por el Estado antes del 28 de octubre de 1.873 hasta llegar al exhibido por el actual opositor, quedó sustituído con la presentación de los títulos y el certificado del Registrador de I. P. y P. en un lapso igual al de la prescripción extraordinaria; de manera que si el aparte b) del artículo 7o. de la Ley 160 de 1.936 es obligatorio en los respectivos procesos judiciales, sobre propiedad del petróleo subyacente, no se explica que no tenga igual fuerza obligatoria el aparte a) del mismo artículo, pues no sería de recibo interpretar la norma con un criterio de favor respecto de una de las partes, para rechazar, en cambio, todo y cuanto pudiera favorecer a la contraparte, en este caso, el Estado.

c) Según la exposición de la Comisión del Senado, cuando no se puede presentar el título emanado del Estado, puede ocurrirse a una prueba supletoria; pero si la prueba principal existe, como sucede en el presente litigio, no puede ser sustituída por una diligencia de mensura y avalúo del área que se considera salida del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1.873, pues no 'acredita su existencia', es decir, la existencia del título emanado del Estado, expresa exigencia del aparte a) del citado artículo 7o.

Si no se presentó copia del título por medio del cual se constituyó el resguardo de la parcialidad de indígenas de Chía, como tampoco puede aceptarse a modo de prueba supletoria la diligencia de mensura de aquellos terrenos, para demostrar que salieron del dominio del Estado antes del 28 de otubre de 1.873,

se debió allegar copia de la cartilla o hijuela por medio de la cual se adjudicó una determniada parcela a uno de los indígenas de la parcialidad, para ubicar dentro de aquélla los predios objeto de este litigio.

En el artículo 3o. de la Ley de 11 de octubre de 1.821, invocada en la demanda, se dispuso: "Los resguardos de tierras asignados a los indígenas por las leyes españolas, y que hasta ahora han poseído en común, o en porciones distribuídas a sus familias sólo para su cultivo según el reglamento del Libertador Presidente de 20 de mayo de 1.820, se les repartirá en pleno dominio y propiedad luégo que lo permitan las circunstancias".

En el artículo 9o. de la misma ley, se dijo: "Hasta que los resguardos no se repartan a los indígenas en propiedad, continuarán teniendo el pequeño cabildo que les conceden las leyes, cuyas funciones serán puramente económicas y reducidas a la mejor administración, concentración y distribución de los bienes de comunidad; quedando sin embargo sujetos á los jueces de las parroquias (distritos parroquiales)".

El artículo 6o de la ley de 6 de marzo de 1.832, para llevar a efecto la división de los terrenos de resguardos, dispuso que "se practicarán las medidas y valuaciones convenientes, por peritos imparciales que nombrará la respectiva autoridad pública, con noticia y aquiescencia del correspondiente cabildo de indígenas".

El artículo 7o. de la misma ley prohibió a los indígenas adjudicatarios enajenar la parcela durante diez años, que posteriormente, el artículo 1o. de la Ley de 23 de junio de 1.843, fijó en 20 años más, contados desde la fecha de su sanción.

Resulta de especial importancia transcribir el artículo 15 de la Ley de 2 de junio de 1.834: "El documento que se expida, para comprobar la propiedad del terreno adjudicado al indígena, se extenderá por el juez que dió la posesión en papel del sello 5o. costeado por el interesado, sin llevarse derechos algunos por estos certificados.

"Parágrafo único. En el documento de que habla este artículo se expresarán el área, los linderos, y todo lo demás que sea sustancial para constituír un verdadero título de propiedad".

Como la parte actora no demostró el primer elemento de esta clase de acciones, con la presentación del título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, se hace innecesario el estudio sobre la determinación de los predios, así como también el relativo a los actuales títulos de propiedad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, quince de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrrdo Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

El apoderado de Cecilia Casabianca de Gamboa y Lucia Casabianca de Narváez demandó al Estado en juicio ordinario de única instancia, con el objeto de que en la sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

I. "Primera: Que el predio denominado hoy 'Santa Lucía' ubicado en jurisdicción del Municipio de Chía Departamento de Cundinamarca tal como se determina en el hecho segundo de esta demanda salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873 por haber sido adjudicado por la Corona Española como parte del resguardo de los indios de Chía, adjudicación

que fué confirmada y entregada a los indios de los resguardos del Municipio de Chía, según providencia del Gobernador de la Provincia de Bogotá de fecha 16 de marzo de 1.839.

"Segunda: Que la sucesión del doctor Manuel Casabianca representada por mis poderdantes Cecilia Casabianca Arboleda de Gamboa y Lucía Casabianca Arbole da de De Narváez es la propietaria actual del subsuelo petrolífero, petróleo, gases y demàs hidrocarburos y substancias que se encuentran en el terreno denominado 'Santa Lucía' determinado en el hecho segundo de esta demanda.

"Tercera: Que el Gobierno Nacional debe abstenerse de incluir, esto es debe excluir, el subsuelo del predio 'Santa Lucía' del contrato de concesión que celebre con fundamento en la propuesta Nº. 871 (Usaquén) mencionada en el hecho sexto en el caso de que al fallarse el presente juicio favorablemente a mis poderdantes, el Gobierno Nacional no haya celebrado dicho contrato.

"Cuarto: Que el Gobierno Nacional debe excluir del contrato de concesiòn que celebre con base en la propuesta No. 871 (Usaquèn), el subsuelo del predio materia del presente juicio en el caso de que al ser fallado este juicio se haya celebrado sin haberse hecho la exclusión de que trata la declaraciòn anterior, o sea si ya se ha incluido el predio en dicho contrato de concesiòn". (fls. 14 C. No. 1o.).

Con el objeto de obtener las anteriores declaraciones, el apoderado de las actoras invocò los siguientes hechos:

"Primero: mis poderdantes son únicas herederas del doctor Manuel Casabianca quien falleció en Bogotá el dia 19 de enero de 1.958 y por consiguiente son representantes de la sucesión cuyo juicio cursa en el Juzgado 9º. Civil del Circuito de Bogotá.

"Segundo: El doctor Manuel Casabianca era dueño de un globo de terreno conocido hoy con el nombre de 'Santa Lucía' de aproximadamente 8 fanegadas de extensión ubicado en el Municipio de Chía, Departamento de Cundinamarca comprendido por los siguientes linderos generales: 'Por el Norte, con terrenos de Ignacio Jamaica, Aurelio Ospina, Cipriano Torres y herederos de Celedonio Triana por camino público deslindados; por el Oriente, con terrenos de Ignacio Cabra, camino público de por medio; por el Sur, con terrenos de Dionisio Sarmiento y Aurelio Ospina; y por el Occidente, con terrenos de Cipriano Torres'.

"Tercero: El extinto doctor Manuel Casabianca adquirió la finca denominada 'Santa Lucía' determinada en el hecho segundo de esta demanda por compra a Buenaventura Correal según consta en la escritura pùblica No. 1628 del 9 de julio de 1.924 de la Notaría Primera de Bogotá.

"Cuarto: Buenaventura Correal adquirió la finca conocida hoy con el nombre de 'Santa Lucía' determinada en el hecho segundo de esta demanda por compra hecha a las señoritas Rosa Elvira, Rafaela, Dolores y Elvira Pinzón de Sánchez según consta en la escritura pública No. 1291 del 19 de junio de 1.923 de la Notaría Primera de Bogotá.

"Quinto: La finca denominada hoy 'Santa Lucía' determinada en el hecho segundo de esta demanda salió del patrimonio del Estado, y no ha sido recuperada por nulidad, caducidad, resolución o cualquier otra causa legal, con anterio-

ridad al 28 de octubre de 1.873 por haber sido adjudicada por la Corona Española con terrenos de mayor extensión a los indígenas de Chía, como resguardo de indígenas, de acuerdo con la diligencia de medida efectuada por el Corregidor y Visitador de Santa Fé el 22 de febrero de 1.594, adjudicación que posteriormente fué confirmada por el Gobernador de la Provincia de Bogotá por providencia de fecha 16 de marzo de 1.839 en cumplimiento de las leyes del 11 de octubre de 1.821, del 6 de marzo de 1.832 y del 2 de julio de 1.834. Además, el predio 'Santa Lucía' fuè explotado económicamente con anterioridad al 28 de octubre de 1.873 en la forma y por el tiempo exigido por las leyes entonces vigentes para la justa prescripción, lo cual corrobora la propiedad privada sobre el subsuelo, materia de esta demanda.

"Sexto: Que por medio de la Resolución No. 400 del 21 de abril de 1.958, el Gobierno Nacional por intermedio del Ministerio de Minas y Petróleos aceptó la propuesta para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional registrada bajo el No. 871 (Usaquén) formulada por la Texas Petroleum Company 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 dentro del cual se encuentra el inmueble 'Santa Lucía'.

"Séptimo: Que como quiera que el extracto del aviso de aceptación de la propuesta No. 871 (Usaquèn) fué públicado en el Diario Oficial No. 29683 del 6 de junio de 1.958, esta demanda es oportuna de conformidad con el artículo 34 del Decreto 1056 del 20 de abril de 1.953 y el artículo 2º. del Decreto 3050 del 13 de diciembre de 1.956". (fls. 13 a 13 vto. ib.).

Como disposiciones aplicables citó el D. No. 3050 de 1.956; los arts. 5, 34, 36, 27, 176 del D. No. 1056 de 1.953; art. 3º. de la Ley 200 de 1.936; arts. 38, 217, 737 y siguientes del C. J.; Ley 11 de 1.821; Ley de 6 de marzo de 1.832 y la Ley del 2 de Junio de 1.834.

Con la demanda presentó los documentos necesarios para establecer la facultad de representar en este juicio a las actoras, en su invocada capacidad de herederas del finado doctor Manuel Casabianca, como también para comprobar la presentación del libelo dentro del plazo fijado por el art. 2º. del D. Nº. 3050 de 1.956

II. Admitida la demanda, el señor procurador 2º. delegado en lo civil, la contestó así: "Manifiesto que me opongo a que se hagan las declaraciones incoadas a nombre de la sucesión demandante, porque no hallo que ellas tengan fundamento en hechos pertinentes debidamente comprobados. Niego en términos generales los hechos (Primero a Sèptimo) en que se apoyan aquéllas y sobre su conducencia y validez se hará oportunamente consideración. Niego igualmente el derecho que se dice asiste a la sucesión demandante representada por las actoras". (fl. 18 ib.).

III. Por auto de fecha 21 de septiembre de 1.959 se decretó la acumulación al juicio sobre la propiedad del subsuelo del predio Santa Lucía, el promovido por las mismas actoras en relación con el denominado La Península, el cual contiene, en lo sustancial, las mismas peticiones, se enumeran los mismos hechos y se invoca, como fundamento de la acción, el mismo título emanado del Estado, o sea, la adjudicación hecha por la Corona Española de las tierras de resguardo

a la parcialidad de indígenas de Chía, dentro de las cuales se afirma está comprendida la nombrada parcela La Península, cuyas lindes describe así: "Por el Norte, con terrenos de Francisco de Paula Becerra; por el Occidente, con camino que conduce a 'Samaria' y camino de por medio con propiedad del mismo doctor Manuel Casabianca; por el Sur, con la finca denominada 'Venecia' que pertece a la señorita María Teresa Rodríguez; y por el Oriente, con el Río Grande o Bogotá".

IV. Agotada la instancia en forma normal, cumplidos todos los requisitos, se procede a dictar sentencia, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1o. En la primera petición de las demandas se solicita la declaración de que los predios Santa Lucía y La Península, por las lindes especiales descritas en los respectivos hechos del libelo, salieron "del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873 por haber sido adjudicado por la Corona Española como parte del resguardo de los indios de Chía, adjudicación que fué confirmada y entregada a los indios de los resguardos del Municipio de Chía, según providencia del Gobernador de la Provincia de Bogotá de fecha 16 de marzo de 1.839.....".

Este hecho, formulado como petición, se ratifica en el quinto, así: "la finca denominada hoy Santa Lucía determinada en el hecho segundo de esta demanda salió del patrimonio del Estado..... ....., con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, por haber sido adjudicado por la Corona Española con terrenos de mayor extensión a los indígenas de Chía como resguardos de indígenas, de acuerdo con la diligencia de medida efectuada por el Corregidor y Visitador de Santa Fé el 22 de febrero de 1.594, adjudicación que posteriormente fuè confirmada por el Gobernador de la Provincia de Bogotá por providencia de fecha 16 de marzo de 1.839. ....".

E igual afirmación se hace, en el hecho noveno, respecto del predio La Península. (fl. 14 vto. C. No. 1o. B).

2o. De acuerdo con el art. 36 del C. P. quien demanda la declaración sobre dominio privado del subsuelo, en cuanto atañe al petróleo, debe presentar, en primer tèrmino, el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873; los títulos de propiedad actual del respectivo inmueble, juntamente con un certificado del R. de I. P. y P. en un lapso de veinte años atrás; la identificación, tanto del prèdio objeto del título emanado del Estado, como del poseído por el actor, cuya exclusión demanda; y en fin, la superposición del área de la propuesta de contrato sobre èste, en todo o en parte.

3o. En la demanda, expresamente se aduce como título emanado del Estado, la adjudicaciòn hecha "por la Corona Española con terrenos de mayor extensión, a los indígenas de Chía, como resguardo de indígenas, de acuerdo con las diligencias efectuadas por el Corregidor y Visitador de Santa Fe el 22 de febrero de 1.594....."; por tanto, debió presentarse copia de la real cèdula o del acto oficial respectivo, mediante el cual se constituyó el resguardo con destino al usufructo de los indígenas de Chía; sin embargo, en sustitución de este documento, se ha presentado copia de las diligencias llevadas al efecto desde febrero de 1.834 hasta marzo de 1.839, expedidas por el Notario de Zipaquirá, con el fin de practicar la división de los terrenos de resguardos entre los indígenas de la Parroquia de Chía, pero sin incluír ni en todo ni en parte las actas o hijuelas de adjudicación de cada uno de los lotes en que, seguramente, debió distribuirse los mencionados terrenos.

4o. En efecto, para cumplir con lo ordenado por el art. 6o. de la Ley 2a. de 1.832, el jefe político del Cantón del Chía procedió, el 15 de febrero de 1.834, a convocar al cabildo de indígenas para la designación del agrimensor, avaluador y partidor de los terrenos de resguardo; y una vez satisfecha esta formalidad, el 17 de febrero de dicho año practicaron la "vista de ojos" o de reconocimiento de las lindes del predio de resguardo, el cual recorrieron, en asocio del jefe político, por todo su perímetro, labor que terminaron a las tres de la tarde del mismo día. Cumplida con esta formalidad de identificación, los peritos verificaron el avalúo de los terrenos que estimaron en cien, sesenta, cuarenta, treinta y cinco y dieciseis pesos la fanegada y "las de las tierras altas del cerro a cuatro reales", en atención a la calidad de cada una de las zonas discriminadas. El agrimensor levantó el plano y calculó el área de los terrenos en "4.137 fanegadas, dos celemines y una cuartilla, divididas en cinco clases de terreno conforme al parecer de los avaluadores", que en el plano señaló con las letras A. B. C. D. E. y cuyas lindes en general describió así: "por el oriente colindan con las haciendas de Tusca y Yerbabuena; por el norte, con los de Calahorra, Canalón y parte de Fagua; al occidente con tierras de Fagua, Tíquisa y Tenjo; y al sur con la del Noviciado y Chucho". Segregada el área para la población, se dispuso; "..... procédase a demarcar el terreno destinado a la escuela y reparto formal y material del resto entre los indígenas"; sin embargo, en las copias presentadas, como antes se dijo, no aparecen incluídas las hijuelas o la descripción de los lotes adjudicados, si bien se lee: "Certifico y juro y al mismo tiempo informo al señor Jefe político que habiéndose concluído la distribución de este resguardo se congregaron en presencia los individuos que componían el pequeño Cabildo y a solicitud del Agrimensor se les preguntó si sabían, entendían o habían oído decir de que la Comunidad tenía queja contra el Agrimensor, si la distribución estaba hecha a satisfacción de los interesados estaban contentos y respondieron: que ignoraban que la Comunidad tuviera queja contra el Agrimensor: Que su división de su resguardo estaba hecha a su satisfacción y de cada uno de los indígenas y que eran contentos y la habían aprobado. Se les preguntó porqué no se les dividió el cerro y dijeron: Que el Cabildo conociendo los perjuicios que se seguían a la Comunidad lo pidió haciéndose cargo ellos responsables en todo caso. En fe de ello y para mayor comprobante firmo la presente con el medio Cabildo en Chía, a veintiocho de febrero de mil ochocientos treinta nueve (1.839) (fdo.) Crisóstomo Rojas (siguen las demás firmas).....Aprobación Gobernador de Provincia.- Bogotá, 16 de marzo de 1.839. Visto el expediente de reparto de los resguardos de Chía, presentado por el Agrimensor Tomás Brito y encontándolo con todas las formalidades que previenen las leyes: Resuelve: Primero: Se aprueba la partición hecha entre los indígenas de Chía de sus resguardos. Segundo: Devuélvase al Jefe Político de Zipaquirá para que se pague la cantidad a que ascendió el contrato hecho con el Agrimensor. Tercero: Evacuada que sea esta diligencia se devolverá a esta Gobernación, con el recibo del Agrimensor para sacar la copia que previene la atribución cuarta del artículo 21 del Decreto Provincial de 13 de octubre de 1.834. Informando al mismo tiempo que cantidad haya disponible para pagar dicha copia según el artículo 23 del citado decreto. (fdo.) Ortega.- El Srio. (fdo.) Caicedo Jurado". (fls. 35 a 35 vto. C. No. 4o.).

5o. El citado artículo 36, en el numeral a), ordena presentar "el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia",

6o. En el presente juicio no se ha afirmado la falta o pérdida de la correspondiente cédula real, merced o acto por medio del cual se hubiese señalado determinado globo de terreno, para el usufructo de los indígenas de la Parroquia de Chía, en calidad de resguardo; por el contrario, según el memorial de pruebas, tal título existe, pues se solicitó: "Que se libre despacho al Archivo Nacional para que se expida copia de la Diligencia de medida del Redondo de los resguardos señalados a los indios del pueblo de Chia, de fecha 17 de abril de 1.594. hecha por Francisco Ortiz de Mariaca, medidor, que se encuentra en el Tomo XXIII del archivo colonial de Tierras de Cundinamarca, en los folios 898 y siguientes". (fl. 2 C. No. 4o.).

Invocado el título emanado del Estado, no puede ocurrirse a la prueba supletoria, o sea, a la presentación de "los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia"; porque las copias allegadas al juicio, en relación con el avalúo y clasificación de las tierras de resguardo, no demuestran la existencia del respectivo título de constitución del dicho resguardo, ya que en ninguna parte se hace alusión a él, ni directa ni indirectamente, ni siquiera para el efecto de su determinación sobre el terreno, en la diligencia de "vista de ojos"; en otras palabras, tal diligencia, previa a la de división de los resguardos, presupone el correspondiente título de comunidad, pero no demuestra por sí misma su existencia, como lo exige el aparte a) del art. 36 del C. de P., ni tampoco puede considerarse emanada de la autoridad competente.

V. Como un indiscutible argumento de autoridad, respecto de lo expuesto se considera conveniente transcribir algunos apartes de la exposición hecha por la Comisión del H. Senado, con ocasión del proyecto que se convirtió en la ley 160 de 1.936 reformatoria, a su turno, de la ley 37 de 1.931.

1o. "El criterio con que el legislador de 1.931 prescindió en la Ley 37 de la tarifa de pruebas para el dominio privado se encuentra sintetizado en el siguiente párrafo de un discurso del Dr. Luis Felipe Latorre, abogado entonces de la Presidencia de la República (Antecedentes de la Ley del Petróleo Tomo VI folio 103):

"Es verdad como lo sostuvieron las Cámaras Legislativas, el Ministerio de Industrias y el Abogado Consultor de la Presidencia, que la ley 'no versa sobre propiedad del petróleo, sino sobre su explotación' y por eso se suprimió en el art. 27 de la tarifa de pruebas sobre dominio y posesión que traían los incisos 2o. y 3o. del proyecto primitivo, o sea, el mismo salido del Senado en 1.929.

No se quiso hablar de títulos y certificados de propiedad anterior o posterior a 1.873, ni de posesión material, ni de declaraciones de testigos etc., para que esa cuestión sustantiva fuera considerada y resuelta de conformidad con las leyes generales y especiales que rigen la materia, ya interpretadas y aplicadas en gran parte por la jurisprudencia de la Corte Suprema. En este punto la ley de que se trata ofrece la mayor amplitud, en términos que tanto en el caso del Capítulo IV como en el del V el interesado particular puede aducir todas las titulaciones y comprobantes en general que considere conducentes".

"Pero en la práctica la jurisprudencia ha tendido a exigir para la comprobación del dominio privado, el título emanado del Estado, sin aceptar prueba alguna supletoria, que sí puede haberlas y sí las hay efectivamente, cuando es la verdad que el título originario es muchas veces de imposible consecución debido a las circunstancias reales que han sufrido los archivos de nuestro país.

"De esta manera se ha venido a comprobar que, contra lo que debiera esperarse, resulta más favorable en el orden administrativo para los pretendientes del dominio privado, señalar en la ley una tarifa de pruebas, con determinación de las supletorias que sean admisibles, que dejar sin definición ese punto sustantivo.

"Propone la Comisiòn que en el inciso a) del proyecto del señor Ministro se cambie la redacción de 'título originario, expedido por el Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873' por 'título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873', porque el calificativo 'originario' queda redundante y porque la expresiòn emanado del Estado tiene mayor amplitud, quedando comprendidos en ella los títulos que tienen valor no sólo por traspaso directo hecho en venta, merced o remate, etc., por los funcionarios que tenían legalmente la representación del Estado al tiempo de la enajenación válida del subsuelo, sino que también los que tienen valor por ministerio de determinadas disposiciones legales que reconocieron como legítimas y justas causas de dominio, determinadas situaciones de hecho o de derecho o en que coexistían los hechos y ciertas formalidades de derecho, disposiciones entre las cuales podemos citar en vía de ejemplo, como posible origen de algunas propiedades, la ley de 11 de octubre de 1.821 sobre enajenación de tierras baldías y creación de oficinas de registros".

2o. La Comisión del H. Senado señala la indestructible o indiscutible relación que existe entre la tarifa de pruebas, con la definición de la propiedad privada del subsuelo petrolífero, en estos precisos y claros términos:

"Consecuencia jurídica lógica de la inclusión en la ley de una tarifa de pruebas, es la definiciòn de petróleo de propiedad privada que trae el artículo 11 del proyecto del señor Ministro, para lo cual propone la Comisión un cambio en el texto, acorde con el propuesto para el ordinal a) del artículo 7º. quedando así el artículo:

" 'Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1.873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal. Son tambièn de propiedad particular los petróleos adjudicados legalmente como minas durante la vigencia del art. 112 de la ley 110 de 1.912, bastando en este último caso para los efectos de los incisos primero y segundo del art. 7o. de la presente ley, presentar el título de adjudicaciòn expedido por autoridad competente durante la vigencia del citado artículo del Código Fiscal'.

"Esta definición de propiedad privada sobre el petróleo se funda en principios muy conocidos, difundidos y consagrados en el país, definidos por la autoridad de la ley, y confirmados irrevocablemente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que excusa a la Comisión de entrar en nuevas explicaciones sobre los elementos de este artículo que se limita a reproducir postulados acerca de los cuales puede decirse que existe pleno y popular conocimiento de causa.

"Con todo, si esta definición no trae nada nuevo en el campo jurídico, sí tiene una notoria importancia psicológica como confirmación práctica de los principios de reconocimiento y respeto al legítimo dominio privado que pueda exis-

tir sobre yacimientos de petróleo, principios ya consignados en forma abstracta de tesis en el art. 4o. de la ley 37 de 1.931".

3o. Del estudio efectuado por la Comisión del Senado, la Sala llega a estas ineludibles consecuencias:

a) La tarifa de pruebas señalada en el art. 7o. de la ley 160 de 1.936 (art. 36 del D. 1056 de 1.953) no puede desvincularse de la definición dada en el 10 de la misma norma (art. 5o. del D. No. 1056 de 1.953), sobre propiedad privada del subsuelo, ya se refiera a la etapa administrativa o al proceso judicial que debe adelantarse en los casos allí previstos.

b). La cadena de títulos, exigida por la doctrina de la Corte, a partir del título expedido por el Estado antes del 28 de octubre de 1.873 hasta llegar al exhibido por el actual opósitor, quedó sustituído con la presentación de los títulos y certificado del R. de I. P. y P. en un lapso igual al de la prescripción extraordinaria; de manera que si el aparte b) del art. 7o. de la Ley 160 de 1.936 es obligatorio en los respectivos procesos judiciales, sobre propiedad del petróleo subyacente, no se explica que no tenga igual fuerza obligatoria el aparte a) del mismo artículo, pues no sería de recibo interpretar la norma con un criterio de favor respecto de una de las partes, para rechazar, en cambio, todo cuanto pudiera favorecer a la contraparte, en este caso, el Estado.

c) Según la exposición de la Comisión del Senado, cuando no se puede presentar el título emanado del Estado, puede ocurrirse a una prueba supletoria; pero si la prueba principal existe, como sucede en el presente litigio, no puede ser sustituída con una diligencia de mensura y avalúo de la área que se considera salida del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1.873, pues no "acredita su existencia", es decir, la existencia del título emanado del Estado, expresa exigencia del aparte a) del citado art. 7o.

VI. Si no se presentó copia del título por medio del cual se constituyó el resguardo de la parcialidad de indígenas de Chía, como tampoco puede aceptarse a modo de prueba supletoria la diligencia de mensura de aquellos terrenos, para demostrar que salieron del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1.873, se debió allegar copia de la cartilla o hijuela por medio de la cual se adjudicó una determinada parcela a uno de los indígenas de la parcialidad, para ubicar dentro de aquella los predios objeto de este litigio, nominados Santa Lucía y La Península.

En el art. 3o. de la Ley de 11 de octubre de 1.821, invocada en la demanda, se dispuso: "Los resguardos de tierras asignados a los indígenas por las leyes españolas, y que hasta ahora han poseído en común, o en porciones distribuidas a sus familias solo para su cultivo según el reglamento del Libertador Presidente de 20 de mayo de 1.820, se les repartirá en pleno dominio y propiedad luego que lo permitan las circunstancias".

En el art. 9o. de la misma ley, se dijo: "Hasta que los resguardos no se repartan a los indígenas en propiedad, continuarán teniendo el pequeño cabildo que les conceden las leyes, cuyas funciones serán puramente económicas y reducidas a la mejor administración, concentración y distribución de los bienes de comunidad; quedando sin embargo sujetos a los jueces de las parroquias (distritos parroquiales)".

El art. 6o. de la Ley de 6 de marzo de 1.832, para llevar a efecto la división de los terrenos de resguardos, dispuso que "se praticarán las medidas y valuaciones convenientes, por peritos imparciales que nombrará la respectiva autoridad pública, con noticia y aquiescencia del correspondiente cabildo de indígenas".

El art. 7o. de la misma ley prohibió a los indígenas adjudicatarios enajenar la parcela durante diez años, que posteriormente, el art. 1o. de la Ley de 23 de junio de 1.843, fijó en veinte años más, "contados desde la sanción de la presente ley".

Resulta de especial importancia transcribir el art. 15 de la Ley de 2 de junio de 1.834: "El documento que se expida, para comprobar la propiedad del terreno adjudicado al indígena, se extenderá por el juez que dió la posesión en papel del sello 5o. costeado por el interesado, sin llevarse derechos algunos por estos certificados.

"Parágrafo único. En el documento de que habla este artículo se expresarán el área, los linderos, y todo lo demás que sea sustancial para constituir un verdadero título de propiedad".

VII. El procurador delegado en lo civil, en lo sustancial, comparte el anterior criterio, como puede verse en los siguientes párrafos:

"Las partes actoras, como prueba del título originario emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, aportaron, mediante despacho librado al Notario Principal del Circuito de Zipaquirá, copia auténtica del expediente relativo a los resguardos de Chía, (fls. 31 fte. a 35 fte. C. No. 4 pruebas de la parte actora) en el cual aparecen unas diligencias de mensura de reparto a particulares en lo que se denominó en ellas resguardos de los indígenas de Chía, y una copia a tinta, al parecer manual de un croquis de los terrenos correspondientes, a escala de '1.000, (sic) que aparece fechado 'Bogotá abril 4 de 1.834' y firmado por Félix Castro S. del cual dice el Notario que auxilió el despacho que 'es copia fiel tomada de su original'. (fl. 33 C. No. 1o.).

Hace luego un resumen de la diligencia de inspección ocular, para continuar así:

"El suscrito observa que las anteriores diligencias que constan en el documento auténtico expedido por el Notario de Zipaquirá, no constituyen en su concepto título a favor de los particulares, en ese caso los vecinos indígenas de Chía, emanado del Estado en ese año de 1.834 en que se hizo la determinación de los terrenos del llamado 'Resguardo de indígenas de Chía, entre otros, se efectuó 'vista de ojos' o inspección ocular para determinarlo por sus linderos y luego tuvo lugar el avalúo pericial para fines de reparto de lotes. Es apenas el cumplimiento de unas diligencias que no constituyeron por si misma expedición de título a favor de particulares emanado del Estado. El documento en mención, apenas sirve de medio de referencia al que pudo ser el originado que con posterioridad hubiera expedido el Estado, bien fuera la Corona Española, el Estado Soberano de la Gran Colombia, el de la Nueva Granada, dando ese resguardo por los linderos que en aquel año se determinaron en la vista de ojos, a los indígenas. La vista de ojos, para establecer esos linderos, precisamente, indica que

debería haberse determinado el resguardo en alguna época anterior, si es que se estableció. Pero ello apenas sirvió para constatar unos linderos, hacer diferencia pericial de lotes o porciones, avalúo de éstas por fanegada, determinación del área para la población y para la escuela, y sentar bases de las porciones o globos que pudieran repartirse a pobladores. Pero si se hablaba de la existencia del resguardo de indígenas, deslindado y deteminado, era porque existía el mandato, la orden real o del Estado Republicano. Esta había sido el título originario en virtud del cual pasaran a dominio particular, proviniendo del Estado o de la Corona, los terrenos del resguardo de que se habla en las diligencias glosadas. Precisamente que, si se llevaron a efecto las diligencias de que habla el documento allegado como prueba al juicio, 'en cumplimiento de los artículos 6o. de la Ley de 2 de marzo de 1.832 y 3o. del decreto ejecutivo, de nueve de abril del mismo año', al realizarlas para fines de repartir lotes de terreno entre pobladores, de tenerse como título originario emanado del Estado serían los correspondientes de las adjudicaciones de lotes que se hicieran a partir de esas diligencias. Y entonces en el caso de este litigio, con respeto a los terrenos llamados hoy 'Santa Lucía' y 'La Península' antes 'El Pantano' en que dicen tener las actoras derechos de dominio hoy, directamente en común y proindiviso en el primero, a nombre de la sucesión del Dr. Manuel Casabianca en el segundo, debería haberse establecido forzosamente a cual lote repartido y que por ello salió del dominio del Estado corresponden hoy esos inmuebles". (fls. 35 y 36 ib.).

Por tanto, como la parte actora no ha demostrado el primer elemento, con la presentación del título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, se hace innecesario el estudio sobre la determinación de los predios, como el de los actuales títulos de propiedad respecto de Santa Lucía y La Península.

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 las actoras en las dos demandas acumuladas en relación con los inmuebles Santa Lucía y La Península.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial, envíese testimonio autenticado de este fallo al Ministerio de Minas y Petróleos y archívese el expediente, previas las cancelaciones de rigor.

Carlos Peláez Trujillo. - Ramiro Araújo Grau. - Efrén Osejo Peña. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García M., Secretario.

AUTOS INTERLOCUTORIOS Y AUTOS DE SUSTANCIACION.

El auto que decreta las pruebas solicitadas por las partes es de simple sustanciación.

Con el fin de exponer las razones de la mayoría de la Sala para considerar como de sustanciación el auto que decreta pruebas, dentro de un juicio ordinario, conviene transcribir el numeral 2o. del artículo 466 del C. Judicial, con el objeto de fijar su verdadero alcance en cuanto atañe a la clasificación legal del auto materia del actual debate.

Art. 466. "Las resoluciones de carácter judical se denominan autos y sentencias, y se clasifican así:

1o. ....

2o. *Autos interlocutorios*, si resuelven algún incidente del juicio o determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, la inadmisiòn de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba, o la práctica de cualquiera de ellas, y todos los demás que contengan resoluciones análogas".

I. Intencional exclusión.

Desde luego, en la redacción de este aparte existe una elipsis, porque, para evitar inmediatas repeticiones, se omitió decir: "... la denegación del recibimiento a prueba, o la *denegaciòn* de la práctica de cualquiera de ellas", pues no puede suponerse que el legislador pretendió establecer una equivalencia entre el concepto negativo en relación con el recibimiento a prueba, con el positivo de disponer la práctica de la prueba o pruebas pedidas, sino que tal equivalencia se estableció entre dos conceptos del mismo género, o sea, entre las dos denegaciones allí contenidas, la una expresa, la otra en forma tácita, pero no por eso menos clara respecto de la idea y de la norma expresada en la construcción gramatical analizada.

Además, no sería de recibo que se considerara comó interlocutorio el auto que decreta una prueba, a la vez que se excluyera de tal clase o categoría el que deniega la pràctica de alguna de ellas, con evidente y, en ocasiones, irreparable perjuicio para la parte afectada por la denegación.

La Comisión redactora del actual Código de Procedimiento Civil, en varios pasajes de la exposición de motivos, expresamente alude a la Ley de Enjuiciamiento Civil de España (LEC), como antecedente de aquél; de ahí que las normas de tal código, en especial en cuanto a la clasificación de los autos y a los recursos contra ellos oponibles, sirvan para interpretar y aclarar las disposiciones de la Ley 105 de 1.931, como el memorado numeral 2o. del artículo 466.

En efecto, el art. 369 de la LEC denomina *providencias* a las resoluciones de los Tribunales y Juzgados, en negocios de carácter judicial, "cuando sean de tramitación", respecto de los cuales, el artículo 376 ibídem dispone: "Contra las providencias de mera tramitación que dicten los Jueces de primera instancia, no se dará otro recurso que el de reposición, sin perjuicio del cual se llevarà a efecto la providencia".

En cuanto concierne a nnestros autos interlocutorios, allá nominados simplemente AUTOS, el inciso 2o. del artículo 369 continúa:

"Autos, cuando deciden incidentes o puntos que determinen la personalidad combatida de alguna de las partes, la competencia del Juzgado o Tribunal, la procedencia o improcedencia de la recusación, la repulsión de una demanda, la admisión o inadmisión de las excepciones, la inadmisión de la reconvención, la denegación del recibimiento a pruebas o de cualquiera diligencia de ella, las que pueden producir a las partes un perjuicio irreparable, y las demás que decidan cualquier otro incidente, cuando no esté prevenido que se dicten en forma de sentencia".

Aparece también, en el aparte transcrito, que tiene la calidad de auto interlocutorio, ". . . la denegación del recibimiento a prueba o de cualquiera diligencia de ella", vale decir, la denegación de la práctica de cualquier prueba, por cuanto la palabra diligencia, según el diccionario, significa "cuidado y actividad en ejecutar alguna cosa", como practicar una prueba.

En consecuencia, en la enumeración hecha por el numeral 2o. del artículo 466 del Código Judicial, gramatical e históricamente, comprende y clasifica como interlocutorio el auto que *deniega la práctica* de cualquiera de las pruebas solicitadas par alguna de las partes, excluyendo, intencionalmente, el que ordena practicarlas.

11 Analogía. imposible. Sin embargo, se ha dicho que la enumeración contenida en el ordinal 2o. del artículo 466 no es taxativa, como así se pone de manifiesto en el siguiente aparte de la exposición de motivos de la Comisión que redactó el actual Código de Procedimiento Civil.

"La clasificación de estas resoluciones es fundamental en el procedimiento, como que a ella están subordinadas las reglas sobre términos, forma de las notificaciones y recursos que puedan interponerse. Bajo la denominación de autos se comprenden, segùn el proyecto, los de sustanciación y los interlocutorios, reservando la de sentencia únicamente para las decisiones que recaen sobre lo principal del pleito. A falta de una fórmula precisa para definir los llamados autos interlocutorios, se hace una enumeración de ellos, la cual no tiene el carácter de limitativa, de suerte que corresponde a los Jueces resolver en los casos dudosos cuáles otras providencias, fuera de las enumeradas, y *por razón de analogía*, deben calificarse como interlocutorias". (Subraya la Sala).

Así, pues, una vez que el auto que acepta u ordena practicar una prueba no está comprendido en la enumeración del artículo citado, si el juez debe atenerse a los motivos o razones de analogìa para resolver las casos dudosos, según el decir de la propia Comisión, cabe preguntar: el auto que ordena practicar una prueba guarda analogía con el que deniega "la práctica de cualquiera de ellas"?.

Los jueces deben decidir los litigios sin que puedan abstenerse de hacerlo alegando silencio o vacío de la ley, porque, presentándose hechos y situaciones totalmente imprevistas o aún imprevisibles para el legislador, no es raro ni difícil que no se encuentre una norma exactamente aplicable al caso; pero si el hecho o acto no lo pudo ignorar el legislador (como el auto que ordenaría practicar las pruebas pedidas), no puede hablarse de silencio o de una laguna de la legislación, sino de la tácita voluntad de excluír el caso de la norma, lo cual hace inaceptable el principio de analogía.

"En ciertos casos -dice Enneccerus- la analogía puede ser excluída por voluntad del legislador, al menos en cuanto a los casos que él conoce y tuvo presentes cuando escogió, precisamente con esta intención, la estructura estrecha de la disposición. Entonces procede el llamado *argumento a contrario*".

Si el legislador de 1.931, no podía ignorar, al dictar o redactar el numeral 2o. del artículo 466 del Código Judicial, la existencia de la posible resolución judicial en virtud de la cual se ordenaría practicar la prueba demandada, si no la mencionó, tuvo la intención de excluírla de la norma, vale decir, de considerar tal resolución como auto de mera sustanciación, porque inclusio unius, exclusio alterius est.

Pero bien, en la imposible hipótesis de que el legislador no hubiese previsto que el Juez estuviese avocado a dictar un auto para ordenar la práctica de las pruebas suplicadas por las partes o por una de ellas, ni aún en semejante evento, sería aceptable la aplicación del procedimiento de analogía, "que consiste en la decisión de una controversia no decidida por la ley, argumentando con el espíritu de la misma, sobre la base de la semejanza de la relación no considerada, con otra que sí lo ha sido" (Coviello. Doctrina General del Derecho Civil); porque no sería posible hallar semejanza, sino todo lo contrario, entre el auto que deniega la práctica de una prueba, con el que sí ordena practicarlas, ni las consecuencias en relación con las partes son las mismas, como se verá más adelante.

Por su parte, Salvat estima que cuando no existe una ley aplicable al caso debatido, "se recurre ante todo a la aplicación de leyes análogas, lo cual se funda en el principio que siendo las situaciones iguales, es posible que el legislador hubiera consagrado la misma regla y, por consiguiente, que establecida para una de las hipótesis, debe ser aplicada también a la otra"; en otras palabras, la aplicación del principio según el cual "ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet".

Sin embargo, en el presente caso tampoco puede decirse qne las situaciones planteadas por los dos autos, el uno que decreta la prueba y el otro que la deniega, son iguales, porque; precisamente, se trata de dos proposiciones opuestas por contradicción, por cuanto no se puede afirmar, dentro de las normas de la lógica, que el auto que decreta una prueba es *igual* al que la deniega, pues sería tanto como aceptar que una cosa pueda ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto, con evidente desconocimiento del principio de contradicción.

En conclusión, dentro de los principios que rigen el sistema o procedimiento de analogía no puede predicarse que a la resolución que decreta u ordena la práctica de una prueba le convenga el atributo de interlocutoria, o sea, no

es dable enumerarla dentro de las de tal clase o categoría, para los fines legales, en cuanto concierne a los recursos procedentes y a las formalidades que deben observarse al proferirla.

III. Resoluciones contingentes. Si se establece, además, cierta armonía o relación entre lo dispuesto en el artículo 391 y el numeral 3o. del artículo 466 del Código Judicial, se llegará a la conclusión de que los autos interlocutorios son accidentales, como si dijéramos, puramente contingentes en el normal desarrollo del proceso; y, por el contrario, los de simple sustanciación son necesarios e indispensables en el regular desenvolvimiento del respectivo juicio.

En efecto, "son incidentes -dice el art. 391 del C. Judicial- las controversias o cuestiones *accidentales* que la ley *permite discutir* en el curso del juicio y que *requieren una decisión especial*"; y el numeral 3o. del artículo 466 dice que son "autos de sustanciación, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los *que la ley establece* para dar curso progresivo a la actuación, dentro o fuera del juicio". (Subraya la Sala).

Así, pues, un juicio ordinario puede adelantarse sin que resuelva nada sobre la competencia del juez, la personería de las partes, si la demanda llena o no los requisitos previstos por ley, si la prueba es conducente o no, si se ha incurrido en alguna causal de nulidad, etc. etc., pues todas las resoluciones que pudieran recaer sobre estas cuestiones son puramente eventuales, accidentales o contingentes; por el contrario, un juicio ordinario en primera instancia no podrá dársele "curso progresivo", sino se admite la demanda; si supuesta la oposición del demandado a las pretensiones del actor, no se recibe a prueba, se decretan las pedidas, se ordena correr en traslado el expediente a las partes para alegar y, en fin, si no se cita para sentencia, porque todas estas resoluciones pertenecen a las que "la ley establece para dar curso progresivo a la actuación", en los distintos artículos del Código como en éstos, tratándose de un juicio ordinario: 778, 739, 745, .746, 753, 754, del Código Judicial.

El auto que decreta las pruebas pedidas no puede jamàs considerarse como accidental o contingente, como tampoco requiere una decisión especial, es decir, fuera de la rutina del procedimiento respectivo, sino que contribuirá "a dar curso progresivo a la actuación", obvia característica de los autos de sustanciación, que no pierden tal carácter por el hecho de que deban ser pedidos o impetrados por la parte, pues son actos condiciones para provocar la actividad del juez como ocurre con la presentación de la demanda (art. 205 del C. Judicial), sin la cual no puede producirse el auto de admisiòn de élla.

IV. Gravámen irreparable. Otra característica que se asigna a los autos interlocutorios consiste en que pueden ocasionar un daño o perjuicio irreparable a las partes, lo cual no ocurre con los de simple sustanciación; y así, bajo este punto de vista, el auto que decreta una prueba, aún suponiéndola inconducente, no causa ningùn daño irreparable a las partes; sin embargo, no sucede lo propio con la denegación de la práctica de alguna de las pedidas por las partes, que pueden ver sus intereses definitivamente comprometidos y perjudicados por la equivocada denegación.

Sobre esta materia, la doctrina del Tribunal Supremo de España, a más de ser abundante y reiterada, resulta en extremo conveniente para esclarecer esta materia, por tratarse del Código que sirvió de guía o de inspiración a la Comisión redactora de la Ley 105 de 1.931

"La desautorización de todo recurso contra los acuerdos que otorguen diligencias de prueba obedece a estimar que no pueden sufrir perjuicios los intereses de la justicia en que se practiquen elementos probatorios impertinentes, pues con ello no se ocasiona indefensión, cual parece ser lo que se trata de impedir en los supuestos contrarios para los que son facilitados recursos. (S. 27 nov. 1.941)".

"El criterio del legislador al redactar las leyes y el del juzgador al aplicarlas a los casos concretos es en materia de pruebas el concederlas siempre que sean pertinentes, reconociendo a los litigantes el derecho de recurrir cuando se denieguen y produzcan su indefensión; pero no se concede recurso cuando se admiten, pues entonces no existe denegación ni omisión; y como el actual recurso de quebrantamiento de forma se funda en la admisión de una prueba pericial, por imperio categórico de la ley hay que desestimarle, pues el juzgador no incurrió en error al interpretar el numeral 5o. del artículo 1693. (S. 2 de mar. 1.925)". (Doctrina Procesal Civil del Tribunal Supremo, Tomo III, pág. 5556).

Esta Sala, en varias sentencias, como en la de fecha 18 de noviembre de 1.942 (Gaceta Judicial, Tomo LIV bis, pág. 410), ha dicho:

"El Juez no puede negarse a decretar la práctica de pruebas que en tiempo hábil han pedido las partes, sino cuando se trata de las que son ostensible, notoriamente inconducentes. El momento de calificar el mérito de ellas viene cuando se haya de pronunciar el fallo de fondo. Antes, no sólo se incurriría en un prejuzgamiento, sino que podría exponerse a las partes al peligro de perder sus derechos, por el rechazo anticipado, por medio de una calificación que podría ser caprichosa, de los medios de defensa que les brindan las leyes".

V. *Argumento que prueba demasiado.* Para sostener que tiene la calidad de interlocutorio el auto que ordena practicar una prueba, se aduce como razón o argumento el artículo 596 del Código Judicial, en cuanto allí se dispone que "las pruebas deben ceñirse al asunto materia de la decisión, y son inadmisibles las inconducentes y las legalmente ineficaces"; pero esta disposición, por ser de carácter general, es decir, por referirse a toda clase de juicios, ordinarios y especiales, no le impone al juez el deber ineludible de calificar la conducencia o la eficacia de las pruebas ofrecidas por las partes, *precisamente*, en el momento mismo de decretarlas u ordenar practicarlas o diligenciarlas, sino que tal examen y calificación bien podría reservarse para hacerlos en la sentencia definitiva, cuanto más que en algunos casos, sobre todo cuando se trata de la prueba legalmente ineficaz, el juez estaría expuesto a prejuzgar respecto de la materia principal del litigio.

Pero bien, en el supuesto de que el artículo 596 citado impusiera al juez el deber, antes de decretar una prueba, de formarse un juicio sobre la conducencia y eficacia de la misma, no sería un argumento concluyente para que el auto que ordena practicarla se considere interlocutorio, porque por los mismos motivos y con el mismo razonamiento habría que concluir que el auto de admisión de una demanda en juicio ordinario, tiene la calidad de interlocutorio, por cuanto el artículo 738 del C. Judicial (éste sí en forma expresa) le ordena al juez rechazar la demanda cuando no reune los requisitos legales; y en consecuencia, habrá que concluír que como antes del auto de admisión, el juez anticipó una "virtual calificación" sobre el lleno de los requisitos legales, que sería "suficiente para otorgarle la calidad de interlocutorio", pero como esto no es así, pues no obstante la imposición del artículo 738 del C. Judicial, el auto que admite una demanda

será siempre de simple sustanciación, se concluye que el aparente argumento fundado en el artículo 596 del C. Judicial, resulta completamente ineficaz por probar demasiado.

No está por demás anotar que en los casos de los artículos 738 y 596 del Código Judicial, los autos que admiten la demanda o decretan la práctica de la prueba solicitada, serán siempre de simple sustanciación; pero como aquellas disposiciones, en armonía con lo dispuesto en el artículo 391 ibídem, "permiten discutir en el curso del juicio" una cuestión accidental, pueden dar origen a una providencia interlocutoria, como cuando el juez desecha una demanda por no ser competente, o porque considera ilegítima la personería de alguna de las presuntas partes, etc., o bien deniega la práctica de alguna prueba por considerarla inconducente o ineficaz; y en este caso se habrá presentado la oportunidad de resolver sobre una controversia accidental, permitida discutir por ley en el curso del respectivo juicio y que requiere una previa decisión, como no ocurre lo propio. cuando se admite la demanda o se decreta la prueba pedida por alguna de las partes.

Por lo tanto, como el auto que decreta las pruebas solicitadas por las partes es de simple sustanciación, no se ha incurrido en la causal de nulidad invocada en el auto apelado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, febrero diecinueve de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

Por apelación interpuesta por el fiscal, se procede a revisar el auto de fecha 3 de septiembre de 1.962, proferido en el juicio ordinario de la Compañía Fleischmann Colombiana Inc. contra la Nación, por la mayoría de la sala de decisión del tribunal superior de Cali, según el cual se declaró la nulidad de parte de lo actuado en el proceso, porque "....siendo el auto que decreta pruebas considerado como interlocutorio y por consiguiente, apelable ante la Corte Suprema de Justicia, debe ser proferido por el Tribunal en Sala Plural, al tenor de las disposiciones del artículo 87 del Código Judicial; por esta circunstancia, se ha incurrido en la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción, de que trata el numeral 1o. del artículo 448 del C. J., que es improrrogable, según el artículo 151 ibidem, y conforme con lo dispuesto por el artículo 460 del citado Código, insusceptible de permitir la revalidación de lo actuado". (fl. 50 C. No. 1o.).

Con tal fundamento, la mayoría de la sala declaró "la nulidad de todo lo actuado en este juicio, a partir del auto de 22 de marzo de 1.961, que decretó las pruebas, inclusive, en adelante"; aun cuando olvidó condenar al pago de las costas al funcionario responsable, de acuerdo con lo ordenado en el art. 458 del C. J.

Largo ha sido el debate para decidir si el auto que decreta las pruebas solicitadas por alguna de las partes, es de mera sustanciación, o interlocutorio, según la clasificación que trae el art. 466 del C. J., sin que se haya llegado a una solución definitiva, pues existen razones para sostener una u otra tesis, según lo anota el procurador delegado en lo civil en su extensa e interesante vista, quien llega a las siguientes conclusiones:

"Más, sea cualquiera la opinión que se imponga, la Procuraduría Delegada, desea destacar que el legislador dejó en libertad a los jueces para decidir el

carácter de las providencias no expresamente calificadas en el artículo 466 del Código Judicial y a ellos corresponde, en consecuencia, examinar la norma jurídica para interpretarla en armonía con todo el conjunto del sistema procesal y conformar a ella su conducta, teniendo en cuenta el fín perseguido al conferirse esa facultad". (fls. 13 y 14 C. No. 3o.).

Más adelante agrega: "En síntesis la Procuraduría Delegada cree que ante un punto tan controvertido, indefinido expresamente por la ley, y frente a la voluntad claramente manifestada por el legislador de someterlo a la calificación de los jueces, no puede ser motivo de nulidad, por incompetencia de jurisdicción, el presunto error de interpretación de un magistrado, libre para apreciar la naturaleza del auto que está obligado a dictar en su condición de funcionario jurisdiccional. A este respecto la Procuraduría comparte el concepto del Magistrado Salcedo Carrasquilla, quien en su salvamento de voto dice: 'Si bien la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Cali, resolvió hace poco tiempo firmar como interlocutorios, por la Sala de Decisión, los autos que decretan pruebas, en primera instancia, en vista de la disparidad de doctrinas y pareceres, no obstante ello no implica ni puede servir de fundamento para la declaración de nulidad en otros juicios en que tal auto hubiera sido proferido por Sala Singular, con la plena aceptación de las partes. (fls. 14 y 15 ib.).

I. Intencional exclusión. Con el fin de exponer las razones de la mayoría de la Sala para considerar como de sustanciación el auto que decreta pruebas, dentro de un juicio ordinario, conviene transcribir el numeral 2o. del art. 466 del C. J., con el objeto de fijar su verdadero alcance en cuanto atañe a la clasificación legal del auto materia del actual debate:

"Las resoluciones de carácter judicial se denominan autos y sentencias, y se clasifican así:

"1o.).....

"2o.) Autos interlocutorios, si resuelven algún incidente del juicio o determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, la inadmisión de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba, o la práctica de cualquiera de ellas, y todos los demás que contengan resoluciones análogas";

Desde luego, en la redacción de este aparte existe una elipsis, porque, para evitar inmediatas repeticiones, se omitió decir: ".....la denegación del recibimiento a prueba", o "la denegación de la práctica de cualquiera de ellas", pues no puede suponerse que el legislador pretendió establecer una equivalencia entre el concepto negativo en relación con el recibimiento a prueba, con el positivo de disponer la práctica de la prueba o pruebas pedidas, sino que tal equivalencia se estableció entre dos conceptos del mismo género, o sea, entre las dos denegaciones allí contenidas, la una expresa, la otra en forma tácita, pero no por eso menos clara respecto de la idea y de la norma expresada en la construcción gramatical analizada.

Además, no sería de recibo que se considerara como interlocutorio el auto que decreta una prueba, a la vez que se excluyera de tal clase o categoría el que deniega la práctica de alguna de ellas, con evidente y, en ocasiones, irreparable perjuicio para la parte afectada por la denegación.

La comisión redactora del actual C. de P. C., en varios pasajes de la exposición de motivos, expresamente alude a la Ley de Enjuiciamiento Civil de Es-

paña (LEC), como antecedente de aquel; de ahí que las normas de tal Código, en especial en cuanto a la clasificación de los autos y a los recursos contra ellos oponibles, sirvan para interpretar y aclarar las disposiciones de la Ley 105 de 1.931, como el memorado numeral 2o. del art. 466.

En efecto, el art. 369 de la LEC denomina Providencias a las resoluciones de los Tribunales y Juzgados, en negocios de carácter judicial, "cuando sean de tramitación", respecto de los cuales, el art. 376 ibidem dispone: "Contra las providencias de mera tramitación que dicten los Jueces de primera instancia, no se dará otro recurso que el de reposición, sin perjuicio del cual se llevará a efecto la providencia".

En cuanto concierne a nuestros autos interlocutorios, allá nominados simplemente AUTOS, el inciso 2o. del citado art. 369 continúa:

"Autos, cuando decidan incidentes o puntos que determinen la personalidad combatida de alguna de las partes, la competencia del Juzgado o Tribunal, la procedencia o improcedencia de la recusación, la repulsión de una demanda, la admisión o inadmisión de las excepciones, la inadmisión de la reconvención, la denegación del recibimiento a pruebas o de cualquier diligencia de ella, las que puedan producir a las partes un perjuicio irreparable, y las demás que decidan cualquier otro incidente, cuando no esté prevenido que se dicten en forma de sentencia".

Aparece también, en el aparte transcrito, que tiene la calidad de auto interlocutorio, ".....la denegación del recibimiento a prueba o de cualquiera diligencia de ella", vale decir, la denegación de la práctica de cualquier prueba, por cuanto la palabra diligencia, según el diccionario, significa "cuidado y actividad en ejecutar alguna cosa", como practicar una prueba.

En consecuencia, en la enumeración hecha por el numeral 2o. del art. 466 del C. J., gramatical e históricamente, comprende o clasifica como interlocutorio el auto que **deniega la práctica** de cualquiera de las pruebas solicitadas por alguna de las partes, excluyendo, intencionalmente, el que ordena practicarlas.

II. Analogía imposible. Sin embargo, se ha dicho que la emuneración contenida en el ordinal 2o. del art. 466 no es taxativa, como así se pone de manifiesto en el siguiente aparte de la exposición de motivos de la Comisión que redactó el actual C. de P. C.

" 'La clasificación de estas resoluciones es fundamental en el procedimiento, como que a ella están subordinadas las reglas sobre términos, forma de las notificaciones y recursos que puedan interponerse. Bajo la denominación de autos se comprenden, según el proyecto, los de sustanciación y los interlocutorios, reservando la de sentencia únicamente para las decisiones que recaen sobre lo principal del pleito. A falta de una fórmula precisa para definir los llamados autos interlocutorios, se hace una enumeración de ellos, la cual no tiene el carácter de limitativa, de suerte que corresponde a los Jueces resolver en los casos dudosos cuáles otras providencias, fuera de las enumeradas, y **por razon de analogía**, deben calificarse como interlocutorios," (Subraya la Sala).

Así, pues, una vez que el auto que acepta u ordena practicar una prueba no está comprendido en la enumeración del artículo citado, si el juez debe atenerse a los motivos o razones de analogía para resolver los casos dudosos,

según el decir de la propia Comisión, cabe preguntar: el auto que ordena practicar una prueba guarda analogía con el que deniega "la práctica de cualquiera de ellas"?.

Los jueces deben decidir los litigios, sin que puedan abstenerse de hacerlo alegando silencio o vacío de la ley, porque, presentándose hechos y situaciones totalmente imprevistas o aún imprevisibles para el legislador, no es raro ni difícil que no se encuentre una norma exactamente aplicable al caso; pero si el hecho o acto no lo pudo ignorar el legislador (como el auto que ordenaría practicar las pruebas pedidas), no puede hablarse de silencio o de una laguna de la legislación, sino de la tácita voluntad de excluir el caso de la norma, lo cual hace inaceptable la aplicación del principio de analogía.

"En ciertos casos -dice Enneccerus- la analogía puede ser excluída por voluntad del legislador, al menos en cuanto a los casos que él conoce y tuvo presentes cuando escogió, precisamente con esta intención, la estructura estrecha de la disposición. Entonces procede el llamado **argumento a contrario**".

Si el legislador de 1.931 no podía ignorar, al dictar o redactar el numeral 2o. del art. 466 del C. J., la existencia de la posible resolución judicial, en virtud de la cual se ordenaría practicar la prueba demandada, si no la mencionó, tuvo la intención de excluirla de la norma, vale decir, de considerar tal resolución como auto de mera sustanciación, porque inclusio unius, exclusio alterius est.

Pero bien, en la imposible hipótesis de que el legislador no hubiese previsto que el juez estuviese avocado a dictar un auto para ordenar la práctica de las pruebas suplicadas por las partes o por una de ellas, ni aún en semejante evento, sería aceptable la aplicación del procedimiento de analogía, "que consiste en la decisión de una controversia no decidida por la ley, argumentando con el espíritu de la misma, sobre la base de la semejanza de la relación no considerada, con otra que si lo ha sido" (Coviello- Doctrina General del Derecho Civil); porque no sería posible hallar semejanza, sino todo lo contrario, entre el auto que deniega la práctica de una prueba, con el que sí ordena practicarlas, ni las consecuencias en relación con las partes son las mismas, como se verá más adelante.

Por su parte, Salvat estima que cuando no existe una ley aplicable al caso debatido, "se recurre ante todo a la aplicación de leyes análogas, lo cual se funda en el principio que siendo las situaciones iguales, es posible que el legislador hubiera consagrado las misma regla y, por consiguiente, que establecida para una de las hipótesis, debe ser aplicada también a la otra"; en otras palabras, la aplicación del principio según el cual "ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet".

Sin embargo, en el presente caso tampoco puede decirse que las situaciones planteadas por los dos autos, el uno que decreta la prueba y el otro que la deniega, son iguales, porque, precisamente, se trata de dos proposiciones opuestas por contradicción, por cuanto no se puede afirmar, dentro de las normas de la lógica, que el auto que decreta una prueba es igual al que la deniega, pues sería tanto como aceptar que una cosa pueda ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto, con evidente desconocimiento del principio de contradicción.

En conclusión, dentro de los principios que rigen el sistema o procedimiento de analogía no puede predicarse que la resolución que decreta u ordena la práctica de una prueba le convenga el atributo de interlocutoria, o sea, no es

dable enumerarla dentro de las de tal clase o categoría, para los fines legales, en cuanto concierne a los recursos procedentes y a las formalidades que deben observarse al proferirla.

III. Resoluciones contingentes. Si se establece, además, cierta armonía o relación entre lo dispuesto en el art. 391 y el numeral 3o. del art. 466 del C. J., se llegará a la conclusión de que los autos interlocutorios son accidentales, como si dijéramos, puramente contingentes en el normal desarrollo del proceso; y, por el contrario, los de simple sustanciación son necesarios e indispensables en el regular desenvolvimiento del respectivo juicio.

En efecto, "son incidentes -dice el art. 391 del C. J.- Las controversias o cuestiones accidentales que la ley permite discutir en el curso del juicio y que requieren una decisión especial"; y el numeral 3o. del art. 466 dice que son "autos de sustanciación, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso progresivo a la actuación, dentro o fuera del juicio". (Subraya la Sala).

Así, pues, un juicio ordinario puede adelantarse sin que resuelva nada sobre la competencia del juez, la personería de las partes, si la demanda llena o no los requisitos previstos por la ley, si la prueba es conducente o no, si se ha incurrido en alguna causal de nulidad, etc. etc., pues todas las resoluciones que pudieran recaer sobre estas cuestiones son puramente eventuales, accidentales o contingentes; por el contrario, un juicio ordinario en primera instancia no podrá dársele "curso progresivo", si no se admite la demanda; si supuesta la oposición del demandado o las pretensiones del actor, no se recibe a prueba, se decretan las pedidas, se ordena correr en traslado el expediente a las partes para alegar y, en fin, si no se cita para sentencia, porque todas estas resoluciones pertenecen a las que "la ley establece para dar curso progresivo a la actuación", en los distintos artículos del Código como en éstos, tratándose de un juicio ordinario: 778, 739, 745, 746, 753, 754 del C. J.

El auto que decreta las pruebas pedidas no puede jamás considerarse como accidental o contingente, como tampoco requiere una decisión especial, es decir, fuera de la rutina del procedimiento respectivo, sino que contribuirá "a dar curso progresivo a la actuación", obvia caraterística de los autos de sustanciación, que no pierden tal carácter por el hecho de que deban ser pedidos o impetrados por la parte, pues son actos condiciones para provocar la actividad del juez, como ocurre con la presentación de la demanda (art. 205 C. J.), sin la cual no puede producirse el auto de admisión de ella.

IV. Gravámen irreparable. Otra característica que se asigna a los autos interlocutorios consiste en que pueden ocasionar un daño o perjuicio irreparable a las partes, lo cual no ocurre con los de simple sustanciación; y así bajo este punto de vista, el auto que decreta una prueba, aún suponiéndola inconducente, no causa ningún daño irreparable a las partes; sin embargo, no sucede lo propio con la denegación de la práctica de alguna de las pedidas por las partes, que pueden ver sus intereses definitivamente comprometidos y perjudicados por la equivocada denegación.

Sobre esta materia, la doctrina del Tribunal Supremo de España, a más de ser abundante y reiterada, resulta en extremo conveniente para esclarecer esta materia, por tratarse del Código que sirvió de guía o de inspiración a la Comisión redactora de la Ley 105 de 1.931.

"La desautorización de todo recurso contra los acuerdos que otorgue diligencias de prueba obedece a estimar que no puede sufrir perjuicios los intereses de la Justicia en que se practiquen elementos probatorios impertinentes, pues con ello no se ocasiona indefensión, cual parece ser lo que se trata de impedir en los supuestos contrarios para los que son facilitados recursos. (S. 27 nov. 1.941)".

"El criterio del legislador al redactar las leyes y el del juzgador al aplicarlas a los casos concretos es en materia de pruebas el concederlas siempre que sean pertinentes, reconociendo a los litigantes el derecho de recurrir cuando se denieguen y produzcan su indefensión; pero no se concede recurso cuando se admiten, pues entonces no existe denegación ni omisión; y como el actual recurso de quebrantamiento de forma se funda en la admisión de una prueba pericial, por imperio categórico de la ley hay que desestimarle, pues el juzgador no incurrió en error al interpretar el num. 5o. del art. 1693. (S 2 mar. 1925)". (Doctrina Procesal Civil del Tribunal Supremo, Tomo III, pág. 5556).

Esta Sala, en varias sentencias, como en la de fecha 18 de noviembre de 1.942 (G. J. Tomo LIV bis, pág. 410), ha dicho:

"El juez no puede negarse a decretar la práctica de pruebas que en tiempo hábil han pedido las partes, sino cuando se trata de las que son ostensible, notoriamente inconducentes. El momento de calificar el mèrito de ellas viene cuando se haya de pronunciar el fallo de fondo. Antes, no solo se incurriría en un prejuzgamiento, sino que podria exponerse a las partes al peligro de perder sus derechos, por el rechazo anticipado, por medio de una calificación que podría ser caprichosa, de los medios de defensa que les brindan las leyes".

V. Argumento que prueba demasiado. Para sostener que tiene la calidad de interlocutorio el auto que ordena practicar una prueba, se aduce como razòn o argumento el art. 596 del C. J., en cuanto allí se dispone que "las pruebas deben ceñirse al asunto materia de la decisión, y son inadmisibles las inconducentes y las legalmente ineficaces"; pero esta disposiciòn, por ser de carácter general, es decir, por referirse a toda clase de juicios, ordinarios y especiales, no le impone al juez el deber ineludible de calificar la conducencia o la eficacia de las pruebas ofrecidas por las partes, precisamente, en el momento mismo de decretarlas u ordenar practicarlas o diligenciarlas, sino que tal examen y calificación bien podría reservarse para hacerlos en la sentencia definitiva, cuanto más que en algunos casos, sobre todo cuanto se trata de la prueba legalmente ineficaz, el juez estaria expuesto a prejuzgar respecto de la materia principal del litigio.

Pero bien, en el supuesto de que el art. 596 citado impusiera al juez el deber, antes de decretar una prueba, de formarse un juicio sobre la conducencia y eficacia de la prueba, no sería un argumento concluyente para que el auto que ordena practicarla se considere interlocutorio, porque por los mismos motivos y con el mismo razonamiento habría que concluir que el auto de admisiòn de una demanda en juicio ordinario, tiene la calidad de interlocutorio, por cuanto el art. 738 del C. J. (éste sí en forma expresa) le ordena al juez rechazar la demanda cuando no reúne los requisitos legales; y en consecuencia, habrá que concluir que como antes del auto de admisión, el juez anticipó una "virtual calificación" sobre el lleno de los requisitos legales, que sería "suficiente para otorgarle la calidad de interlocutorio", pero como esto no es así, pues, no obstante la imposición del art. 738 del C. J., el auto que admite una demanda será siempre de simple sus-

tanciación, se concluye que el aparente argumento fundado en el art. 596 del C. J., resulta completamente ineficaz por probar demasiado.

Sin embargo, no está por demás anotar que en los casos de los arts. 738 y 596 del C. J., los autos que admiten la demanda o decretan la práctica de la prueba solicitada, serán siempre de simple sustanciación; pero como aquellas disposiciones, en armonía con lo previsto en el art. 391 ibidem, "permiten discutir en el curso del juicio" una cuestión accidental, pueden dar origen a una providencia interlocutoria, como cuando el juez desecha una demanda por no ser competente, o porque considera ilegítima la personería de alguna de las presuntas partes etc., o bien deniega la práctica de alguna prueba por considerarla inconducente o ineficaz; y en este caso se habrá presentado la oportunidad de resolver sobre una controversia accidental, permitida discutir por la ley en el curso del respectivo juicio y que requiere una previa decisión, como no ocurre lo propio cuando se admite la demanda o se decreta la prueba pedida por alguna de las partes.

Por lo tanto, como el auto que decreta las pruebas solicitadas por las partes es de simple sustanciación, no se ha incurrido en la causal de nulidad invocada en el auto apelado.

En mérito de lo expuesto, se REVOCA el auto de fecha tres de septiembre de 1.962 (fl. 50 C. No. 1o.), que infundadamente declaró la nulidad de lo actuado en este juicio.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Carlos Peláez Trujillo. - Ramiro Araújo Grau. - Efrén Osejo Peña. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García M., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. CARLOS PELAEZ TRUJILLO.

Como bien lo anota la providencia que hoy suscribo con salvamento de voto, "largo ha sido el debate para decidir si el auto que decreta las pruebas solicitadas por alguna de las partes es de mera sustanciación o interlocutorio, según la clasificación que trae el artículo 466 del Código Judicial, sin que se haya llegado a una solución definitiva, pues existen razones para sostener una u otra tesis".

Entre las dos encontradas opiniones, expuestas ambas por la Corte en varias providencias y sustentada cada una de ellas por doctrinantes ilustrados, la Sala de Negocios Generales, adhirió en auto de 10 de noviembre de 1.960 (G. J. XCIV, 422, 423), a la de que el auto que decreta pruebas es interlocutorio, en consideración a que en virtud de lo preceptuado en el artículo 596 del Código Judicial contiene la calificación en principio de la prueba ofrecida, y a que la función del interlocutorio es de verdadera dirección del juicio, en cuanto las resoluciones de esta especie lo enderezan hacia la adecuada solución mediante decisiones que contienen una calificación de elementos o actuaciones procesales, de modo que no se limitan a desarrollar formalmente el trámite sino que califican actos y situaciones jurídicas y seleccionan los elementos procesales que se entienden apropiados para los fines que la causa persigue.

Ahora, no obstante la juiciosa y muy bien razonada argumentación de la providencia que precede, continúo creyendo que el artículo 596 del Código Judicial, al disponer que son "**inadmisibles**" —esto es, que no deben **admitirse** o que deben rechazarse **ad limine**, no que no deben **apreciarse** o **estimarse** en la oportunidad debida— las pruebas inconducentes y las legalmente ineficaces, está invistiendo al juez de la facultad de hacer en el auto que las decreta la calificación correspondiente y la selección de tales elementos procesales —acaso los más fundamentales para los fines que la causa persigue—, así sea en principio solamente y aunque el juez no deba hacer uso de esa facultad sino de manera ponderada y discreta —sólo cuando la inconducencia o la ineficacia legal de la prueba son ostensibles o notorias— para evitar coartar derechos de las partes o entrar en consideraciones que podrían llevarlo a prejuzgar sobre lo substancial de la acción como tantas veces lo ha enseñado la Corte; pero en todo caso, esa cualidad de seleccionar los medios de prueba propia del auto que las decreta quita a éste la condición de providencia de simple trámite, a la cual supera por su función directriz en el proceso que es la que distingue al interlocutorio realmente del auto de mera sustanciación.

Con esta salvedad he firmado la providencia anterior.

Fecha ut supra.

PETROLEOS. EL REQUISITO DE LA IDENTIFICACION DE LOS PREDIOS. LA PRUEBA PERICIAL.

1. Qué se requiere en juicios de petróleos para que pueda darse por cumplido el requisito de la identificación de los predios. 2. Lo que al perito se le exige no es, como sí al testigo, una simple noticia sobre la materialidad de los hechos, sino un juicio o concepto técnico formado con aplicación de principios científicos o de conocimientos especializados. En cuanto a las pruebas que los peritos pueden tener en cuenta como elementos de juicio, son únicamente las recibidas en forma regular dentro de la causa, no las que ellos alleguen por su propia cuenta sin sujeción a las normas que en la ley disciplinan su aducción.

1. Condición de esta especie de acciones -ha dicho reiteradamente la Corte- es que el inmueble singularizado en la demanda tenga una individualidad física que corresponda a la descrita en el libelo y en los títulos, la que no es dable conocer cuando los respectivos lindes no son absolutamente claros y precisos sino mediante su localización sobre el terreno y su reconocimiento e identificación en él. La determinación e identificación de un predio -ha sido el criterio constante de la Corte- no depende por lo general de que aparezca descrito por sus linderos en los títulos, sino, cuando median circunstancias susceptibles de inducir a error, de que esa descripción abstracta coincida con una realidad geográfica y topográfica, y que tal coincidencia aparezca procesalmente establecida con medios probatorios idóneos.

2. Para hacer la identificación del área, la parte actora se abstuvo de solicitar la práctica de la inspección ocular, en cambio, pidió e hizo practicar una peritación, cuyas conclusiones son favorables a sus pretensiones. Se destaca en ella que los peritos llegan al resultado de que los predios a que aluden son los mismos descritos en la demanda, y que se hallan comprendidos dentro del perímetro de la propuesta, por el conocimiento personal que tienen de la región y las informaciones que obtuvieron de personas allí residentes; pero lo que al perito se exige no es, como sí al testigo, una simple noticia sobre la materialidad de los hechos, sino un juicio o concepto técnico formado con aplicación de principios científicos o de conocimientos especializados, que es lo que se echa menos en este dictamen en que los peritos se limitan a fundamentar su parecer en referencias de personas que no han rendido declaración ante autoridad competènte con las formalidades que la ley señala, y en el conocimiento personal que los mismos peritos dicen tener de hechos materiales respecto de los cuales sus afirmaciones no pueden ser apreciadas ni aún como testimonios por no haber sido recibidos con las formalidades propias de esta especie probatoria. La narración de hechos o cosas de los que se ha tenido noticia sin servirse del conocimiento anterior de ciencia, arte u oficio o de una materia determinada es propia de la prueba testimonial, más

no de la pericial que supone la utilización de un proceso de análisis racional y de un procedimiento o un método técnico o científico para llegar al resultado que se da por verdadero. Al testigo se le pide únicamente que evoque o haga memoria de los hechos; al perito que los aprecie y sobre ellos emita un juicio lógico tomando en consideración ciertas premisas. Y en cuanto a las pruebas que los peritos pueden tener en cuenta como elementos de juicio, son únicamente las recibidas en forma regular dentro de la causa, no las que ellos alleguen por cuenta propia sin sujeción a las normas que en la ley disciplinan su aducción. En el caso de autos, no se le puede reconocer al dictamen pericial mérito probatorio, debido a su deficiente fundamentación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, veintitrés de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

Se decide en segunda instancia el juicio ordinario provocado a la Nación por el municipio de San Sebastián de Buenavista, del departamento del Magdalena, ante el Tribunal Superior de Santa Marta, en el cual la parte opositora estuvo representada, en primera instancia por el señor fiscal de aquella corporación, y en la segunda por el señor procurador delegado en lo civil. En la respectiva demanda el actor solicita las siguientes declaraciones:

"Primera. Que pertenecen al municipio de San Sebastián de Buenavista, en el departamento del Magdalena, la legua de tierra que le fue cedida a los vecinos del sitio de San Sebastián de Buenavista y las dos caballerías de tierras que fueron donadas a los mismos vecinos por el doctor don Fernando Félix del Carmen Guerrero, situadas en jurisdicción de dicho sitio, hoy del expresado municipio, en el Departamento del Magdalena, y se encuentran comprendidas por los linderos descritos en los hechos o numerales quinto, sexto, séptimo y duodécimo de esta demanda.

"Segunda. Que la propiedad del citado municipio de San Sebastián de Buenavista comprende el suelo y el subsuelo así como el petróleo y demás hidrocarburos que existen en los terrenos de dicha legua de tierra, resguardo o ejidos y de las mencionadas dos caballerías de tierras.

"Tercera. Que la Nación carece de derecho para explorar y explotar los petróleos y demás hidrocarburos que se encuentren dentro de los terrenos de la propiedad privada de las susodichas legua de tierra y dos caballerías de tierras, determinados en los hechos o numerales quinto, sexto, séptimo y duodécimo de esta demanda, y para contratar tal exploración y explotación con el señor Enrique Cortés, o con cualquiera otra persona natural o juridica".

La relación fáctica que sustenta la acción consta de veintiseis ordinales, de los cuales, en el primero se hace la afirmación de que el virrey don Sebastián de Eslava hizo cesión de una legua de tierra a los vecinos o pobladores del sitio de San Sebastián de Buenavista y que el doctor don Fernando Félix del Carmen Guerrero donó igualmente a los mismos pobladores dos caballerías de tierras con destino a sus ganados y labranzas; en el segundo se transcribe la autorización que el mismo virrey da el 23 de febrero de 1.748 al gobernador de la provincia

de Santa Marta, don José Fernando de Mier para asignar a cada una de las poblaciones San Sebastiàn de Buenavista y San Vicente Ferrer de Cascajal una legua de tierra en torno, con la advertencia de que de "haber dentro de ellas algún anegadizo, caso de que impidiese su respectiva comodidad, se compensará en la parte contigua que juzgue conveniente, y luego se pondrán fijos linderos, que en todo tiempo justifiquen la pertenencia de las tierras comunes de que dará posesión a los vecindarios"; en el tercero se transcribe parte de una providencia con que, el 6 de abril de 1.748, el gobernador don José Fernando de Mier inicia la respectiva actuación y ordena practicar las diligencias conducentes a dar cumplimiento a las disposiciones del virrey Eslava; el cuarto se refiere a la orden dada por el ya nombrado gobernador de verificar el reconocimiento de las tierras, con señalamiento del 8 de julio de 1.748 para dar principio a la diligencia; en los ordinales quinto, sexto, séptimo y octavo se transcriben las actas de reconocimiento, deslinde y posesión de las tierras, y en ellas aparecen delimitadas en la siguiente forma: "Llevando como llevaban en la mano los instrumentos de las dos caballerías de tierras que a mis súplicas y ruegos les donó el año próximo pasado el doctor don Fernando Fèlix del Carmen Guerrero, vicario juez eclesiástico de la villa de Mompox y puestos los linderos, que expresa 'por la parte de arriba ciénagas y desaguaderos del caño de Menchiquejo, y por la de abajo por donde hoy mismo está esta fundación corrimos a solicitar el palo del Tamaco que está por la parte de abajo márgenes del Río Grande de la Magdalena especulando las puntas y ciénagas de Carrillo, que expresan dichos títulos, y habiendo visto y reconocido que éstas no admitían comodidad alguna por ser todos bajíos, ciénagas, encenadas, rincones y caños, rabonos comunicables de una ciénaga a otras que se circundan de barro a su frente la expresada fundación que ni por la parte de arriba ni por la de abajo se podía utilizar medidas de tierras por sus dilatadas ciénagas que confinan las unas y las mas hasta la sabana de los Boquerones, fue necesario coger los girones o puntas que decienden de la tierra firme caminando hacia el oriente en donde encontramos la que nombran de PATO que la atravesamos por su playón anegadizo de donde por el mismo rumbo seguimos hasta otra punta que se dice de BARRO, y de ahí siempre por sus playones anegadizos a trabajar la que se nombra de LA ANGOSTURA DEL VELADERO, orillando el playón de LA CANDELARIA a otra punta que llaman de BELLO en donde y por los registrados playones encontramos pastando algunos ganados de los vecinos de este sitio de San Sebastián, y de ahí proseguimos por dicho playón anegadizo a coger la punta de VENERO y donde dicen LAS DOS PALMAS confinando con la ciénaga grande de LA RINCONADA en cuyo paraje encontramos un rancho y en èl a don Juan Gálvez (....) Desde la punta referida de VENERO, quedando sobre la derecha la ciènaga, principales que iban expresadas, y entrando en un guadual, tierras de bajíos y anegadiza tambièn por los caños que la desaguan al fin (comido) mos a una sabana de peralejo, y habiéndola registrado toda, conocimos que su ancho poco mas o menos alcanzara a media legua, y poco mas de largo, y previno la incomodidad de las puntas, que no dieron lugar a señalar linderos, por las muchas ciénagas que atravesamos ni por el un costado ni el otro, fue necesario arreglándome al despacho de su excelencia que está por cabeza de estos autos llegar al Rincón sobre la derecha de dicha sabana, que está confinando con monte que llaman de Juan Congo, donde se puso por lindero a orillas del caño que nombran Peralejo una cruz en un palo grande, y caminando por la sabana cercada de monte a modos de callos, llegamos al rincón de dicho guadual, y por la parte de abajo pusieron por lindero otra cruz y respecto de que por los apuntes de las varas que mensuraban quedó completa

con esta sabana y puntas hasta el Pálmar que nombran de Carrillo la legua de resguardo que el superior orden del excelentísimo señor Virrey me previene dé a dicho sitio de San Sebastián por vía de egidos, pastos comunes y labranzas (.....)"; el noveno contiene un atestado sobre la concordancia de los títulos de adquisición con los de los ejidos de San Sebastián de Buenavista; los ordinales décimo a decimoséptimo dan cuenta de la actuación cumplida y las diligencias practicadas entre los años de 1.793 y 1.836 para amparar a los vecinos de San Sebastián en la posesión de los terrenos; por el décimo octavo se sabe que los respectivos títulos, terminada aquella actuación, fueron devueltos a sus dueños en desarrollo de la ley de 28 de septiembre de 1.866 "sobre deslinde y formación del catastro de las tierras baldías de la Nación"; en el décimo nono se informa que los títulos que acreditan la propiedad del municipio fueron protocolizados en la notaría de Mompós por instrumento público número veintinueve de quince de julio de mil ocho cientos noventa, registrada en la correspondiente oficina de El Banco; los ordinales vigésimo y vigésimo primero no enuncian hechos sino cuestiones de derecho que son precisamente las sobre que versa la sentencia; en el vigésimo segundo se alude a la posesión de los terrenos objeto de la demanda ha venido distrutando el municipio demandante; en el vigésimo tercero se afirma que la Nación, por medio de resolución dictada por el ministerio de minas y petróleos el 28 de junio de 1.944, admitió, conforme al aviso publicado en el Diario Oficial número 25599 de 22 de julio del mismo año, la propuesta de contrato formulada por Enrique Cortés para la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional en un globo de tierras de cuarenta y nueve mil novecientas cincuenta y cuatro hectáreas y cuatro mil setecientos treinta y dos metros cuadrados, comprendido dentro de los siguientes linderos: "Se toma como punto de referencia el señalado en el plano topográfico con los signos M-2, en el paraje llamado La Palestina, en el punto arcifinio, estable e inequívoco, consistente en la unión de la quebrada El Ocho con la quebrada Miranda, y cuyas coordenadas geográficas son: Latitud, nueve grados, veinticuatro minutos, diez segundos y setenta y tres centésimas de segundo Norte (9o 24' 10" 73); longitud, setenta y cuatro grados, siete minutos, cincuenta y tres segundos y dos centésimas de segundo al Oeste del meridiano de Creenwich (74o 08' 53" 02 W), o cero grados, tres minutos, un segundo y veintisiete centésimas de segundo (0° 01" 27 W.) al Oeste del meridiano de Bogotá. Tomando dicho punto de referencia M-2, como base, se sigue una recta de cuatro mil veintiséis (sic) metros y setenta y seis centímetros (sic) (4.0 26, 76 mts.) de longitud, con rumbo de cero grados, cuarenta y seis minutos, veintisiete segundos y una décima de segundo al Suroeste (S. 0° 46' 27" 1 W), hasta el punto señalado en el plano con la letra H, que es el primer vértice del polígono; de este punto se sigue una línea recta con runbo de treinta y siete grados treinta minutos al Suroeste (S. 37o 30' W.), y con catorce mil setecientos setenta metros (14.770 mts.) de longitud, hasta el punto 1; del cual se sigue otra línea recta de cinco mil trescientos ochenta metros (5.380 ms.) de longitud, con rumbo de cuarenta grados y treinta minutos al Noroeste (N. 40o 30' W.), hasta el punto j; luégo se sigue otra línea recta con rumbo de seis grados y quince minutos al Suroeste (S. 6o 15' W.) y con longitud de nueve mil setecientos veinte metros (9.720 mts.) hasta el punto K; de aquí, se sigue otra línea recta con rumbo de setenta y ocho grados y cinco minutos al Suroeste (S. 78o 05' W.), y longitud de tres mil novecientos treinta metros (3.930 mts.) hasta el punto L; de este punto se sigue por la orilla derecha del caño de Monpós río (Magdalena), aguas abajo, hasta el punto señalado en el plano con la letra M; la recta que une los puntos L y M tiene un rumbo de sesenta y cuatro grados y cuarenta minu-

tos al Noroeste (N. 64° 40, W.) y una longitud de quince mil seiscientos ochenta metros (15.680 mts.); del punto M se sigue otra línea recta con rumbo de tres grados y cuarenta y cinco minutos al Nordeste (N. 3° 45' E.), y con una longitud de once mil ochocientos metros (11.800 mts.) hasta el punto N; de aquí se sigue otra línea recta con rumbo de cuarenta y cuatro grados y cincuenta y cinco minutos al Nordeste (N. 44° 55' E.), y con longitud de ocho mil setecientos diez y nueve metros y noventa y ocho centímetros (8.719.98 mts.) hasta el punto O; del cual se continúa otra línea recta con rumbo de cincuenta y nueve grados y cincuenta y cinco minutos al Sureste (S. 59° 55' E.)., y con longitud de doce mil trescientos noventa y cinco metros y sesenta y dos centímetros (12.395,62 mts.) hasta el punto P; de este último se sigue otra línea recta con rumbo de 24 grados y veinte minutos al Nordeste (N. 24° 20' E.), y con una longitud de nueve mil metros (9.000 mts.) hasta el punto Q; de aquí se sigue otra línea recta con rumbo de cincuenta grados, dos minutos y 20 segundos al Sureste (S. 50° 02' 20" E.) y con una longitud de trece mil trescientos cuatro metros y noventa y siete centímetros (13.304.97 mts.) hasta llegar al punto de partida, señalado con la letra H, con lo cual se cierra el perímetro. Los rumbos indicados son verdaderos o astronómicos"; el vigésimo cuarto y el vigésimo quinto se refieren a cuestiones de derecho impertinentes en la relación fáctica del libelo; y en el vigésimo sexto o último se alude a la circunstancia de haberse presentado la demanda dentro del término indicado en el artículo 5o. de la ley 160 de 1.936.

Con la demanda se trajo a los autos copia de la escritura pública número veintinueve de quince de julio de mil ochocientos noventa, de la Notaría de Mompós, por medio de la cual aparecen protocolizados los documentos que en concepto de la parte actora acreditan que los inmuebles a que se refiere la demanda salieron del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873.

De la demanda se dio traslado al señor fiscal del Tribunal Superior de Santa Marta, quien la contestó oponiéndose a la acción y manifestando no constarle los hechos en que se funda, salvo el a que se refiere el ordinal vigésimo tercero, el cual acepta.

Durante el término de pruebas, en la primera instancia, las partes solicitaron e hicieron practicar las siguientes:

LA ACTORA

1) La expedición y agregación a los autos de una copia auténtica, compulsada por el ministerio de minas y petróleos, del plano acompañado a la propuesta de contrato para la exploración y explotación de hidrocarburos presentada por el señor Enrique Cortés y registrada en el ministerio con el número 175.

2) Una peritación con el fin de establecer si la legua de tierra cedida por orden del virrey don Sebastián de Eslava y las dos caballerías donadas por don Fernando Félix del Carmen Guerrero se hallan comprendidas total o parcialmente dentro del perímetro de aquella propuesta.

3) La certificación del Registro Público que acredite la tradición de los expresados inmuebles y la inscripción de sus títulos.

4) Los testimonios de los señores Gregorio Camargo, Ricardo Rubio, Teófilo Rojas, Primitivo Paba y Simeón León sobre la explotación económica de

los terrenos objeto de la demanda y la posesión material que en ellos alega el municipio de San Sebastián de Buenavista.

LA OPOSITORA:

La certificación del ministerio de minas y petróleos sobre existencia de una oposición a la propuesta de contrato formulada ante ese despacho por el municipio demandante y sobre los plazos para oponerse ante el ministerio y para incoar el juicio ordinario ante la Corte y sus respectivos vencimientos.

El tribunal a quo profirió fallo el veintiuno de abril de mil novecientos cincuenta y dos; pero llegado el negocio a la Sala de Negocios Generales en apelación de dicha providencia, interpuesta por la parte actora en el juicio, esta corporación declaró la nulidad de la actuación a partir de la sentencia, por aparecer firmada solamente por tres de los seis magistrados del Tribunal, en consideración a que éste no se hallaba dividido en dos salas y a lo previsto en el artículo 77 del Código Judicial.

Vuelto el asunto al Tribunal, èste lo resolvió en sentencia de siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres, en la cual niega las peticiones de la demanda por haber encontrado insuficientes los documentos invocados y aducidos por la parte actora para acreditar que los terrenos a que se refiere el libelo salieron del dominio público con anterioridad al 28 de octubre de 1.873.

Contra esta última providencia el actor interpuso el recurso de apelación que se procede a decidir, agotado como se halla el trámite de segunda instancia después de varias incidencias que demoraron el juicio, entre ellas el haberlo retenido el actor durante mas de tres años para alegar de conclusión.

1. Condición de esta especie de acciones -ha dicho reiteradamente la Sala- es que el inmueble singularizado en la demanda tenga una individualidad física que corresponda a la descrita en el libelo y en los títulos, la que no es dable conocer cuando los respectivos lindes no son absolutamente claros y precisos sino mediante su localización sobre el terreno y su reconocimiento e identificación en èl. La determinación e identificación de un predio -ha sido criterio constante de la Corte- no depende por lo general de que aparezca descrito por sus linderos en los títulos, sino, cuando median circunstancias susceptibles de inducir a error, de que esa descripción abstracta coincida con una realidad geográfica y topográfica, y que tal coincidencia aparezca procesalmente establecida con medios probatorios idòneos.

2. En el caso de las tierras cedidas por orden del virrey Eslava y de las donadas por don Fernando Félix del Carmen Guerrero a los vecinos de San Sebastián de Buenavista, la determinación de los terrenos se hizo con tal vaguedad, que de la lectura del acta de la diligencia practicada por el gobernador don José Fernando de Mier no se saca en claro siquiera si dentro del perímetro alindado en aquella diligencia quedó o nó comprendida la legua de tierra a que se refería la orden del virrey: en el acta se expresa, en efecto: "....(y dijeron (los vecinos de San Sebastián) que la dicha posesión (la de la legua de tierra) me sirviera darla sin perjuicio de las dos caballerías de tierras que a mis instancias, súplicas y ruegos les donó en veintitrés de junio del año próximo pasado el doctor Fernando Fèlix del Carmen Guerrrero, vicario juez eclesiàstico de la Villa de Mompox, que corrían desde un árbol llamado tamaco (.....); y como en seguida

continúa la descripción de un sólo globo de tierras que es, según se acaba de ver, el de las dos caballerías, parece ser que dentro del alindamiento general de éstas hubiese quedado comprendida la legua de terreno en referencia, sin que en ninguna otra parte aparezca deslindada por separado, o sea, que no hay dato alguno que esclarezca el equívoco. Por otra parte, la alinderación aparece trazada por grandes ciènagas y playones extensos que, por haberse dejado a veces fuera del perímetro a causa de su inutilidad y de la dificultad de tomar medidas en ellos, según reza el acta, y también por la omisión de líneas y de rumbos bien definidos, no permiten siquiera la localización de los dos predios, menos aún su identificación por medio distinto del reconocimiento del terreno, mayormente cuando la mayoría de los puntos de referencia que citan los documentos invocados como títulos y la demanda requieren identificación con el auxilio de conocedores o vaqueanos, por ser completamente desconocidos ya que ni aún en el plano traído a los autos figuran. Y si es confuso el alindamiento descrito en el acta de la diligencia practicada por el gobernador José Fernando de Mier, no lo es menos el consignado en una providencia de 27 de mayo de 1.836, dictada con motivo de la solicitud de amparo formulada por los vecinos de San Sebastiàn de Buenavista, ya que la enunciación de que los terrenos se hallan delimitados "por la parte de arriba del monte que nombran Juan Congo a orillas del caño de Peralejo, allì al rincón de la sabana de Peralejo llamado el Guadual, de éste a la punta de Venero, y de aquí comprendiendo la punta de Bello, la de la Angostura del Veladero, los del Barro y sus puntas hasta las orillas y punta de Pato hasta llegar a las ciénagas de la Angostura, derramadero del caño de Menchiquejo (.....), desechándose las tierras bajías y anegadizas que se consideraron como inútiles, y por abajo, después de varias ciénagas y desaguaderos del caño de Menchiquejo hasta llegar al palo del Tamaco que está a las márgenes del río Magdalena", ya que tal enunciación de lindes, se repite, no da a conocer el inmueble descrito, puesto que en el expediente no aparecen datos que sirvan para ubicar de manera siquiera aproximada los principales puntos de referencia ni se sabe cuáles fueron las tierras excluídas por inútiles.

3. Para hacer la identificación del àrea la parte actora se abstuvo de solicitar la práctica de inspección ocular. En cambio, pidió e hizo practicar una peritación, cuyas conclusiones favorables a las pretensiones del actor se fundan en consideraciones del siguiente tenor:

"No aparece en el plano de la propuesta de concesión localizado ni el Monte de Congo, ni el rincón de Guadual, ni la Punta de Benero, ni ningún otro de los puntos que determinan la legua del Resguardo a excepción de desparramaderos del Caño de Menchiquejo que es lindero comùn a las dos titulaciones. Pero es muy significativo que habiendo pedido el Alcalde de San Sebastián que se les amparara en la posesión precisamente de las tierras objeto de este estudio la providencia dictada el 27 de mayo de 1.836 por las autoridades de Plato hubiesen dado lugar a que el Alcalde de San Sebastián hubiera notificado dicha providencia al Alcalde del Distrito Parroquial de Benero. Benero, Caserío de la jurisdicción del Municipio de San Sebastián y que actualmente se encuentra ubicado en la orilla de la ciènaga de la Rinconada en la desembocadura del Caño de Corazones y que no aparece localizado en el plano de la Concesión, cuando aparecen caseríos como La Pacha, Las Margaritas, Ricaurte y otros de igual importancia. La Punta de Benero fue el único lugar en que don Fernando de Mier y Guerra encontró un rancho con pobladores; "Visita de reconcimiento de tierra" efectuada el 8 de julio de 1.748" allí se encontraba el señor Juan Gálvez con

sus dos hijos, un zambo que le servía de concertado y don Domingo Rangel viviendo en un rancho y quienes pidieron se les incluyera en la mensura alegando la ocupación con ganado y los muchos trabajos sufridos con las incursiones de los indios bárbaros".

"El suscrito perito Arturo Paba, conoce desde su niñez las tierras objeto de este estudio y le consta que están ocupadas con cultivos y ganados. En los alrededores de los desparramaderos del Caño de Menchiquejo existe un caserío que se llama Los Galvis y varios playones además de los nombrados en el título en que apastan en verano los ganados que en invierno se mantienen en los potreros del camino de la trocha y de las tierras altas.

"Por el derrotero seguido desde la Punta de Benero hasta llegar a los desparramaderos del Caño de Menchiquejo por las informaciones adquiridas y por nuestro reconocimiento personal, se concluye facilmente que este globo de tierras es contiguo al de las dos caballerías de tierras ya localizadas; que se encontraba al oriente de los desparramaderos del Caño de Menchiquejo confinando por el sur con la ciénaga Grande de la Rinconada, como se deduce de la diligencia visita y reconocimiento tantas veces citada.

"No es pues aventurado afirmar que la Punta de Benero a que se refieren los títulos y actual caserío llamados simplemente Benero sean el mismo Paraje, ya que uno y otro se encuentran en la orilla de la ciénaga de la Rinconada, y en el intermedio de este punto y los desparramaderos del Caño de Menchiquejo que se encuentra "La Punda de Bello" El Playón de Candelaria y las Puntas de Pato y de Barro. Además, las informaciones recogidas en el propio terreno localizan las sabanas de Peralejo al nordeste del actual caserío de Benero en jurisdicción del Municipio de Guamal, posición ésta que confirma nuestro acerto de ser uno mismo el paraje que en los títulos se denominan Punta de Benero y que sirvió de lindero y el actual caserío llamado Benero.

"De todo lo expuesto concluimos: El globo de las dos caballerías de tierras donadas a los vecinos o pobladores de San Sebastián se encuentra localizado dentro del plano de propuesta de concesión presentada al Gobierno Nacional por el señor Enrique Cortés R. con salvedad de la parte que se encuentra a la izquierda del alineamiento "L-M".

"El globo de tierra que forma la legua del Resguado que para los vecinos o pobladores de San Sebastián otorgó su Excelencia el Virrey del Reino don Sebastián de Eslava, es contiguo a la anterior, tiene los desparramaderos del Caño de Menchiquejo como lindero común con él y se encuentra dentro del plano de la propuesta de concesión presentada por el señor Enrique Cortés R., salvo la parte interceptada por el alineamiento "J-K"."

4. Se destaca en la anterior peritación que los peritos llegan a la conclusión de que los predios a que aluden son los mismos descritos en la demanda, y que se hallan comprendidos dentro del perímetro de la propuesta, por el conocimiento personal que tienen de la región y las informaciones que obtuvieron de personas allí residentes; pero lo que al perito se exige no es, como sí al testigo, una simple noticia sobre la materialidad de los hechos, sino un juicio o concepto técnico formado con aplicación de principios científicos o de conocimientos especializados, que es lo que se echa menos en este dictamen en que los peritos se limitan a fundamentar su parecer en referencias de personas que no han rendido declaración ante autoridad competente con las formalidades que la ley se

ñala, y en el conocimiento personal que los mismos peritos dicen tener de hechos materiales respecto de los cuales sus afirmaciones no pueden ser apreciadas ni aún como testimonios por no haber sido recibidos con las formalidades propias de esta especie probatoria. La narración de hechos o cosas de los que se ha tenido noticia sin servirse del conocimiento anterior de ciencia, arte u oficio o de una materia determinada es propia de la prueba testifical, mas no de la pericial que supone la utilización de un proceso de análisis racional y de un procedimiento o un método técnico o científico para llegar al resultado que se da por verdadero. Al testigo se le pide únicamente que evoque o haga memoria de los hechos; al perito que los aprecie y sobre ellos emita un juicio lógico tomando en consideración ciertas premisas. Y cuanto a las pruebas que los peritos pueden tener en cuenta como elementos de juicio, son únicamente las recibidas en forma regular dentro de la causa, no las que ellos alleguen por cuenta propia sin sujeción a las normas que en la ley disciplinan su aducción.

5. El único punto de referencia sobre cuya localización el parecer de los peritos no se funda solamente en datos extraños al proceso y en su conocimiento personal, es la llamada punta de Venero, pero ella sola no basta para determinar la situación del inmueble o los inmuebles, ni el dictamen ofrece suficiente fuerza de convicción en lo que a dicha localización concierne, pues que de la circunstancia de que un caserío lleve hoy el nombre de Venero no se sigue con certeza que donde él se encuentra situado se hallase precisamente el lindero arcifinio que lleve la misma denominación; y la notificación a que aluden los peritos para reforzar su concepto al respecto cuando mas indica que los predios comprenden también tierras correspondientes al nombrado municipio.

6. Bastan estas razones para no reconocerle mérito probatorio al dictamen pericial, debido a su fundamentación deficiente, y para confirmar el fallo de primer grado sin entrar en el examen de los documentos presentados por la parte actora para acreditar propiedad privada del subsuelo petrolífero, ya que es doctrina de la Corte que la no comprobación de elementos tan fundamentales como la identidad del inmueble y la superposición de las áreas exime al fallador de entrar en aquel estudio.

Consiguientemente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Santa Marta el siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres.

No se hace condenación en costas por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese, envíese copia al Ministerio de Minas y Petróleos, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen,

Carlos PeláezTrujillo. - Ramiro Araújo Grau. - Efrén Osejo Peña. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.

INSPECCION OCULAR PRACTICADA POR MEDIO DE JUEZ COMISIONADO.

El Artículo 726 del Código Judicial, al paso que establece la regla general de la facultad del juez para comisionar, le impone sin embargo la restricción de que cuando una de las partes lo pide, debe practicar directamente la diligencia. No señala la ley la oportunidad para formular esa petición.

Solicitada por el Señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja a esta Corporación la práctica de una diligencia extrajuicio de inspección ocular, el Tribunal decretó la prueba pedida, pero como hubiese comisionado para verificar la diligencia, consistente en identificar ciertos globos de terreno, al señor Juez Civil de Guateque, el fiscal apeló de la respectiva providencia, no sin haber interpuesto como principal el recurso de reposición que no prosperó, para obtener que la diligencia sea practicada directamente por el Tribunal.

Como puede observarse de la norma contenida en el artículo 726 del Código Judicial, la ley, que evidentemente establece la regla general de la facultad del juez para comisionar, le impone sin embargo la restricción de que cuando una de las partes lo pide debe practicar directamente la diligencia, sin comisionar para ello a otro funcionario. No señala la ley la oportunidad para hácer la petición, por lo cual debe entenderse que hay libertad para hacerla dentro de cualquiera de los períodos que la misma ley indica para solicitar las pruebas y para practicarlas, cuando hay lugar a un término de esta especie. Por la circunstancia de que no haya sido formulada *ab initio*, al postular la prueba, no se sigue que se renuncie al derecho de obtener que el reconocimiento se haga por el mismo juzgador, del mismo modo que la omisión de una prueba en el memorial petitorio no puede interpretarse como renuncia a pedir la que se omitió, mientras no expire el plazo que la ley establece para postularlas. No debe olvidarse, por otra parte, que si bien la ley faculta al juez para comisionar cuando así lo exijan razones de economía procesal u otras circunstancias, la eficacia de la prueba reposa también en alto grado en la intervención directa del juzgador para producirla, al extremo de que el de la inmediación es principio dominante en materia probatoria.

Verdad es que la providencia recurrida fue proferida conforme a facultad legal acordada al juzgador para comisionar, por lo cual no podría afirmarse que es violatoria de una norma positiva; pero pedida su reforma por una de las partes en ejercicio del derecho que le confiere el artículo 726 *in fine* del Código Judicial, el Tribunal estaba en el deber de acceder a esta reforma, por lo cual la resolución apelada es susceptible de enmienda en el sentido indicado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

El señor fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por comisión del señor Procurador General de la Nación, quien a la vez obraba debidamente autorizado por el Gobierno Nacional, solicitó de aquella corporación la práctica de una diligencia extrajuicio de inspección ocular, con intervención de peritos y citación de la compañía "Chivor Esmerald Mines Inc.", a fin de identificar los globos de tierra donde se encuentran las minas denominadas "Chivor No. 1 y "Chivor No. 2" y de esclarecer otras cuestiones relacionadas con las mismas minas.

El Tribunal decretó la prueba solicitada; pero como hubiese comisionado para verificar la diligencia al juez civil del circuito de Guateque, el fiscal apeló de la respectiva providencia, no sin haber interpuesto como principal el recurso de reposición que no prosperó, para obtener que la diligencia sea practicada directamente por el Tribunal.

Para sustentar la negativa a reponer el auto objeto del recurso expresa el Tribunal que el funcionario que decreta un reconocimiento judicial puede, por regla general, comisionar para el cumplimiento de la diligencia, salvo casos de excepción; que el artículo 726 del Código Judicial deja al arbitrio del juez comisionar o no con la restricción de que alguna de las partes exija que la diligencia se practique por el mismo juzgador; que se entiende que quien solicita la prueba sin pedir expresamente al funcionario que la lleve a cabo sin recurrir a comisión, es porque renuncia tácitamente a ese derecho; que las decisiones judiciales no se reponen sino cuando no han sido dictadas conforme a la ley o cuando no se ciñen a lo pedido, lo que no ocurre en el caso de la providencia apelada en que el Tribunal se atuvo a lo dispuesto en el artículo 726 citado y accedió a todo lo pedido por la parte que pidió el reconocimiento judicial.

El artículo 726 mencionado dispone:

"Cuando la inspección ha de practicarse fuera del territorio de la jurisdicción del juez, éste comisiona al del lugar respectivo; y de igual modo se procede cuando el juez de la causa cree conveniente comisionar a uno inferior aunque la diligencia se realice dentro del mismo territorio, salvo que alguna de las partes exija que, a su costa, se haga la diligencia por el mismo juzgador".

Como puede observarse en la norma que se acaba de transcribir, la ley, que evidentemente establece la regla general de la facultad del juez para comisionar, le impone sin embargo la restricción de que cuando una de las partes lo pide debe practicar directamente la diligencia, sin comisionar para ello a otro funcionario. No señala la ley la oportunidad para hacer la petición, por lo cual debe entenderse que hay libertad para hacerla dentro de cualquiera de los períodos que la misma ley indica para solicitar las pruebas y para practicarlas, cuando hay lugar a un término de esta especie. Por la circunstancia de que no haya sido formulada ab initio, al postular la prueba, no se sigue que se renuncie al derecho de obtener que el reconocimiento se haga por el mismo juzgador, del mismo modo que la omisión de una prueba en el memorial petitorio no puede interpretarse como renuncia a pedir la que se omitió, mientras no expire el plazo que la ley establece para postularlas. No debe olvidarse, por otra parte, que si bien la ley faculta al juez para comisionar cuando así lo exigen razones de economía procesal u otras circunstan-

cias, la eficacia de la prueba reposa también en alto grado en la intervención directa del juzgador para producirla, al extremo de que el de la inmediación es principio dominante en materia probatoria.

Verdad es que la providencia recurrida fue proferida conforme a facultad legal acordada al juzgador para comisionar, por lo cual no podría afirmarse que es violatoria de una norma positiva; pero pedida su reforma por una de las partes en ejercicio del derecho que a ésta le confiere el artículo 726 in fine del Código Judicial, el Tribunal estaba en el deber de acceder a esa reforma, por lo cual la resolución apelada es susceptible de enmienda en el sentido indicado.

En consecuencia, se reforma el auto apelado con el único fin de revocar la comisión conferida al juez civil del circuito de Guateque para practicar la diligencia de inspección ocular a que se ha hecho referencia en la parte motiva, y disponer, en cambio, que tal diligencia sea practicada por el Tribunal.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Carlos Peláez Trujillo. - Ramiro Araújo Grau. - Efrén Osejo Peña. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.



ACLARACION DE SENTENCIAS

La aclaraciòn no puede ir mas allá del contenido de lo resuelto. Dónde debe presentarse el verdadero motivo de duda.

El señor Procurador Delegado no pretende, en realidad, obtener una aclaración sino una reforma aditiva de la sentencia, encaminada a darle aplicación a lo dispuesto en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, reforma a la cual no hay lugar conforme al precepto del artículo 482 del Código Judicial, que expresa: "La sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la haya pronunciado".

No sobra repetir a propósito de la aclaración solicitada, lo que tantas veces ha expresado la Corte al comentar el referido artículo 482: "la aclaraciòn no puede ir más allá del contenido de lo resuelto, sobre lo cual no puede volver el mismo tribunal, so pretexto de una aclaración. Y el *verdadero motivo* de duda que exige el artículo 482 para que proceda la aclaración, debe presentarse en la parte resolutiva, o en la motiva cuando ésta incida eficazmente en la inteligencia que deba darse a la resolución. De no ser así, el recurso de aclaración se confundiría con el de reposición". G. J. XLIII, 470.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

El señor procurador primero delegado en lo civil ha solicitado aclaración de la sentencia anterior, (*) en ejercicio del derecho que a las partes otorga el inciso segundo in fine del artículo 482 del Código Judicial, por cuanto encuentra que hay motivos de duda respecto de varios párrafos en los cuales se califica la actuación atribuída al Comandante General de las Fuerzas Armadas, por lo cual considera que "si la parte motiva de la sentencia se consignan frases calificadoras de la conducta del General Alfredo Duarte Blum que tienden a colocar a éste dentro de las normas del Código Penal, por acción en (sic) omisión, lo procedente es ordenar en el mismo fallo una investigación de carácter criminal y la Corte guardó silencio en la parte resolutiva sobre tal aspecto".

El recurrente no pretende, pues, una aclaración, sino una reforma aditiva de la sentencia, encaminada a darle aplicación a lo dispuesto en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, reforma a la cual no hay lugar conforme al pre-

(*) NOTA: Se refiere a una dictada por la Sala el 30 de noviembre de 1.962,.

cepto del mencionado artículo 482, que expresa: "La sentencia no es revocable ni reformable por el mismo juez o tribunal que la ha pronunciado".

No sobra repetir a propósito de la aclaración que solicita el señor procurador delegado, lo que tantas veces ha expresado la Corte al comentar el artículo 482: "La aclaración no puede ir más allá del contenido de lo resuelto, sobre lo cual no puede volver el mismo tribunal, so protexto de una aclaración. Y el verdadero motivo de duda que exige el artículo 482 para que proceda la aclaración, debe presentarse en la parte resolutiva, o en la motiva cuando ésta incida eficazmente en la inteligencia que deba darse a la resolución. De no ser así, el recurso de aclaración se confundiría con el de reposición" (G. J. XLIII, 470).

En el caso presente la naturaleza del ilícito -civil o penal- que configura la culpa es tan extraña al contenido de la resolución final, que cualquiera que sea el sentido en que se quiera interpretar los conceptos a que alude el recurrente el resultado es el mismo en lo que concierne al derecho que reconoce la sentencia y a la obligación que impone; nada resta o agrega al deber que incumbe a la Nación de resarcir el daño causado a los demandantes. A tal extremo es ésto exacto, que de haber encontrado la Corte que hay lugar a darle aplicación a lo preceptuado en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal podía haber dispuesto lo pertinente antes de proferir el fallo o podría hacerlo con posterioridad a él, de oficio o a solicitud de parte, sin que por ello se afectara el claro ordenamiento que la providencia contiene.

Ni sobra advertir que el artículo 11 mencionado deja al criterio del funcionario la apreciación del carácter delictuoso del hecho, para el efecto de dar noticia de él a la autoridad competente, pero que su abstención de obrar como dicha norma lo indica por no haber encontrado motivo suficiente para hacerlo, ni priva ni exonera al agente del ministerio público de promover la acción penal correspondiente en el caso de que llegue a conclusión distinta de la que impuso la abstención del funcionario civil o administrativo.

Por los motivos que se dejan expuestos, no hay lugar a hacer la aclaración solicitada.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial con el fallo objeto del recurso.

Carlos Peláez Trujillo. - Ramiro Araújo Grau. - Efrén Osejo Peña. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.

PETROLEOS. DETERMINACION DE LOS TERRENOS LITIGIOSOS. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA ACCION.

En esto juicio no se acreditó debidamente el presupuesto de la determinación de los terrenos litigiosos.

De conformidad con las normas legales que reglan la materia, los elementos constitutivos de la acción de dominio privado del subsuelo petrolífero que pueda encontrarse en determinados terrenos son los siguientes: Título proveniente del Estado con el cual se acredite que las tierras materia del litigio salieron delpatrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1.873; propiedad actual de la parte actora en el perìodo de la prescripción extraordinaria, relativa a las tierras en cuyo subsuelo pueda encontrarse el petróleo de que se trata; determinaciòn precisa del inmueble en que subyace el petróleo cuya propiedad se disputa; identificación de las tierras comprendidas por el título proveniente del Estado; superposición de àreas entre la señalada en la propuesta de contrato, la del título proveniente del Estado y la de los terrenos en cuyo subsuelo se halla el petróleo objeto de la declaración de propiedad particular impetrada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, febrero veintiocho de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

Por medio de apoderado especial y en libelo presentado ante esta Sala de la Corte el 26 de septiembre de 1.959, María Cecilia Correa Correa demandó a la Nación a fin de que por los trámites del juicio ordinario de única instancia a que se refiere el artículo 2o. del Decreto Extraordinario 3050 de 1.956, se hicieran las siguientes declaraciones.

"PRIMERA. Que el globo de terreno de propiedad de mi mandante, determinado en el hecho primero de esta demanda, denominado 'Poveda' antes 'La Soledad' y 'El Cerezo', situado en el Municipio de Tenjo, Departamento de Cundinamarca, por su ubicación, extensión superficiaria y linderos, saliò del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, en virtud de títulos emanados del Estado que conservan su eficacia legal.

"SEGUNDA. Que, en consecuencia, el subsuelo petrolífero del mencionado inmueble, o sea, el petróleo y los demás hidrocarburos, gases y substancias de que trata el artículo 1o. del Código de Petròleos que se hallen en el subsuelo de dicho globo de terreno, son de propiedad de mi poderdante la señorita María Cecilia Correa Correa.

"TERCERA. Que para el caso de que los títulos que presentaré no se consideren eficaces para demostrar la propiedad privada del subsuelo, de acuerdo con el artículo 5o. del Código de Petróleos, se declara que dicho inmueble salió del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, en virtud de justa prescripción, por explotación económica de esas tierras.

"CUARTA. Que, por consiguiente, el subsuelo del referido globo de terreno y de manera especial el petróleo, gases y demás hidrocarburos y substancias de que trata el artículo 1o. del Código de Petróleos que se encuentren en dicho subsuelo, pueden explotarse como de propiedad privada de la señorita María Cecilia Correa Correa, y su exploración y explotación no pueden adelantarse por la Texas Petróleum Company, solicitante de la Propuesta No. 869 (Tabio) de que habla en el hecho segundo de esta demanda ni por ninguna persona natural o jurídica distinta de la señorita María Cecilia Correa Correa.

"QUINTA. Que en el evento de que ya se hubiere celebrado por la Nación con la Texas Petróleum Company contrato de exploración y explotación del petróleo, gases y demás hidrocarburos y substancias de que trata el artículo 1o. del Código de Petróleos, que se encuentren en el subsuelo del mencionado globo de terreno, como si fuese de proiedad nacional, por hallarse éste ubicado dentro del perímentro de la propuesta número 869 (Tabio), dicho contrato debe declararse ineficaz en lo referente al subsuelo petrolífero del globo de terrreno objeto de esta demanda, conforme lo dispone el artículo 2o. del Decreto 3050 de 1.956".

Las anteriores peticiones se fundan en hechos que en lo fundamental son del siguiente tenor:

"1) Mi poderdante la señorita María Cecilia Correa Correa, es actualmente propietaria y poseedora material e inscrita del predio rural denominado 'Poveda' antes 'La Soledad' y 'El Cerezo', situado en el Municipio de Tenjo, Departamento de Cundinamarca, circunscrito por los siguientes linderos:

"Sur, fincas de Ovelio García, Genaro García, Ramón Duarte, Daniel Santana y Teodomiro Gutièrrez; Occidente, finca del comprador Duarte, herederos de Heladio Murillo y camino que va a Chía y finca de Vespaciano Correa, y Oriente, finca de Vespaciano Correa y límites de Chía.

"2) El Ministerio de Minas y Petróleos por medio de la Resolución No. 347 de 8 de abril de 1.958, publicada en el Diario Oficial No. 29.776, admitió la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, registrada bajo el No. 869 (Tabio) formulada por la Texas Petróleum Company el día 17 de agosto de 1.956 sobre un globo de terreno de 49.996 hectáreas con 8.000 metros cuadrados, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Tabio; Cajicá, Subachoque, Tenjo, Madrid, Funza, Cota, Mosquera, Chía y antiguos Municipios de Engativá, Suba y Fontibón, hoy Distrito Especial de Bogotá, en el Departamento de Cundinamarca, y comprendido por los siguientes linderos: (aquí éllos).

"3) Mi poderdante es propetaria y actual poseedora material e inscrita del inmueble a que se refiere el hecho primero, por virtud de los títulos escriturarios que presentarè para que sean tenidos como pruebas en el juicio y que son los siguientes;

"a) Escritura pública No. 4162 de 28 de junio de 1.954, de la Notaría Segunda de Bogotá, División material entre María Cecilia Correa Correa y otros. Hijuela parcial de María Cecilia Correa Correa.

"b) Escritura pública número 1969 de 25 de marzo de 1.954, de la Notaría Segunda de Bogotà. Protocolización de la sucesión de Zoilo Correa G. y otra. Copia parcial de la hijuela común.

"c) Escritura pública No. 2133 de 17 de noviembre de 1.931, de la Notaría Cuarta de Bogotá. Venta de Carlos A. Correa a Zoilo Correa G.

"d) Escritura pública número 450 de 28 de febrero de 1.933, de la Notaría Cuarta de Bogotá. Venta de Aura María Correa de G. a Zoilo Correa G.

"e) Escritura pública número 703 de 5 de mayo de 1.933, de la Notaria Primera de Bogotá. Dación en pago de Alejandro Duarte a Zoilo Correa G. por $5.000.oo y cancelación.

"4) La tradición del dominio del globo de terreno de que trata el hecho primero de esta demanda, que he descrito antes, por un tiempo que excede al período de la prescripción extraordinaria, se remonta hasta fecha anterior al 28 de octubre de 1.873.

"5) El terreno de mi poderdante, tal como se delimita en el hecho primero salió del patrimonio del Estado, en mayor extensión por virtud de varios títulos que estableceré oportunamente en el juicio.

"6) Los títulos anteriores al 28 de octubre de 1.873 por virtud de los cuales el terreno delimitado en el hecho primero de esta demanda salió del patrimonio nacional, conservan su eficacia legal porque no ha ocurrido ninguna de las condiciones resolutorias que en ellos pudieran considerarse implícitas.

"7) Dentro de los terrenos que salieron legalmente del patrimonio del Estado por virtud de los títulos a que se refiere el hecho quinto de esta demanda, se encuentran comprendidos los terrenos de mi poderdante tal como se delimitan en el hecho primero de esta demanda.

"8) Los terrenos de mi poderdante han estado poseídos materialmente por particulares por largo tiempo con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, sin oposición de nadie y en forma quieta, pacífica y tranquila.

"9) El globo de terreno mencionado, tal como se delimita en el hecho primero, cuyo suelo y subsuelo son de propiedad de mi mandante, está comprendido dentro del área de la propuesta número 869 (Tabio) de la Texas Petróleum Company, cuyo perímetro se superpone a él.

"10) El globo de terreno mencionado, cuyo suelo y subsuelo pertenecen a la señorita María Cecilia Correa Correa, está claramente determinado en los títulos de adquisición; es determinable sobre el terreno".

Con la demanda, además del poder conferido por la actora al abogado que ha instaurado el presente juicio, se acompañaron estos documentos: certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, en el cual consta que la señorita María Cecilia Correa Correa es actual propietaria y poseedora inscrita del predio determinado en el hecho primero de esta demanda, por un lapso superior al de la prescripción extraordinaria; un ejemplar autentica-

do del Diario Oficial No. 29.776 de 27 de septiembre de 1.958, en donde aparece el extracto de la Resolución del Ministerio de Minas y Petróleos No. 347 de 8 de abril de 1.958, mediante la cual se acepta la propuesta No. 869 (Tabio) de la Texas Petróleum Company; certificado del Ministerio de Minas y Patróleos sobre vigencia de la propuesta No. 869 (Tabio) de la Texas Petróleum Company y sobre término hábil para presentar la demanda en cuestión; copias auténticas y registradas de las siguientes escrituras públicas: número 4162 de 28 de junio de 1.954, de la Notaría Segunda de Bogotà; número 1969 de 25 de marzo de 1.954, de la Notaría Segunda de Bogotá; número 2133 de 17 de noviembre de 1.931, de la Notaría Cuarta de Bogotà; número 450 de 28 de febrero de 1.933, de la Notaría Cuarta de Bogotá; número 703 de de 5 de mayo de 1.933, de la Notaría Primera de Bogotá; copia de una merced a favor del Marquez Felipe de Sta. Cruz, tomada del Tomo 33 de 'Tierras de Cundinamarca'; copia de las mercedes a favor de Francisco Tordehumos y Juan de Chinchilla, tomadas del Tomo 28 de 'Tierras de Cundinamarca'.

Por medio de providencia datada el 17 de febrero de 1.960 se admitió el libelo y el representante legal de la Nación descorrió el respectivo traslado en el sentido de expresar su oposición a que se hicieran los pronunciamientos de fondo allí suplicados y de manifestar, en cuanto a los hechos, que se atendria a la eficacia y conducencia de las pruebas que se produjeran para respaldarlos.

El juicio se abrió a prueba y durante el tèrmino correspondiente se allegaron otros documentos y se practicó una diligencia de inspección ocular a los terrenos materia de la demanda.

Como el negocio se ha sometido a las ritualidades que le son propias, agotándose la instancia, se procede a desatarlo en el fondo y para tal efecto se considera:

De conformidad con las normas legales que reglan la materia, los elementos constitutivos de la acción de dominio privado del subsuelo petrolifero que pueda encontrarse en determinados terrenos son los siguientes: Título proveniente del Estado con el cual se acredite que las tierras materia del litigio salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1.873; propiedad actual de la parte actora en el período de la prescripción extraordinaria, relativa a las tierras en cuyo subsuelo pueda encontrarse el petróleo de que se trata; determinación precisa del inmueble en que subyace el petróleo cuya propiedad se disputa; identificación de las tierras comprendidas por el título proveniente del Estado; superposición de áreas entre la señalada en la propuesta de contrato, la del título proveniente del Estado y la de los terrenos en cuyo subsuelo se halla el petróleo objeto de la declaración de propiedad particular impetrada.

Para comprobar que el globo de terreno denominado 'Poveda', antes 'La Soledad' y 'El Cerezo', salió legalmente del patrimonio nacional antes de la ya indicada fecha de la reserva fiscal del petróleo, se trajeron al proceso los títulos antiguos que a continuación se relacionan:

1o. Merced de tierras concedidas por el Cabildo de Santafé el 18 de agosto de 1.588 a Juan de Chinchilla, 'de una estancia de pan e ganado menor en tierras de Cota',

2o. Solicitud sobre práctica de diligencias de justificaciones presentada y promovida por Cristobal Nieto ante el Juzgado de Comisión, en orden al deslinde de la hacienda de Santa Cruz con la de Tibaguyes.

3o. El 22 de diciembre de 1.570, el Cabildo de Santafè consideró la solicitud elevada por Francisco Tordehumos "en que dijo haber comprado de Juan de Torres una estancia de ganado en términos de Cota, que está desde la punta de Cota, ciènaga arriba costeando el cerro hasta Tenjo, de alli hasta Chitasugá y a Bogotà". El Cabildo en vista de la petición presentada por Tordehumos sobre confirmación de la estancia, la cual fundaba en que, como manifiesta el encomendero de Chía, "siendo Alonso de Coronado secretario de Cabildo le dió el título de la dicha estancia de que hizo demostración, e después le volvió sin la carta de venta, y dijo que no sabía del dicho titulo", "le confirmó el dicho título que dice perdiósele con la carta de venta para la estancia de ganados en la parte donde dice la carta de venta para ello se le dé título conforme a la ordenanza sin perjuicios ordinarios".

4o. También aparece de las copias expedidas por el Archivo Histórico Nacional, objeto de este examen, que ante el Cabildo de anterior mención se consideró una petición presentada "en dias atrás" por María Santiago, mujer de Francisco Tordehumos, para que se le concediera merced "de una estancia de ganado mayor, la cual se puede proveer entre las tierras de Cota, Tenjo, Chitasugá y Churguaca", merced que solicitaba se le hiciese "en lo que llaman La Isla, entre los dos arroyos que bajan de Tabio y Tenjo en aquél valle". Recibido el parecer de Luis Cardozo, corregidor y diputado, quien dijo "Que habia visto las tierras como diputado y que la estancia que pedia la dicha doña María Santiago era sin perjuicio y se le podía hacer la merced, con que no se le hace la medida a las tierras de Churuaca que son términos de doña Felipa Suárez, le fué dada la merced que pedía al tenor del parecer del diputado y sin los perjuicios ordinarios".

Por medio de la escritura datada en Santafè el 2 de octubre de 1.625, Juan Clemente Chaves, heredero de Maria Santiago, dió en venta a Felipe de Santa Cruz un pedazo de tierra que la Santiago tuvo y poseyó por suyo y yo lo he tenido y poseído como tal su heredero y es detrás de la sierra de Cota..... ..... y linda por una parte con tierras que posee la Compañia de Jesús y fueron de Juan de Chinchilla, y por otra parte con tierras de los herederos de Gonzalo de Martos que fueron de Juan de Vera".

Tambièn aparece de la misma documentación que el 6 de octubre de 1.625, se le dió posesión a Felipe de Santa Cruz del pedazo de tierra que le vendió a censo Juan Clemente de Chaves, "en un sitio donde dijeron que doña Maria Santiago, viuda, tuvo poblada una estancia y en ellas al presente el cacique de Cota tiene un corral de ganado mayor y unos bohios redondos....." posesión que tomó ante Juan Sánchez escribano del rey, y dos testigos.

5o. El 14 de octubre de 1.730, ante don Sancho Girón, Marquéz de Sofraga, etc., Gobernador y Capitán General de este Nuevo Reino de Granada y Presidente de la Real Audiencia, presentó el Alférez Felipe de Santa Cruz petición para que se le hiciera merced de "cuatro estancias de ganado mayor y dos de pan y ganado menor, en tierras de Tenjo, Guangatá y Churuaco, y poblaciones viejas de los indios de Cota detrás de la sierra de Cota en donde al presente tengo una estancia de ganado mayor la cual hube y compré de Juan Clemente

de Chaves Alférez Real que fué de esta ciudad de Santafé, lindando por una parte con estancias que fueron de Juan de Chinchilla y hoy poseen los padres de la Compañia de Jesùs, corriendo toda la sierra de Cota adelante hasta el hato de Juan de Poveda Medina que es en tierras de Guangatá; y por la otra parte con estancias que fueron de Elvira Moyano corriendo toda la quebrada de Quique abajo de una y otra parte de dicha quebrada y resguardo del pueblo de Tenjo y por la otra parte con estancias que fueron de Juan de Montalvo que llaman El Hornillo estancias que fueron del Capitán Pedro de Herrera y por otra parte el hato de doña Margarita de Martos y estancias que fueron del Dean de esta ciudad que la cual fué poblada con un hato de vacas junto a la quebrada de Chique y en un sitio donde doña María de Santiago fundò un hato de vacas que al presente està despoblado y en toda la sierra corriendo aguas verrientes del rio de Chique de la una y la otra parte de la dicha quebrada y en todo el llano y las dichas cuatro estancias de ganado mayor y otras dos de pan y ganado menor pido debajo de dichos linderos y en toda la redondez de la dicha estancia que hube y comprè al Alférez Juan Clemente de Chaves y en todos los pedazos o pedazo que hubiere de tierras vacas y en las sobras de estancias que en los dichos títulos estuvieren proveídos después de medidos en todas las sobras que hubiere de tierra vaca....." Mandó el Marquéz de Sofraga despachar mandamiento de diligencias al Corregidor de naturales de aquel partido, a fin de que las hiciera en forma ordinaria quien, en el pueblo de Tenjo, notificó a los vecinos e indios comarcanos para que presentaran contradicciones. En tal diligencia contradijo el pedimento Juan de Vera, por cuanto tiene allí una estancia; y agrega el Corregidor de naturales: "los demàs vecinos e indios no contradijeron y preguntados si por allí habia más interesados me dijeron que lo podía ser una Antonia de Chaves y los padres de la Compañía de Jesús, a todos los citè y cada uno de por sí contradicen en lo que les pueda perjudicar y en esta conformidad hoy dicho día fuí al sitio y linderos que pide el Alférez Felipe de Sta. Cruz y ví por vista de ojos que las tierras son pantanos muy cerrados y una sierra donde no hay labrancerías de indios ni otras personas y que a ninguno de los que contradice les para perjuicios ninguno y que hay tierra en que su Señoría le puede hacer merced a la persona que fuere servida....." Luego el Marquéz de Sofraga, vistos los autos y contradicciones, concedió el 12 de agosto de 1.631 a Felipe de Santa Cruz merced "de las cuatro estancias de ganado mayor y dos de pan y ganado menor contenidas en su pedimento debajo de los límites y linderos en él declarados y coforme al parecer del dicho Corregidor suso incorporado;..... la cual merced -agrega el título- le hago sin perjuicio del derecho real y de otro tercero que mejor le tenga y en particular del derecho que a ellas tuviere el dicho Juan de Vera Encomendadero del dicho pueblo de Tenjo por sus contradicciones y conque cuando se trata de composición acuda a ellas y las pueble y no las venda sin mi licencia, o de la persona que este Gobierno tuviere. Y mando a cualesquier justicias y jueces de su Majestad de esta ciudad de Santafé y al Corregidor de Naturales del dicho partido de Bogotá y a cualesquiera de ellos que le den y hagan dar posesión de las dichas cuatro estancias de pan y ganado mayor y las dos de pan y ganado menor y en ellas le amparen y defiendan y no consientan sea despojado de ellas sin que primero sea oído y vencido conforme a derecho, la cual dicha posesión se le dè habiéndose primero medido y amojonado las dichas tierras a su costo lo cual cumplan y todo lo demás pena de cien pesos de buen oro para la Cámara de su Magestad" . Aparece a continuación de la merced que con fecha 18 de diciembre de 1.731, ante el Corregidor del

partido de Bogotá y dos testigos, se le dio posesión a Felipe de Santa Cruz "de las dichas tierras".

Entre las pruebas decretadas por la Corte a solicitud del mandatario judicial de la parte actora, figura una diligencia de inspección ocular en asocio de peritos, decretada a fín de establecer los siguientes hechos: identificación por su ubicación y linderos del predio de 'Poveda'; determinación de si dicho predio está comprendido, total o parcialmente, dentro de los terrenos que salieron del dominio del Estado en virtud de los títulos coloniales invocados.

La vista de ojos se practicó el 7 de febrero de 1.962 con intervención del Juez Dècimo Civil del Circuito de Bogotá -comisionado por la Sala al efecto-, de los peritos ingenieros José Ignacio Ruiz y Joaquín Aurelio Sánchez, del apoderado de la parte actora y un vocero de la Procuraduría General de la Nación; y en ella se determinaron por el personal inspector los actuales linderos del inmueble denominado 'Poveda' antes 'La Soledad' y 'Los Cerezos'.

Durante la misma diligencia y mediante la información de los testigos Jorge Valerio Yaza, Marco Emilio Forero y Martín Santana Mayorga, vecinos de la localidad inspeccionada, sólo se procuró el reconocimiento, por su designación y no por el recorrido del terreno, de "algunos puntos regionales citados por sus nombres en las mercedes o títulos coloniales". Reza el acta: "Con efecto se leyeron..... .... la petición de don Francisco Tordehumos en la que dijo haber comprado a Juan de Torres una estancia en términos de Cota en donde se mencionan los lugares o puntos regionales conocidos entonces con los nombres de 'Punta de Cota', 'Tenjo', 'Chitasugá', y en las mercedes concedidas a Juan de Chinchilla, de fecha 18 de agosto de 1.588, en donde, según se dijo, adquirió una estancia en tierras de Cota: en las de Cristobal Nieto en donde según se desprende del respectivo cuaderno de justificaciones, se efectuó el deslinde de las tierras de Santa Cruz con cla de Tibaguyes; en la de Maria Santiago, de fecha 3 de diciembre de 1.588, en que se concedió a ella una estancia comprendida entre las tierras de Cota, Tenjo, Chitasugá y Churguaco, La Isla, situada entre los arroyos de Tenjo y Tabio, con el objeto de que dichos testigos, oriundos de esta región, por su edad y conocimiento de la comarca, expresen si identifican esos sitios, lo mismo que los denominados en la merced concedida al Alferez Felipe de Santa Cruz, con los nombres de 'Tierras de Tenjo', 'Guangatá', 'Churuaco' y 'Sierra de Cota'. Los testigos, de común acuerdo, dicen que en esta regiòn han oído mencionar los nombres de, 'La Punta' que queda hacia el sur de este sitio; el cerro 'Majuy': el sitio denominado 'La Punta', en la actualidad queda en Tenjo, pero antes pertenecía a Cota, y el cerro de 'Majuy' sirve de limite actualmente entre los Municipios de Cota y Tenjo: el nombre de Tenjo lo hemos oído nombrar siempre y sirve para distinguir la región que forma el Municipio de este nombre, limítrofe de Tenjo: conocimos y hemos oído hablar siempre de la región de Santa Cruz, aquí en este Municipio..... ..... no conocemos los arroyos denominados Tenjo y Tabio, pero conocemos la región de Churuguaco, que es hoy una vereda del Municipio de Tenjo: las tierras de Tenjo son estas que forman el Municipio de ese nombre: no conocemos el nombre de Sierra de Cota, lo que conocemos es esta serranía que se llama Cuchilla de Cota: conocemos el nombre de 'Guangota' que es una veredita de este Municipio de Tenjo, aquí cerquita, ... y la vereda de Churuaco, que es una vereda de Tenjo. A petición del señor vocero de la Procuraduría de la República, se dejan constancia de que los sitios mencionados por los testigos son unicamente puntos referenciales que no fueron evidenciados ni concurridos por el personal de la diligencia".

Los peritos, en primer término, expresan en su dictamen que el predio 'Poveda', a que se contrae la demanda, fué identificado en la diligencia de inspección ocular, lo cual se hizo mediante el reconocimiento de los linderos que se describen en el acta correspondiente de dicha vista de ojos.

Luego, en otra parte del informe y en lo referente a la estancia de tierras mercedada a Juan de Chinchilla por el Cabildo de Santa Fé en el año de 1.588 y a las diligencias de justificaciones promovidas por Cristobal Nieto ante el Juzgado de Comisión en 1.807 sobre deslinde de la hacienda de Santa Cruz con la de Tibaguyes, conceptúan que "es imposible hacer una determinación siquiera aproximada de la estancia" adjudicada a Chinchilla porque en tal documento sólo se indica que está ubicada "en tierras de Cota", y en la diligencia de justificaciones no existen "datos que permitan localizar las haciendas denominadas Santa Cruz y Tibaguyes". Las observaciones de los peritos en este particular son necesaria consecuencia de la evidente deficiencia o falta absoluta en la delimitación de las aludidas tierras y, por lo tanto, no pueden ser objeto de reparo alguno.

Más adelante los expertos, al referirse a la adjudicación hecha por las autoridades coloniales a Francisco Tordehumos en el año de 1.570, la cual -según reza el título- "está desde la punta de Cota, ciénaga arriba costeando el cerro de Tenjo, de allí hasta Chitasugá y a Bogotá", dictaminan que de la descripción dada para esta estancia de ganados, "solamente es posible determinar aproximadamente los siguientes parajes: Punta de Cota, o sea el extremo Sur-Este del cerro que en el plano del Instituto se denomina cerro de Buenavista, de acuerdo con la aseveración de los testigos; la ciénaga o pantano situado al occidente de la Punta de Cota y el cerro antes mencionado". Y después de indicar la que estiman como equivalencia actual de una estancia de ganado mayor en consideración al tiempo de la adjudicación mencionada, concluyen: "La estancia en referencia no podía extenderse hasta el caserío de Tenjo, partiendo de Punta de Cota, debido a la limitación dada a su extensión, sino solamente en la dirección de dicho caserío y lo mismo puede decirse en relación con el paraje llamado Chitagasuga, vereda que figura en el plano del Instituto. En resumen, por la vaguedad de los linderos de la petición de Tordehumos, para la localización aproximada de tal estancia, se ha tenido en cuenta, el paraje o sitio de Punta de Cota, el Cerro, las direcciones hacia el caserío de Tenjo y la vereda de Chitasugá y la dimensión de la estancia de ganado, de acuerdo con la declaración de Juan Fuente, y además la ciénaga o pantano que se encuentra al occidente de la Punta de Cota. Con los datos anteriores se ha hecho una localización aproximada de la estancia solicitada por Fracisco Tordehumos en 1.570. Sobre el plano del Instituto Geográfico se indica la estancia en color verde".

En primer lugar, se observa que en la diligencia de inspección ocular se prescindió del reconocimiento directo sobre el terreno de los puntos de partida, sitios o alindamientos que permitieran localizar la superficie territorial de la cuestionada adjudicación colonial. De otro lado, los mismos expertos manifiestan que son de extrema vaguedad los linderos descritos en la merced concedida a Tordehumos, por lo cual unicamente en forma aproximada es posible dibujar en el mapa del Instituto Geográfico y Militar el contorno de esa estancia, y ello mediante la localización también "solo aproximada" de algunos parajes citados en aquél título primitivo y, en efecto, éste solo contiene datos demasiado vagos e incompletos en cuanto a la determinación de tales tierras, ya que se reducen a indicar una vasta región en la cual podía hacerse la adjudicación, pero sin refe-

rirse con relativa claridad a las líneas de su perímetro, pues reza el título que la estancia "está desde la punta de Cota ciénaga arriba costeando el cerro hasta Tenjo, de allí hasta Chitasugá y a Bogotá". Ante esa falta de claridad en la expresión de los linderos, los expertos se limitaron a trazar sobre el plano del Instituto una figura que, según inferencias de éstos, representa en forma aproximada el área de las tierras mercedadas a Tordehumos, mas sin expresar los fundamentos de los cuales se desprenda que esa localización simplemente gráfica corresponda a la realidad objetiva de la estancia en cuestión, ni indicar las razones que los indujeron a marcar en ese plano los puntos principales o vértices del polígono dibujado y las líneas que los cierran, pues, como antes se dijo, el dictamen carece de información documentada y técnica al respecto. Se postulan las anteriores consideraciones en cuanto a la falta de debida identificación de las tierras objeto de la merced concedida a Tordehumos, no obstante que, como se verá más adelante, de aquéllas no hacen parte las fincas materia de la demanda de oposición y la determinación de las mismas sólo ha servido a los peritos para inferir su parcial colindancia con las estancias de ganado proveídas al Alférez Felipe de Santacruz.

Dicen los peritos en las partes siguientes de su informe que para dibujar sobre el mapa del Instituto Geográfico el contorno que representa la estancia de tierras de ganado mayor mercedada a María Santiago por el Cabildo de Santafé, han tenido en cuenta "cuatro parajes dentro de los cuales aproximadamente debería estar situada la estancia en referencia y que son: Cota, Tenjo, Chitasugá, y Churguaco, nombres estos últimos que en el mapa de Instituto figuran como veredas de Tenjo". Y agregan: También se da como referencia el sitio llamado 'La Isla', el cual figura al noreste de la población de Tenjo y cerca de la confluencia de dos quebradas, una que viene de Tabio y se llama Chicú y la otra que baja de Tenjo y en el plano del Instituto se denomina Tiguasé .....Con los datos mencionados y la dimensión ya conocida de la estancia de ganado mayor, se puede dar una localización aproximada a la estancia en referencia. Esta se ha indicado en el mapa del Instituto en contorno de color carmelita".

SE OBSERVA:

Del contexto de la merced hecha por las autoridades de la Colonia Española a María Santiago, ya antes transcrita, se deduce que aquélla le fué otorgada así: ".....entre las tierras de Cota, Tenjo, Chitasugá y Churguaco.....en lo que llaman 'La Isla', entre dos arroyos que bajan de Tabio y Tenjo en aquél valle".

Ahora bien: los sitios o lugares primeramente indicados en la merced como posible ámbito dentro del cual debía hacerse la adjudicación de la estancia de ganado mayor, no están constituidos por determinantes geográficos inmodificables y ciertos, de fácil reconocimiento, que el simple examen visual de un plano topográfico revele de inmediato, como lo pretenden los peritos, ya que el título primitivo en cuestión sólo contiene a este respecto vagas referencias a una indefinida y vasta extensión territorial únicamente descrita a través de estos datos imprecisos: ".....entre las tierras de Cota, Tenjo, Chitasugá y Churguaco". Tal título, se repite, no contiene definición alguna de los alindamientos de las tierras que se mencionan con los antedichos nombres, ni indicación de los rumbos y distancias de las líneas que sirvieron para fijar el perímetro realmente adjudicado.

Y, además, aparece que en procura de la localización del área de la estancia en algún sitio determinado, refiriéndola a los vagos datos que contiene la merced, no se hizo en la diligencia de inspección ocular ninguna pertinente verificación en el terreno y que unicamente se recibieron al rerpecto declaraciones de moradores en aquellos lugares, quienes se reducen a exponer que con los nombres de 'Tierras de Cota y Tenjo' se conocen las que forman los Municipios de esa misma denominación y con los de Chitasugá y Churguaco las correspondientes a dos veredas del Distrito de Tenjo. Como es obvio, tales testimonios son claramente insuficientes para deducir de ellos el contenido territorial da la adjudicación, puesto que, apenas servirían para designar las diversas regiones integrantes de un distrito o las tierras vecinas a un camino.

Con todo para concretar o determinar, aún por vía de simple aproximación -como dicen los peritos-, el área de las tierras mercedadas a María Santiago, bien pudo recurrirse a otro factor o elemento de juicio relacionado en el título colonial, a saber: la ubicación de la estancia "en lo que llaman La Isla, entre dos arroyos que bajan de Tabio y Tenjo en aquel valle". Mas el acta de la vista de ojos revela que el personal inspector no efectuó el reconocimiento actual de aquellos límites naturales y, además, que los testigos asistentes a la deligencia manifestaron que no conocían esos caudales de agua.

No obstante estas circunstancias procedieron los peritos a deducir el área de la adjudicación, mediante su "localización aproximada" sobre la carta del Instituto Geográfico, tomando en consideración estos factores: que en dicho mapa figura un sitio llamado 'La Isla', cerca de la confluencia de dos quebradas denominadas 'Chicú y Tiguasé' que, respectivamente, vienen de Tabio y Tenjo. Mas cabe anotar que aún en el supuesto de que esas dos quebradas escogidas por los peritos, entre otras que surcan esa región, fijasen con claridad el ámbito territorial dentro del cual debiera hallarse la adjudicación de la estancia, o sea, según la indicación del título, "en lo que llaman 'La Isla', entre dos arroyos que bajan de Tabio y Tenjo en aquel valle", resulta que el gráfico elaborado por los expertos no se subordina al alindamiento en cuestión, ya que representa una figura cuyo perímetro abarca una superficie que queda en mucho fuera de los términos del área comprendida entre los dos arroyos o quebradas que mencionan en su dictamen, como puede apreciarse con evidencia por los trazos de dicho dibujo. Síguese de lo antes expuesto que por no existir la necesaria correspondencia o relación entre el área abarcada por los linderos naturales que se invocan en la peritación como base para fijar en una zona determinada la estancia mercedada y la "localización aproximada" que dibujaron como contorno de la misma, el dictamen carece de la debida fundamentación.

También expresan los peritos que, además de los elementos anteriores, para la ubicación de la referida merced tuvieron en cuenta la cabida que el título colonial le señala. Cuando para determinár el objeto materia de una adjudicación concurren las medidas y linderos a un mismo tiempo -ha dicho la Corte en sentencia de 5 de agosto de 1.942-, "como los linderos comprenden o encierran las medidas, no podrá lograrse la finalidad de conexión entre unas y otros, si éstos no delimitan una área que permita fijar el contenido de las medidas; deben ser las medidas proporcionadas, próximas en extensión al área abarcada por los linderos, y el área abarcada por éstos, próxima a la superficie que dan las medidas. De lo contrario, serían conceptos dislocados el de las medidas y el del alindamiento, que no podrían ofrecer la relación que se busca".

En el presente caso el somero informe pericial no contiene explicaciones ni comprobaciones que permitan establecer la correspondencia o siquiera proporcionalidad entre la extensión superficiaria que pudieran comprender los linderos de la adjudicación y la cabida de la estancia de ganado mayor de acuerdo con la medida usada en la época de la expedición del título, pues la peritación, sin otros fundamentos técnicos, se reduce a afirmar que con los vagos datos sobre "cuatro parajes dentro de los cuales debería estar situada la estancia" y con la dimensión de la misma "se pueda dar una localización aproximada" de ésta. Además, si como surge del análisis ya hecho del infundado dictamen, los peritos no procedieron a la localización del área de la merced mediante el reconocimiento real de lugares conocidos y actualmente determinables de los alindamientos o, mejor aún, regiones indicadas en el título primitivo, y si, como también ya dejo expuesto, esa información pericial es insuficiente e inoperante en cuanto a la fijación de los linderos arcifinios y a la superficie por ellos abarcada, resulta entonces que no es posible establecer una relación de conexión y proximidad entre las cabidas de las medidas y los linderos de la estancia de ganado mayor, como lo enuncian los expertos sin intento de demostración.

Después expresa el dictamen, en orden ya a la posible determinación de las cuatro estancias de ganado mayor y dos de pan y ganado menor concedidas al Alférez Felipe de Santa Cruz en el año de 1.631, que para trazar sobre el mapa del Instituto Geográfico el contorno que las representa tuvieron en cuenta estos datos: que de acuerdo con el título colonial Santa Cruz solicitó aquella merced "en toda la redondez de la estancia que hube y compré al Alférez Juan Clemente Chaves", por lo cual "se ha proyectado una localización aproximada del área correspondiente a dicha petición" al rededor de la estancia de ganado mayor concedida a María Santiago y que luego su heredero Juan Clemente Chaves vendió al prenombrado Santa Cruz en el año de 1.625; que el documento primitivo menciona asimismo como parajes en donde debiera estar dicha adjudicación "las tierras de Tenjo, Guangatá y Churuaco", y también la quebrada de Chique y el hato de Juan Poveda, lugares que se pueden distinguir en el plano del Instituto Geográfico, aunque algunos de ellos sólo con nombres parecidos a los citados en el título antiguo; que, finalmente, "la solicitud de Felipe Santa Cruz", una vez hecha la conversión de las medidas agrarias antiguas a las modernas, "abarca un área total de 7.597-67 hectáreas que corresponden a la extensión de cuatro estancias de ganado mayor y dos de pan y ganado menor".

Concluyen los peritos que con fundamento en las consideraciones anteriores han dibujado sobre el indicado mapa, al rededor de la estancia adjudicada a María Santiago, el contorno dentro del cual "aproximadamente está el área correspondiente a la petición del Alférez Felipe Santa Cruz", área que a su vez comprende el predio materia de la demanda.

Las apreciaciones del dictamen y el dibujo que las recoge, no son suficientes en sentir de la Sala para establecer la identificación pretendida por las razones que en seguida se consignan.

Premisa de la peritación es la de que para localizar los terrenos adjudicados en merced a Felipe Santa Cruz incide como factor fundamental y determinante la circunstancia de que, por así expresarlo el título colonial, tales tierras estaban situadas "en toda la redondez" de la estancia antes concedida a María Santiago, la cual un heredero de la primitiva adjudicataria vendió después al dicho Santa Cruz. Con apoyo en esa base procedieron los expertos a dibujar el irre-

gular polígono que encierra las cuestionadas tierras, proyetándolo al rededor de la referida estancia. Pues bien: al examinarse en anterior parte motiva de esta providencia el informe pericial en lo toçante a la determinaciòn de la merced otorgada a Maria Santiago, se llegó a la inequivoca conclusión de que no resultó acreditada en el proceso aquella identificación por el medio probatorio que ahora se invoca en apoyo de este nuevo aserto del dictamen. Por lo tanto, la falta de identidad de aquella estancia demerita la premisa fundamental acogida por los peritos para sustentar su esquemático informe a este respecto.

Tampoco aparece la determinación de las tierras que fueron objeto de la merced dada a Santa Cruz, si se contempla y analiza a la sola luz de las imprecisas referencias hechas por los expertos a parajes que indican su posible ubicación y los cuales con los mismos aparecidos nombres figuran en el plano del Instituto y en el título primitivo.

En efecto: el documento colonial, según lo revela su contenido en otra parte transcrito, indica al principio en forma general, pero sin definirlas por sus tèrminos, las regiones en donde debiera hacerse la adjudicación de las cuatro estancias de ganado mayor y dos de ganado menor, o sea "en tierras de Tenjo, Guangatá y Churuaco". Luego, çoncreta teóricamente la extensión territorial de la merced al indicar sus términos externos en relación con otros predios circundantes, o más claramente con las estancias siguientes: con las que fueron de Juan Chinchilla, corriendo toda la sierra de Cota hasta el hato de Juan Poveda Medina que es en tierras de Guangatá; con las que fueron de Elvira Moyano corriendo toda la quebrada de Chique abajo, de una y otra parte de dicha quebrada; con las que fueron de Juan de Montalvo que llaman 'El Hornillo'; con el hato de Margarita de Martos; con estancias que fueron del Dean de esta ciudad, junto a la quebrada de Chique. Según este mismo documento la merced de Santa Cruz debía entenderse en toda la redondez de la estancia que aquèl comprò a Juan Clemente Chaves (antes de María Santiago) "y en todos los pedazos o pedazo que hubiere de tierras vacas y en las sobras de las estancias que los dichos títulos estuvieren proveìdos después de medidos en todas las sobras que hubiere de tierra vaca".

Ahora bien: los datos que el título colonial señala como límites externos de las tierras mercedadas a Santa Cruz por su colindancia con otros herederos, no fueron objeto de reconocimiento directo sobre el terreno durante la diligencia de inspección ocular, no obstante que al Juez correspondía en primer término el examen de ese hecho fundamental relacionado con el litigio y que la verificación de los sitios y posibles linderos indicados en la merced con los actualmente existentes, habría dado a los peritos bases reales y ciertas para la ubicación de las tierras y también al juzgador elementos de juicio a ese mismo particular.

De otro lado, se observa que el dictamen prescindió, quizà por la circunstancia anotada, de señalar la necesaria relación que debía establecerse entre los datos que sobre sitios y linderos describe la adjudicación y el dibujo de las estancias que han presentado, pues ni siquiera mencionan en su informe la mayor parte de esos alindamientos y lugares de esencial importancia para la determinación de los terrenos en cuestión.

En cambio, sin expresar la razón de sus conceptos y la manera como pudieron constatar realmente los puntos principales para fijar el perímetro gráfico

de las estancias, toman en consideración para elaboración de su trabajo factores que únicamente son indicativos de regiones extensas dentro de las cuales debía hacerse la adjudicación, o sea, según reza el título, "en tierras de Tenjo, Guanguatá y Churuaco". Y que esta última indicación tiene solo el significado que se le deja antes atribuido, lo demuestra el hecho de que en los títulos tanto para la estancia concedida a María Santiago como para las seis otorgadas a Santa Cruz, estancias estas últimas que debían proveerse "en toda la redondez" de la primera y así las dibujan los peritos, se indica en forma común que esas mercedes están en tierras de Tenjo y Churguaco". Por lo tanto, cabe deducir que la expresión referida no define los términos de las estancias, sino que es solo indicativa de regiones extensas dentro de las cuales debían concretarse las áreas de las mismas mediante otros datos que las determinaran con precisión en esos documentos.

En cuanto a la invocación que los expertos hacen a la cabida de la merced para la delimitación de su superficie, basta advertir que el informe no contiene motivación alguna que permita establecer con relativa certeza la conexión que pueda existir entre la equivalencia que le fijan a la medida agraria antigua y los posibles linderos de la adjudicación, ya que los peritos se han reducido a dibujar una figura sobre el mapa del Instituto Geográfico, pero sin indicar la razón para la escogencia de los puntos y líneas del polígono así trazado, ni relacionar éste con lugares ciertos y actualmente determinables y que correspodan a los alindamientos descritos en el título antiguo.

Por ser infundado el dictamen, según lo antes expuesto, síguese que en este juicio no se ha acreditado debidamente el presupuesto de la determinación de los terrenos litigiosos, lo cual lleva al fracaso de la acción propuesta y, además, exime a la Sala del estudio sobre validez y eficacia del título antiguo presentado. Y esta misma circunstancia determina que tampoco pueda prosperar aquélla con fundamento en la justa prescripción por actos de explotación económica de tiempo inmemorial, por no conocerse los terrenos en los cuales se hubieran ejecutado esos actos de aprovechamiento.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Niéganse las peticiones de la demanda ordinaria promovida por María Cecilia Correa Correa, materia de esta sentencia, y, en consecuencia, SE ABSUELVE a la Nación demandada de todos los cargos formulados en el libelo.

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

Carlos Peláez Trujillo. - Ramiro Araújo Grau. - Efrén Osejo Peña. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE DOMINIO DEL SUBSUELO PETROLIFERO. EXAMEN DE LAS PRUEBAS APORTADAS. CRITICA DEL TESTIMONIO. FALTA DE IDENTIFICACION DE LOS TERRENOS MERCEDADOS. DOCUMENTOS ALLEGADOS DURANTE LA INSPECCION OCULAR.

En la diligencia de inspección ocular pueden recibirse o practicarse pruebas, pero bajo la condición esencial e indispensable de que se hayan pedido y decretado dentro del primer lapso señalado en el artículo 746 del Código Judicial.

No puede estimarse la escritura presentada por el actor dentro de la diligencia de inspecciòn ocular sobre remate de las tierras de la capellanía, en virtud de que no se pidió en tiempo oportuno la copia de tal instrumento; porque, según se ha dicho en otras ocasiones, en la diligencia de inspección ocular pueden recibirse o practicarse pruebas, pero bajo la esencial e indispensable condición de que se hayan pedido y decretado dentro del primer lapso señalado en el artículo 746 del Código Judicial, o sea, dentro de los primeros diez días que las partes tienen para pedir pruebas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, cuatro de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

Con ocasión de la propuesta de contrato para la exploración y explotación del subsuelo petrolífero, hecha bajo el No. 869 por la Texas Petróleum Company, el apoderado de Alberto Medina Pinzón y Alicia Pabón de Medina demandó a la Nación con el fín de que, en la sentencia definitiva pronunciada en juicio ordinario de única instancia, se hicieran las siguientes declaraciones y ordenamientos:

"Primera. Que el globo de terreno de propiedad de mis mandantes, determinado en el hecho 1o. de esta demanda, por su ubicación, extensión superficiaria y linderos, salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, en virtud de varios títulos emanados del Estado y de la justa prescripción por explotaciòn económica de la tierra.

"Segunda. Que en consecuencia, tanto el suelo como el subsuelo del globo de terreno determinado en el hecho 1o. de esta demanda por su ubicación, extensión y linderos y de manera especial el petróleo, gases, hidrocarburos y demàs minerales y substancias que se hallen en el suelo y subsuelo de dicho globo de terreno son de propiedad de mis poderdantes señores Alberto Medina Pinzón y Alicia Pabón de Medina.

"Tercera. Que, en consecuencia, el subsuelo del referido globo de terreno y de manera especial el petróleo, gases y demás hidrocarburos y substancias que se encuentren en dicho subsuelo pueden explotarse como de propiedad privada de los señores don Alberto Medina Pinzón y doña Alicia Pabón de Medina y su exploración y explotación no pueden adelantarse por la Texas Petróleum Company, solicitante de la propuesta número 869 (Tabio), de que se hablará mas adelante, ni por persona alguna, distinta de los señores don Alberto Medina Pinzón y doña Alicia Pabón de Medina.

"Cuarta. Que en el evento de que ya se hubiere celebrado por la Nación con la Texas Petróleum Company contrato de exploración y explotación del petróleo, gases y demás hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo del mencionado globo de terreno, como si fuesen de propiedad nacional, por hallarse éste ubicado dentro del perímetro de la propuesta número 869 (Tabio), dicho contrato debe declararse terminado en lo referente al subsuelo petrolífero del globo de terreno objeto de esta demanda, conforme lo dispone el inciso 3o. del artículo 2o. del Decreto 3050 de 1.956".

En cuanto a los hechos, en el primero señala las lindes del predio Lombardía, ubicado en el municipio de Tabio, que las describe así: " 'Oriente, a partir del ángulo formado por la unión del llamado 'Boquerón de Tabio' o antiguo camino de herradura que conduce de Cajicá a Tabio y la nueva carretera departamental o variante que enlaza dichas poblaciones, con el camino departamental de 'Río Frío' oriental, frente a terrenos de la señora María Domitila García de Nieto, hasta el punto en que la quebrada de 'El Rincón', cruza dicho camino; Norte, con camino departamental frente al terreno de la citada señora García de Nieto; Occidente, con fincas de Emiliano Forero, Manuel Ospina y Argemiro Luque, por la línea divisoria de topica, alambre de púas y vallados hasta encontrar la unión de dicha línea con el camino de Río Frío y siguiendo por éste aguas abajo y cauce al medio, con finca de Félix Eduardo Salazar, hasta el punto en que se encuentra el mencionado cauce y la línea divisoria de paredes y alambre de púas, que partiendo en sentido sur, norte, de la carretera departamental que de Cajicá conduce a Tabio, delimita la finca del mencionado Salazar y la divide del globo de terreno que se deslinda; y Sur, con la carretera departamental de Cajicá a Tabio, frente a los terrenos de Rudecindo Nieto Díaz hasta el Boquerón de Tabio que del ángulo inicial formado como al principio se dijo".

En el segundo, alude a la cadena de títulos que se dice existe desde los actuales propietarios "hasta las personas que lo adquirieron en mayor extensión antes del 28 de octubre de 1.873, en virtud de títulos emanados del Estado y de la justa prescripción adquisitiva".

Afirma en el tercero que el Ministerio aceptó la propuesta de contrato presentada por la Texas Petróleum Company, mediante resolución 347 de 8 de abril de 1.958 y registrada bajo el No. 869 con un área de 49.996 hectareas y 8.000 M2, que comprende los municipios de Tabio y Chía, según las lindes descritas en la propuesta e insertas en la publicación efectuada en el No. 29.776 de 27 de septiembre de 1.958 del Diario Oficial.

Según el hecho cuarto, el predio descrito en el primero salió del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1.873, "por virtud de numerosos actos jurídicos, que son la causa legal del derecho de mis mandantes sobre el subsue-

lo petrolífero 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".

El nominado predio Lombardía, de acuerdo con el hecho quinto, "está comprendido dentro del área de la propuesta número 869 (Tabio) de la Texas Petróleum Company, cuyo perímetro se superpone a él".

En el sexto, dice: "El globo de terreno mencionado, cuyo suelo y subsuelo son de propiedad de los señores Alberto Medina Pinzón y doña Alicia Pabón de Medina está claramente determinado en los títulos de adquisición y es determinable sobre el terreno".

Como disposiciones legales aplicables invocó los arts. 5, 34, 36 y demás disposiciones concordantes del C. de P., además de las leyes 37 de 1.931, 160 de 1.936, 11 de 1.953; la Legislación Española, Reales Cédulas, Leyes de Indias, como también las leyes de 11 de octubre de 1.821, 70 de 1.866, el C. F. de 1.873, los arts. 668, 673 etc. del C. C.

Con la demanda presentó copia de la escritura pública No. 1228 de 4 de abril de 1,945, otorgada en la Notaría No. 1o. de Bogotá, y el certificado No. 1148 del Registrador de Instrumentos Públicos de Zipaquirá, para demostrar la actual posesión inscrita de los actores.

Admitida la demanda y corrido el traslado de regla al procurador primero delegado en lo civil, la contestó en el sentido de oponerse a que se hicieran las declaraciones suplicadas y, en cuanto a los hechos, manifestò que se atendría "a la eficacia y conducencia de las pruebas que se produzcan para respaldarlos".

Como el proceso se ha tramitado en forma regular hasta su terminación, se procede a dictar la sentencia definitiva con fundamento en las consideraciones siguientes.

I. Título de la merced. Aún cuando en la demanda no se indicó el título preciso emanado o expedido por el Estado, ni tampoco se describieron las linder del predio mercedado o adjudicado; sin embargo, según las copias expedidas por el Jefe del Archivo Histórico Nacional, como también por lo dicho o expuesto en la inspección ocular y en la exposición de los peritos, se concluye que la causa petendi la fundan los actores en la merced de fecha 8 de febrero de 1.574, hecha por el Presidente Venero de Leyva a Juan de Vera, cuya mensura se llevó a efecto el día 14 de junio del año citado, por el comisionado Hernando Suárez, en esta forma:

"E después de lo susodicho en este día, lunes catorce días del dicho mes de junio y del dicho año de mil quinientos y setenta y cuatro años, por virtud de la dicha comisión y nombramiento y con la dicha vara el dicho Hernando Xuárez empezo a medir la estancia de ganado para el dicho Juan de Vera, la cual se comenzó a medir desde la orilla del río que pasa por el valle de Tabio atravesando el camino de las arrias de Tunja que sale del dicho valle para el de Cajicá; y el dicho río asimismo sale para el dicho valle por la halda de la sierra que parte las aguas entre los dichos valles de Tabio y Cajicá; y así se fue midiendo por la halda de dicha sierra por la banda que vierten las aguas al dicho valle de Tabio, por Gines, y se midieron setenta cabuyas de a cincuenta varas con la dicha medida y marca hasta llegar a la cumbre de un vallecillo que se halla en-

tre la dicha sierra y otra que está en el dicho valle de Tabio y jines; y se acabaron las dichas setenta cabuyas de cincuenta varas de la dicha marca junto a un hoyo que está en el dicho vallecillo entre dos matas que están a mano izquierda del dicho hoyo subiendo arriba como ibamos midiendo, y junto al dicho vallecillo e hoyo que se señaló por mojón, están dos matas de peñascos, uno grande y otros menos pequeños y más a una hoya que se hace en el dicho vallecillo que son redondos, y así desde aquí cortando hacia los indios de Chibiasuga, por una sendilla que va a media ladera por la sierra del dicho valle de Tabio y jines; y se midieron sesenta cabuyas de las dichas cincuenta varas como dicho es, las cuales se acabaron de medir bajando la dicha sierra o junto a lo llano del dicho valle junto a una quebradilla pequeña, encima de la cual están de la otra banda dos piedras juntas la una con la otra que está frontero de los indios llamados Chibiasugas en la halda de la dicha sierra que está frontero de los dichos indios el río, y gran parte de llano al medio; y asimismo prosiguiendo el medir de la dicha estancia volvimos midiendo por lo llano del dicho valle por junto el río que va por el dicho valle hacia Tabio y se acabaron de medir otras sesenta cabuyas de la dicha medida y marca de cincuenta varas cada cabuya desde las dichas dos piedras susodichas hasta frontero de un morro de piedras que está en en el dicho valle de la otra banda del dicho río a la parte de jines, y de allí se fué prosiguiendo hacia el dicho río y camino de Tunja a donde se comenzó a medir y se midieron y acabaron de medir y juntar con el principio de donde se comenzó la dicha estancia con otras sesenta y cuatro cabuyas de la forma susodicha, y con esto se acabó de medir la estancia de la manera susodicha y no se midió más que no quiso el dicho Juan de Vera que se midiese más por ser la tierra áspera y por esta razón no se midieron las seis mil varas que el dicho Juan Fuerte dijo había de tener de largo y otros tantos de ancho, lo cual se midió por el dicho Hernando Xuárez en presencia de mí el dicho escribano, y lo firmé de mi nombre, y por el dicho Hernando Xuárez el dicho Juan de Pedraza. Pedro Zárate, escribano". (fls. 4 a 5 C. Nº. 3º.).

II Determinación de los inmuebles. Con el fin de identificar o determinar, tanto la merced como el predio nominado Lombardía, ambos comprendidos, según lo afirmado en la demanda, dentro del área de la propuesta Nº. 869 de la Texas Petróleum Company, se ordenó practicar, a petición de la parte actora, una inspección ocular con la asistencia de peritos; y para llevar a efecto tal diligencia, se comisionó al juez civil del circuito de Zipaquirá, que la cumplió el 4 de noviembre de 1.960.

Dentro de la diligencia de inspección ocular, el apoderado de la parte actora presentó algunas pruebas, las cuales ordenó el juez agregarlas al expediente, para estimar su mérito probatorio en la sentencia, de conformidad con las observaciones del procurador delegado, en cuanto a la oportunidad de algunas de las copias presentadas, las cuales, según el decir del apoderado de los actores, tienen la finalidad de aclarar puntos dudosos e ilustrar el criterio de los peritos.

Resueltas estas cuestiones previas, continúa el acta así: "El señor juez, en el acto, recibió juramento a los señores Israel Camacho y Arturo Quintero, identificado con c. de c. No. 407015 de Tabio, jurando decir la verdad, toda la verdad nada más que la verdad en lo que dijere, a fín de que informe al personal de la diligencia sobre el nombre y ubicación de los diferentes puntos de la región... ....".

"Luégo -se lee en el acta- se trasladó el personal de la diligencia a un sitio ubicado a unos 700 metros hacia el oriente de la casa de la finca Lombardía, sitio en el cual se observó la existencia de un camino de herradura que según las personas designadas como testigos informantes, se llamó anteriormente 'Arrias de Tunja' que viene de Cajicá hacia el valle de Tabio, pasando por una depresión de la sierra llamada 'Los Monos', depresión que se llama 'Boquerón de Tabio'. Este camino de herradura forma un ángulo en el valle con la carretera departamental que conduce de Cajicá a Tabio así como con la carretera que va a Riofrío Oriental, o sea que en este punto interceden (sic de intersección) las dos carreteras dichas así como el río que dicen los testigos, se llama 'Riofrío'. En este punto se observa también que el camino de herradura mencionado y que va hacia el valle, viniendo de la sierra, pasa por entre dos cerros llamados 'San Miguel' y 'Dividivi' y se encuentra descontinuado en el lugar donde según los testigos se encontraba anteriormente la madre del llamado Riofrío, cuyo cauce dizque fuè variado, según su dicho, desde hace unos cuarenta años a fín de conducirlo bajo un puente de nueva construcción. En este sitio desemboca también el río, pasando por la misma sierra de los Monos para llegar al valle de Cajicá y en forma paralela a la carretera que conduce de dicha población a Tabio". (fls. 53 ib.).

El juez, los representantes de las partes, los peritos y los testigos continuaron el recorrido de las lindes del inmueble para llegar a la conclusión de que "este juzgado declara debidamente identificada la finca denominada 'Lombardía', quedando de esta manera establecido el punto primero del cuestionario, objeto de la presente diligencia".

En cuanto a la esencial cuestión de la determinación de la merced concedida a Juan de Vera, se dijo en el acta esto: "Con el fín de comprobar el hecho relacionado con el punto b), el personal de la diligencia, luego de haberse leído los linderos de la merced concedida al señor Juan de Vera (copias expedidas por el Archivo Nacional. Acta de la medida hecha por Hernando de Suárez), llegó a la conclusión siguiente: se identificó el punto de intersección del camino de herradura llamado antiguamente 'arrias de Tunja' y que constituye punto de partida de la alinderación del inmueble Lombardía, con el río que hoy lo denominan 'Río-frío'. Como antes se dijo, también se deja establecido que en este lugar, Boquerón de Tabio y atravesando la colina, pasa dicho río del valle de Tabio al valle de Cajicá. Este punto se identificó como el punto de partida tomado por el medidor de la merced, pues consta: '.....desde la orilla del río que pasa por el valle de Tabio, atravesando el camino de las Arrias de Tunja que sale de dicho valle por el halda de la sierra que parte las aguas entre los dichos valles de Tabio.....'. Luego el personal de la diligencia siguiendo hacia el oriente, pretendió llegar al punto final de la medida de las setenta cabuyas a que se refiere la medida de dicha merced, para lo cual se situò en un paraje llamado Bellavista del cual se divisa perfectamente un sitio, que según lo manifestó la señora Ana Lucía Espinosa se denomina Pozohondo, así como una pequeña quebrada que baja de dos cerros, llamados de Cruz Verde y Pasohondo que según lo manifiestan los testigos, constituyen lo que se llama 'Matas de Peñasco'. En atención a que el personal de la diligencia o mejor, este juzgado no puede identificar plenamente el terreno que comprende dicha merced así como los relacionados en los remates que constan en escrituras números 769 y 770 de octubre de 1.870, se limita en cuanto se relaciona al establecimiento de la identidad de tal merced así como a los remates mencionados, a dejar constancia sobre la plena identificación de los puntos antes dichos. Los señores peritos, en atención a la topografía del terreno y la traducción de las

medidas tomadas por el medidor Hernando Suárez, se servirán dictaminar sobre la identidad de tal merced así como sobre el hecho de estar incluida la finca de 'Lombardía' dentro del área de dicha merced". (fls. 54 a 54 vto. ib.).

Con el fin de establecer el real fundamento sobre la identificación o determinación de los puntos de referencia, mencionados en la mensura de la merced por Hernando Suárez, resulta del todo necesario transcribir el interrogatorio hecho por el procurador delegado a los testigos en la diligencia, en esta forma: "..... se procedió a formular el siguiente contrainterrogatorio al señor Arturo Quintero Luque: Repreguntado: Sírvase manifestar si conoce el valle de Gines, mencionado en los títulos originarios?. Contestó: 'Si conozco los valles de Gines, por la razón de que soy de este municipio y conozco todo ese valle'. Repreguntado: Sirvase manifestar si conoce las tierras de los Indios de Chiviasugua, también mencionadas en los títulos originarios?. Contestó: Las tierras de los Indios las conozco son las mismas donde estuvo el personal de la diligencia'. Repreguntado: Sirvase manifestar por que razón conoce esas tierras?. Contestó: Las conozco yo he estado allá en el punto denominado 'Pozo Hondo'. Repreguntado: Sírvase manifestar si tiene conocimiento directo y personal de que dichas tierras pertenecen o pertenecieron a los Indios de Chiviasugua, y en caso afirmativo por qué razón?. Contestó: He oido (sic) decir siempre que eso era de los indios'. Repreguntado: De què indios? Contestó: Habia oído decir que eran de los chibchas'. Repreguntado: Podrìa usted identificar con alguna precisión las tierras que dice saber que pertenecieron a los indios chibchas?. Contestó: 'No puedo identificar cual serían las propiedades'. Repreguntado: Podría usted identificar con suficiente claridad qué terrenos comprende el valle de Gines, que usted dice conocer?. Contestó: El valle de Gines es el mismo valle donde hoy salimos allá arriba de Pozo Hondo'. Repreguntado: Sírvase manifestar si en la actualidad dicha región tiene aún el nombre de Gines?. Contestó: Hoy no lo tiene. Repreguntado: Por qué razón entonces' considera usted que dichos terrenos constituían el valle de Gines? Contestó: Porque hasta hoy vuelvo a recordar según la historia'. Repreguntado: Sírvase manifestar cuál es el nombre del camino que pasa por el Boquerón de Tabio? Contestó: El camino que era antihio (sic) de herradura llamado El Boquerón'. Repreguntado: Usted manifestò a la señorita Juez què dicho camino se llama 'Las arrias de Tunja' 'en qué razones funda su dicho? Contestó: Al oir leer hoy los títulos'. Repreguntado: Parte del personal de la diligencia, a saber: los señores peritos, el dueño del terreno, los testigos y el procurador, visitaron el llamado Pozo Hondo; sírvase manifestar si se trata de un hoyo o de un pozo de agua corriente, del cual fluye una quebrada? Contestó: Siempre lo he conocido y que de ese Pozo Hondo desprende el agua para la antigua Capellanía; es un pozo. Repreguntado: Sírvase manifestar si dicho pozo se halla en un valle? Contestó: No se halla en un valle, en medio de dos piedras o de dos cerros. — Seguidamente se procedió a repreguntar al testigo Israel Camacho, así: Repreguntado por el señor procurador: Sírvase manifestar si conoce el valle de Gines y en caso afirmativo por qué razón? Contestó: Conocí el valle de Gines, desde hace tiempo pero no supe que se llamaba así sino hasta hace pocos días por informe del Dr. Alberto Medina cuando leyó unos papeles'. Repreguntado: Sírvase manifestar si conoce las tierras de los Indios Chiviasugua? Contestó: 'Esos valles los conocí pero no tenía seguridad quienes eran los dueños anteriores'. Repreguntado: Sírvase manifestar el nombre del camino de herradura que pasa por el Boquerón de Tabio? Contestó: Yo he conocido el camino de herradura con el nombre de El Boquerón. Repreguntado: Sírvase manifestar por què razón informó usted a la señorita juez

que ese camino es 'las arrias de Tunja'? Contestó: Era que por ahí yo le dije el camino de herradura, pude haberle dicho 'arrias de Tunja' pero no recuerdo, y que por ahí pasaban carros de yunta. Repreguntado: Sírvase manifestar si a usted le consta directa y personalmente que dicho camino de herradura condujese en el pasado a la ciudad de Tunja? Contestó: Pues el camino de herradura como ha viajado mucha gente por ahí por ese camino ha podido ir allá. Repreguntado: Sírvase manifestar si el llamado Pozo Hondo es un pozo de agua corriente (sic), del cual sale una quebrada, o si es un hoyo? Contestó: 'Yo desde la época que he conocido en ese hoyo que hay en medio del cerro sale el agua que forma una quebradita. Repreguntado: Sírvase manifestar si Pozo Hondo se encuentra dentro de un valle? Contestó: El Pozo lo he conocido es allí en medio de los cerros'". (fls. 55 a 55 vto. ib.).

Los peritos, de acuerdo con lo ordenado por el Juez en la diligencia de inspección ocular y para dar respuesta al cuestionario formulado por la parte actora, después de transcribir las lindes de la merced, según la mensura practicada por Hernando Suárez, expusieron esto:

"En la diligencia de inspección ocular se identificaron el camino de herradura o de las 'arrias de Tunja', el río Frío (antigua Cinca (sic) - ver fl. 22 del cuaderno 2o.), la salida de éste por entre la sierra al valle de Cajicá, el sitio de Pozo hondo y la quebrada que baja de los cerros de Cruz Verde y Pozo hondo. (ver fls. 54 y 54 vto. del cuaderno No. 2o.).

"Identificados el punto de partida del lindero '..... ....desde la orilla del río.....atravesando el camino de las arrias de Tunja' y la falda de la sierra que separa los valles de Tabio y Cajicá, pudo llegarse a la cumbre, en donde igualmente identificamos 'el vallecillo que se halla entre dicha sierra y otra....'. La medida entre estos dos puntos naturales es, según el acta de medición, de 70 cabuyas de 50 varas cada una. Hecha la conversión a las medidas del sistema métrico usual, resulta lo siguiente: 70 X 50= 3.500 varas, o sea en metros: 3.500 X 0.84 m = 2.940 metros. Esta distancia es apoximadamente igual a la hallada en el terreno con telémetro, entre el antiguo camino de las arrias de Tunja y el vallecillo que colinda con la quebrada de pozohondo. Es también aproximadamente igual a la que se puede medir entre los dos puntos sobre el mapa levantado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi para la región.

"De la cumbre referida, el lindero prosigue descendiendo por una quebrada, que después de atravesar el Valle desemboca en el río Frío. La existencia de la quebrada, como se dijo, quedó establecida en la inspección ocular. La longitud de la medida es en esta parte de 60 cabuyas, y coincide también, de manera aproximada, con la que pudimos obtener siguiendo el mismo procedimiento indicado en un principio.

"Por último, los costados occidental y sur del lindero, siguen el curso del río Frío, en longitud de 124 cabuyas, hasta el punto inicial. También se comprobó la coincidencia entre esa medida y la obtenida sobre el mapa.

"El área de la estancia, la hemos demarcado, según los datos de las medidas, con líneas de color verde, en el mapa del Instituto.

"Con base en lo anterior, conceptuamos haber identificado plenamente la estancia ubicada en el Valle de Tabio que fue medida a Juan de Vera, en virtud de la adjudicación que se le hizo el 8 de febrero de 1.574". (fls. 62 vto. a 63 ib.).

Por tanto, en concepto de los peritos, determinaron sobre el terreno, la merced concedida a Juan de Vera en el año de 1.574; sin embargo, como fácilmente puede deducirse de la lectura del dictamen, todo está fundado en la identificación de los puntos de referencia hecha en la diligencia de inspección ocular, mas si se analiza la forma como se llevó a efecto aquella determinación en la inspección, se encuentra que, a su turno, halla apoyo en el decir de los dos testigos designados "con el fin de que informen al personal de la diligencia sobre el nombre y ubicación de los diferentes puntos de la región"; de manera que, en definitiva, la ubicación de los puntos claves depende del valor probatorio de los testimonios de Israel Camacho y Arturo Quintero, en cuanto cumplan con los requisitos exigidos por la ley para darle crédito a sus afirmaciones.

A los dos testigos, dentro de la diligencia, no se les recibió expresamente una declaración con las formalidades legales, esto es, mediante un interrogatorio para que expresaran lo que ellos conocían sobre los puntos objeto de identificación o ubicación, con las explicaciones del caso respecto del modo, tiempo y lugar, tal como lo exige el art. 697 del C. J.; sin embargo, según se ha visto antes, el procurador delegado los repreguntó, para cerciorarse de la eficacia de los testimonios; y aun cuando las respuestas fueron evasivas y confusas, claramente se deduce que los deponentes, personalmente, no conocían los puntos de referencia que se trataba de ubicar sobre el terreno, sino que tal hecho les había sido sugerido antes, o porque ellos hicieron las conjeturas del caso al oír leer los documentos presentados por la parte actora.

El testigo Arturo Quintero Luque, en cuanto a la identificación, o mejor, a la determinación del llamado valle de Ginès, después de afirmar que lo conocía por ser oriundo del lugar, da las siguientes incompatibles respuestas a las preguntas del procurador: "Repreguntado: Sírvase manifestar si en la actualidad dicha regiòn tiene aún el nombre de Ginés?. Contestó: Hoy no lo tiene. Repreguntado: Por qué razón entonces, considera usted que dichos terrenos constituían el valle de Ginés?. Contestó: Porque hasta hoy vuelvo a recordar según la historia ....". Más adelante se le pregunta: 'Usted manifestó a la señorita Juez que dicho camino se llama 'las Arrias de Tunja', en qué razones funda su dicho?. Contestó: Al oír leer los títulos".

El otro deponente, Israel Camacho, a la primera pregunta contestó: "Conocí el valle de Ginès desde hace mucho tiempo, pero no supe que se llamaba así sino hasta hace pocos días por informe del doctor Alberto Medina cuando leyó unos papeles". Repreguntado: "Sírvase manifestar el nombre del camino de herradura que pasa por el Boquerón de Tabio?. Contestó: Yo he conocido el camino de herradura con el nombre de El Boquerón. Repreguntado: Sírvase manifestar por qué razón informò usted a la señorita juez que ese camino es 'las arrias de Tunja'?. Contestó: Era que por ahí yo le dije el camino de herradura, pude haberle dicho 'arrias de Tunja' pero no recuerdo, y que por ahí pasaban carros de yunta".

En los puntos sustanciales, los testigos no declaran sobre hechos o lugares que ellos hubiesen conocido personalmente, sino por referencias, ya al dicho de la parte actora, o bien a las conjeturas o hipótesis o suposiciones que ellos dedujeron o plantearon con ocasión de la lectura de los documentos, pero no

con fundamento en un conocimiento anterior e independiente, para incurrir así en un círculo vicioso, pues se aduce el dicho de los testigos para determinar los puntos designados por sus nombres en los títulos, a su vez, los testigos se refieren a los propios títulos con el objeto de explicar porqué o como llegaron a saber los nombres de los lugares que se trata de identificar o determinar, precisamente, con el nombre dado en aquellos documentos.

Sobre la crítica del testimonio, la Corte en la sentencia de casación de fecha 20 de abril de 1.950, publicada en el Tomo LXVII, pág. 175, ha dicho:

'Dentro del sistema legal-moral que rige nuestro derecho probatorio, el criterio judicial para deducir el valor del testimonio no excluye la aplicación de las normas de la sana crítica, en busca de la depuración de la prueba, pero sin perder de vista las reglas y preceptos legales que imponen su aceptación dentro de determinadas condiciones, tales como las que enuncia el 697 del C. J. La condición esencial del testimonio es que debe ser fundado sobre hechos subjetivos del testigo, y para eso es necesario que exprese las circunstancias de su observación personal inmediata sobre hechos susceptibles de caer bajo la acción de sus sentidos, que su dicho sea verosímil y no contrario a las leyes de la naturaleza y que su declaración sea original y no nacida de extraña sugestión. Son estas, en general, las condiciones de atendibilidad del testimonio en cuanto se refiere al aspecto de la correspondencia entre la declaración del testigo y las observaciones efectivamente realizadas por él. Con el objeto de que este testimonio sea, en lo posible, responsivo, exacto y completo, el Juez debe preguntar al declarante, sin detalles minuciosos, sobre todo lo que conduzca a esclarecer y completar su exposición y a investigar el fundamento en que basa el conocimiento de los hechos que afirma (arts. 687, 688) para lo cual, como es obvio, habrá que tratar de ubicarlos en el tiempo, expresando la época de su ocurrencia; en el espacio, determinando el sitio de su acaecimiento, y describiendo, además, el modo como ocurrieron o tuvieron cumplimiento. Naturalmente sin perder de vista que esas circunstancias inciden de distinta manera y tienen más o menos importancia en la investigación de la fuente y pureza del conocimiento según la naturaleza de los hechos afirmados'.

Del examen de los testimonios de Quintero y de Camacho, fácilmente se pone de manifiesto que sus respuestas, o mejor, las indicaciones o sugerencias hechas en la diligencia de inspección ocular, no fueron fruto de un conocimiento personal de ellos, sino de simples conjeturas o hipótesis con base en las informaciones recibidas antes de la diligencia, como aparece de bulto en las respuestas dadas al interrogatorio formulado por el procurador delegado, quien, en el alegato final, hace estas observaciones:

"A estas razones debe agregarse la incertidumbre planteada en la titulación, ya que en la misma época de otorgamiento del título se puso en duda su cabida. En efecto: hecha una segunda medida de la estancia proveída a Juan de Vera y cuando era su poseedor Juan Correa, se dejó en el libro de protocolo la siguiente aclaración (folio 11 vuelto C. No. 3). 'La medida de esta estancia no vale porque se le había medido de las antiguas por un decreto del señor Visitador, el cual mandó se le midieran sin perjuicio y después pareció perjuicio y se le midió esta estancia de las modernas conforme a su título, la cual medida está en el cuaderno de las medidas de Tabio". Francisco Ortiz de Mariaca. Esta nota podría ser una aclaración proveniente de la disputa surgida entre Gonzalo Correa y Francisco Sánchez Barragán con motivo de la petición formulada por

este último para obtener merced de seis estancias de tierra. Dentro de ese expediente aparece una copia de la Real Cédula que fija la cabida de los títulos que se podían otorgar (folio 35 C. No. 3) y dice como sigue: Título de las estancias, huertas, caballerías y solares y ejidos de es (sic) ciudad. 'Primeramente ordenamos y mandamos que las estancias y caballerías que se proveyeran por el Cabildo de esta ciudad entre los vecinos de ella sean de la medida acostumbrada es a saber: las depan mayor es de mil y seiscientos pasos de largo y ochocientos de frente y las menores de mil doscientos pasos de largo y seiscientos de frente y las de ganado de mil y quinientos pasos de frente y tres mil de largo. Esta ordenanza tiene fecha anterior al otorgamiento de la merced por Venero de Leyva a Juan de Vera en febrero 8 de 1.574 ya que está fechada el 6 de mayo de 1.571. Decimos que puede ser una aclaración, porque no aparece por ninguna parte la decisión del Gobernador don Juan de Borja, la cual necesariamente afecta el estado legal de las tierras que hoy se pretende identificar" (fls. 24 C. No. 1º.).

En resumen, de lo expuesto se deduce:

a) En la diligencia de inspección ocular se dijo, expresamente, que no se pudo identificar plenamente el terreno que comprende la merced hecha a Juan de Vera.

b) Si bien en la misma diligencia se dejó "constancia sobre la plena identificación de los puntos mencionados", como el nominado arrias de Tunja, es lo cierto que tal determinación tuvo como fundamento el dicho de los testigos Quintero y Camacho, que no puede tenerse en cuenta por las razones expuestas antes;

c) Ahora, como el dictamen pericial dió por establecida la identificación del punto de partida de la mensura practicada por Hernando Suárez, en 1.574, si esta determinación resulta ineficaz, el trabajo de mensura y ubicación de los terrenos de la merced por los peritos queda, asimismo, sin base o sin un fundamento real y cierto; y, como una lógica y necesaria consecuencia, la falta de identificación, determinación o ubicación de la merced alegada en este proceso como título de propiedad del suelo y subsuelo.

III. Remates de bienes desamortizados. Además de la merced concedida a Juan de Vera por el presidente Venero de Leyva, se adujeron las diligencias de remate de algunos bienes desamortizados, como las contenidas en las escrituras número 769 y 770 de fecha 19 de octubre del año 1.870, otorgadas ante el Notario 3o. de Bogotá, en las cuales consta qne los lotes Nos. 1, 2, 3 y 4 de la antigua Capellanía de Tabio se adjudicaron a los rematadores Isidoro Laverde y Simón de Herrera; sin embargo, en la diligencia de inspección ocular no se intentó determinarlos y, aún cuando el concepto de los peritos no es del todo claro, los dichos lotes no están comprendidos dentro del área del inmueble "Lombardía", objeto de este litigio.

El apoderado de los actores, en la diligencia de inspección ocular, presentó copia de la escritura No. 39 de 30 de septiembre de 1.872, pasada ante el notario 3o de Bogotá, la cual contiene la definitiva adjudicación a Matilde Victoria de Gutiérrez, de los terrenos que formaron la Capellanía fundada por Juan Dominguez y su mujer Gabriela de Ocampo, denunciada por Ignacio Gutiérrez Armero ante el juez de circuito de Zipaquirá, juicio que terminó con la sentencia de la Corte Suprema Federal de 11 de febrero de 1.870.

Sobre los terrenos rematados por Matilde Victoria de Gutiérrez, los peritos dicen: "La precisa ubicación del ángulo formado por el río Frío y la cordillera hasta el Portachuelito de Chía, nos ha dado la convicción de que la capellanía de Juan Dominguez, colindaba con la merced de Juan de Vera en la parte en que las dos estancias eran divididas por el río Frío. Este hecho nos obliga a concluir que la porción de la finca 'Lombardía' situada al sur del río Frío, entre éste y la actual carretera departamental entre Cajicá y Tabio, formó parte de la antigua capellanía de Juan Domínguez, bachiller". (fl. 64 vto. C. No. 2o.).

Sin embargo, como lo observó el procurador delegado, la escritura No. 39 de 1.872, sobre remate de las tierras de la capellanía de Juan Domínguez, no puede entimarse en este proceso en virtud de que, en tiempo oportuno, no se pidió la copia de tal instrumento, porque, según se ha dicho en otras ocasiones, en la diligencia de inspección ocular pueden recibirse o practicarse pruebas, pero bajo la esencial e indispensable condición de que se hayan pedido y decretado dentro del primer lapso señalado en el art. 746 del C. J., o sea, dentro de los primeros diez días que las partes tienen para pedir pruebas.

En consecuencia, si no se ha determinado o ubicado la merced concedida a Juan de Vera, título alegado para demandar la propiedad del subsuelo petrolífero, carece de fundamento la acción ejercitada en este juicio por la parte actora, y 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 la demanda de oposición de Alberto Medina Pinzón y Alicia Pabón de Medina contra la propuesta de contrato No. 869 de la Texas Petroleum Company, en relación con el predio "Lombardía", por las lindes copiadas antes.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial, envíese copia auténtica de este fallo al Ministerio de Minas y Petróleos y archívese el expediente, previas las cancelaciones de rigor.

Carlos Peláez Trujillo.- Ramiro Araújo Grau.- Efrén Osejo Peña.- Luis Carlos Zambrano.- Jorge García M., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

IMPUESTO DE TIMBRE

Consecuencias, en el campo procesal y probatorio, de la falta de pago del referido impuesto en documentos, escritos o actuaciones que deben pagarlo.

Ante todo conviene advertir que corresponde a las autoridades administrativas resolver, en definitiva, si los documentos presentados están o no gravados con el impuesto de timbre; y, en caso afirmativo señalar la cuantía y las sanciones correspondientes, con el objeto de revalidarlos de acuerdo con las normas del Decreto 2908 de 21 de diciembre de 1.960; en consecuencia, como la apreciación que hace el juez, respecto de haberse causado el impuesto de timbre, es provisional, el artículo 32 del referido decreto le ordena remitirlos "al Administrador o Recaudador de Impuestos Nacionales del lugar en donde se haya descubierto la infracción, para que imponga las sanciones respectivas", sin que sea necesario petición de parte porque se trata de la efectividad de un impuesto, como un acto prejudicial, en interès del Estado, mas no de las partes litigantes, que no pueden invocar la omisión del pago del impuesto, o su pago deficiente o irregular, para fundar un derecho o una ventaja procesal.

Como la finalidad de la norma es la de hacer efectivo un impuesto, la sanción subsiste en forma provisional, mientras no se revalide el documento sujeto al pago del impuesto de timbre; pero una vez hecho, el citado artículo 20 le restituye o reconoce su valor probatorio primitivo en armonía con el artículo 28 del mismo decreto, que dispone: "El pago extemporáneo o insuficiente del impuesto de timbre, será sancionado con tres veces el valor del impuesto no pagado oportunamente. Sólo después de pagadas las sanciones se considerará revalidado el documento".

Estas normas, por referirse a un elemento puramente formal y en virtud de disposiciones expresas e imperativas, como las que se dejan citadas, se aplican a toda clase de juicios, así se trate de los de conocimiento o contenciosos, como de los ejecutivos o de los nominados de jurisdicción voluntaria, porque el decreto no hace salvedad alguna, por una parte, y por otra, no se encaminan las dichas normas a tutelar ningùn derecho de las partes, sino a la mera efectividad de un impuesto en provecho del Estado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, veintisiete de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

Compete a la Sala revisar el auto de fecha 20 de febrero del año pasado, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Gobernador del Departamento de Nariño, en el juicio ejecutivo que le adelanta, ante el tribunal superior

de Pasto, Zoila Checa de Ortiz por el pago de una suma de dinero, con fundamento en la sentencia de 9 de febrero de 1.960 proferida por el Consejo de Estado.

En el auto recurrido, la mayoria del tribunal a quo ordenó "remitir las presentes diligencias a la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Nariño, para los efectos fiscales relacionados con los documentos presentados con la demanda ejecutiva", por cuanto, según se expresa en la parte motiva, carecen de las estampillas de timbre necesarias, ordenadas en el Decreto No. 2908 de 1.960.

Los fundamentos de la apelación se hallan en los siguientes apartes del memorial suscrito por el Gobernador y presentado ante el tribunal con ocasión del recurso de reposición y de apelación, en subsidio.

"El art. 20 del Decreto 2908 de 21 de diciembre de 1.960 establece textualmente lo que sigue: 'Salvo en los casos de recaudo en la fuente, ninguno de los escritos, actuaciones y documentos de que trata el artículo 5o. podrá ser aceptado por los funcionarios judiciales, ni podrá ser tenido como prueba, sino está provisto de las estampillas correspondientes debidamente anuladas, o carecen de la constancia de haber pagado el impuesto mientras no se compruebe el pago de la sanción de que trata el artículo 28'.

"En consecuencia, si ante un funcionario o Tribunal se presenta un documento sin las estampillas de timbre nacional -cuando debe llevarlas según la ley, como en el presente caso- el Juez o Tribunal no puede aceptar tal documento, ni puede ser tenido como prueba, ni está autorizado para enviar oficiosamente dicho documento a la oficina recaudadora respectiva para su revalidación, cuando se trata de un juicio de jurisdicción contenciosa. Pues en este caso el Juez no puede conceder sino a petición de parte".

Ante todo conviene advertir que corresponde a las autoridades administrativas resolver, en definitiva, si los documentos presentados están o no gravados con el impuesto de timbre; y, en caso afirmativo, señalar la cuantía y las sanciones correspondientes, con el objeto de revalidarlos de acuerdo con las normas del decreto citado; en consecuencia, como la apreciación que hace el juez, respecto de haberse causado el impuesto de timbre, es provisional, el art. 32 del D. 2908 le ordena remitirlos "al Administrador o Recaudador de Impuestos Nacionales del lugar en donde se haya descubierto la infracción, para que imponga las sanciones respectivas", sin que sea necesario petición de parte porque se trata de la efectividad de un impuesto, como un acto prejudicial, en interés del Estado, mas no de las partes litigantes, que no pueden invocar la omisión del pago del impuesto, o su pago deficiente o irregular, para fundar un derecho o una ventaja procesal.

Como la finalidad de la norma es la de hacer efectivo un impuesto, la sanción subsiste en forma provisional, mientras no se revalide el documento sujeto al pago del impuesto de timbre; pero una vez hecho, el citado art. 20 le restituye o reconoce su valor probatorio primitivo, en armonía con el art. 28 del mismo decreto, que dispone: "El pago extemporáneo o insuficiente del impuesto de timbre, será sancionado con tres veces el valor del impuesto no pagado oportunamente. Sólo después de pagadas las sanciones se considerará revalidado el documento".

Estas normas, por referirse a un elemento puramente formal y en virtud de disposiciones expresas e imperativas, como las que se dejan citadas, se aplican a toda clase de juicios, así se trate de los de conocimiento o contenciosos, como de los ejecutivos o los nominados de jurisdicción voluntaria, porque el de

creto no hace salvedad alguna, por una parte, y por otra, no se encaminan las dichas normas a tutelar ningún derecho de las partes, sino a la mera efectividad de un impuesto en provecho del Estado.

Por las razones expuestas, se confirma el auto apelado por el Gobernador del Departamento de Nariño.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

Para notificar esta providencia al Gobernador, se comisiona al juez 1o civil del circuito, con dos días de plazo, para lo cual se librará el despacho correspondiente.

Carlos Peláez Trujillo. - Ramiro Araújo Grau. - Efrén Osejo Peña. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García M., Secretario.

* * *

FALLECIMIENTO DEL DOCTOR JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ, PRESIDENTE DE LA H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Concidió el término de la impresión del presente volumen de la Gaceta Judicial con el infausto fallecimiento del doctor José Hernández Arbeláez, personalidad ilustre y eminente jurista, a la sazón Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia, motivo por el cual, como homenaje a su memoria, se publican en esta entrega, la moción de duelo aprobada en sesión de Sala Plena de la Corte y el texto de la oración fúnebre pronunciada en el Cementerio Central de esta ciudad por el doctor Gustavo Fajardo Pinzón, Vicepresidente de la Corporación, así como algunas de las numerosas comunicaciones de condolencia recibidas por la Corte.

El Relator.


REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
SUPREMA DE JUSTICIA

MOCION DE DUELO

La Corte Suprema de Justicia,

CONSIDERANDO:

Que en el día de hoy, 26 de octubre de 1.965, dejó de existir en esta ciudad el señor doctor JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ, Presidente de esta Corporación;

Que el doctor HERNANDEZ ARBELAEZ fue varón eximio por su ciencia y su virtud, cualidades que lo hicieron acreedor al respeto y consideración de sus conciudadanos;

Que el doctor HERNANDEZ ARBELAEZ fue cultor egregio de las ciencias jurídicas y dió muestras de sus grandes conocimientos en la cátedra universitaria, en el ejercicio de la profesión de abogado y en el desempeño del cargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el que servía con notorio decoro al momento de su muerte;

Que el doctor HERNANDEZ ARBELAEZ en dos ocasiones fue señalado por sus compañeros para dirigir los destinos de esta Corte y en ese puesto atendió con marcada eficacia los intereses de la justicia colombiana;

Que el doctor HERNANDEZ ARBELAEZ fue, además, ejemplar padre de familia y esposo ejemplar;

Que es deber de la Corte rendir homenaje a su director y maestro,

RESUELVE:

1o. Deplorar el fallecimiento del doctor JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ y dejar constancia de admiración y respeto a su memoria;

2o. Asistir en corporación a sus exequias y colocar una ofrenda floral sobre su tumba;

3o. Presentar su vida y ejemplo a la consideración de los jueces de la República;

4o. Levantar la sesión en señal de duelo.

Copia de esta Resolución será entregada por una comisión de la Corte a la señora Elena Saenz de Hernández Arbeláez, a sus hijos y demás familiares.

Dada en Bogotá, a veintiséis de octubre de mil novecientos sesenta y cinco.

DISCURSO DEL DOCTOR GUSTAVO FAJARDO PINZON EN EL CEMENTERIO CENTRAL.

Excelentísimo Señor Presidente de la República.

Señores:

La Corte Suprema de Justicia trae en mi voz y con el afecto de sus miembros aquí presentes, su tributo de reconocimiento y de dolor, ante la tumba que ahora se abre para recibir la envoltura corpórea que hasta ayer animara el espíritu de José Hernández Arbeláez.

Herido súbitamente por la muerte en el pináculo de su brillante carrera, lo contemplamos transfigurado ya en la exaltación definitiva de las virtudes que en grado eminente estructuraron su personalidad.

Decir que José Hernández Arbeláez ha muerto es afirmar pesarosamente la desaparición de un excelso ejemplar humano, de imponderable valía:

Notable como cultor de la ciencia del Derecho, en sus múltiples vertientes, a cuyo estudio dedicó desde sus juveniles años la luminosidad de su inteligencia, la agudeza de su talento y el vigor de su criterio;

notable en el ejercicio de la profesión de abogado, mostrando en él cómo su legítimo desempeño no puede ser sino una a modo de milicia del derecho y la ley por la justicia, de manera que todos los intereses particulares y públicos confiados a las manos del profesional, pasen por ellas sin quemarlas, por tener espiritualmente la condición del amianto;

notable como maestro de la juventud universitaria, que no solo escuchó sus doctas lecciones jurídicas, sino que recibió de él cumplidas enseñanzas de rectitud moral, de hombría de bien y patriotismo. Así que su paso por la decanatura de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, como por las cátedras que desempeñara en ella y en otros institutos de jurisprudencia, se señala por estelas de luz, ante la generación de sus discípulos, muchos de los cuales son figuras de relieve en el panorama de la República;

notable como servidor de la sociedad en altas posiciones directivas, cual la Secretaría General de la Superintendencia de Bancos, en donde fue el mentor y real operario de la elaboración de doctrinas que inspiraron la sabia política de aquella entidad;

notable como magistrado en el más elevado organismo de la rama jurisdiccional, en donde por no pocos años alumbró su saber, se hizo sentir su con-

ciencia jurídica, una de las más puras y mejor formadas en el país, y prestó a la administración de justicia, con probidad insospechable, dedicación porfiada y con el más rotundo sentido de la responsabilidad, el concurso de sus grandes capacidades. Muchos de sus fallos son piezas maestras de la jurisprudencia patria, en que no se sabe que admirar más: si la tersura y propiedad del lenguaje, o la elegancia y fluidez del estilo, o la riqueza de las ideas jurídicas, o el poder de convicción del razonamiento, supeditado todo ello a los imperativos de la justicia, como bien supremo de la armonía social. Dos veces Presidente de la Corte, llevó la investidura, con discreción acabada y clásico decoro;

notable como ejemplar humano en quien se aunaron bellas cualidades de relación: sincero en la amistad, gentil en las maneras, generoso en la comunicación de las ideas, y exquisito en el diálogo, que en su boca no conoció la insidia, ni la maledicencia. En fin, jefe austero de un hogar que, con la noble compañera de su vida, labró a su imagen y semejanza, y en donde se mantuvo siempre vivo el culto de las virtunes primordiales, que ahora empieza a proteger su recuerdo.

Su fallecimiento constituye una pérdida para la Patria, que todavía esperaba mucho de él, y para la jurisprudencia que ya no podrá enriquecerse con los nuevos aportes de su sabiduría; cubre con manto de desolación a sus deudos y amigos, y causa un hondo vacío en la Corte Suprema que se siente privada de todo cuanto para ella significó la personalidad insigne de José Hernández Arbeláez.

Su muerte en el sitio y en el acto de cumplimiento de sus deberes tiene el valor de un símbolo sagrado. No es luz que se apaga. Es llama votiva en el altar de la justicia, para confortación de quienes en él ofician.

Si las palabras faltan, si no corresponden a un tema tan vasto, los hechos hablarán por sí solos. La efigie del gran magistrado cuyos despojos mortales confiamos a la caricia maternal de la tierra, promisoria de resurrección, queda perenne en sus sentencias magistrales.

Bogotá, 27 de octubre de 1.965

MENSAJE DE LAS FUERZAS ARMADAS DE COLOMBIA

General Gabriel Rebeiz Pizarro

Ministro de Guerra

Saluda muy atentamente al Señor Doctor Gustavo Fajardo Pinzón, Vice-Presidente de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y a sus distinguidos Miembros, y les presenta en su propio nombre y en el de las Fuerzas Armadas, su más sentida manifestación de condolencia por el fallecimiento del Señor Doctor José Hernández Arbeláez, Presidente de esa Corporación, desea hacer extensivos sus sentimientos de pesar a los Señores Miembros de la Honorable Corte Suprema de Justicia, con la manifestación de su más alta consideración y aprecio.

Bogotá, D. E. Octubre 26 de 1.965

MENSAJE EN NOMBRE DEL SUPREMO GOBIERNO DE GUATEMALA

La Embajada de Guatemala presenta su màs atento saludo a la Honorable Corte Suprema de Justicia, expresándole sus más vivos y profundos sentimientos de pesar por el sensible deceso del Excelentísimo Señor Doctor D. José Hernández Arbeláez, Presidente de ese alto Poder de la República; tan doloroso acontecimiento enluta no solamente a Colombia, sino a todos los Países Americanos, por cuanto el eximio fallecido, por su sabiduría, rectitud y caballerosidad sin tacha, constituía un verdadero paradigma de pulcritud entre los magistrados más prominentes de América.

La Embajada de Guatemala, al manifestar a la Honorable Corte Suprema de Justicia de Colombia, en nombre del Supremo Gobierno de Guatemala y en el suyo propio, su más sentido pésame, le reitera las seguridades de su consideración más alta y distinguida.

Bogotá, 27 de octubre de 1.965

MENSAJE DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Bogotá, octubre 27 de 1.965

Señor doctor
Gustavo Fajardo Pinzón
Vice-Presidente de la
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
E. S. D.

Señor Vice-Presidente:

Me permito hacer llegar a usted y por su digno conducto a la Corporación que ahora preside y a los demás Magistrdos, nuestra expresión de honda condolencia por la muerte del Presidente doctor José Hernández Arbeláez. El haber sido èl profesor en este claustro y habernos distinguido con su afecto, nos hace más sensible su desapariciòn que lamentamos como pérdida de Magistrado íntegro e ilustre, jurista de gran versación y figura y caballero noble y gentil que esplèndida huella deja en el foro colombiano y en el corazòn de sus amigos.

Con sentimientos de la mayor consideración me suscribo de usted, atentamente,

Fernando Hinestrosa.
Rector

INDICE

SALA PLENA

Página

PROPOSICION APROBADA EN SALA PLENA DE FECHA 24 DE ENERO DE 1.963. Por la cual la Corte hace constar su gratitud a los HH. Magistrados doctores José Joaquín Rodríguez y Luis Carlos Zambrano. 7

ATRIBUCIONES Y LIMITACIONES DEL CONGRESO. Facultad condicionada del legislador para decretar auxilios económicos. Mientras subsista la Ley 71 de 1.946, mediante la cual se desarrolla el numeral 20 del art. 76 de la Constitución Nacional, el Congreso está obligado a acatarla. Se declara la inexequibilidad del proyecto de ley "por la cual la Nación auxilia a la Central de Hidratación de Barranquilla en la campaña contra la mortalidad infantil por gastroenteritis". Por sentencia de fecha 11 de febrero de 1.963 la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, declara inexequible el proyecto de ley en referencia. Magistrado Ponente, Dr. Humberto Barrera Domínguez. 8

SANCIONES DISCIPLINARIAS. Una errónea interpretación de la ley hecha por el juzgador, no es motivo bastante, por sí solo, para sustentar una sanción disciplinaria. Por sentencia de 14 de febrero de 1.963 la Corte declara que no es el caso de aplicar ninguna sanción a los Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Mario González Manrique, Aydée Anzola Linares y Aurelio Arturo. Magistrado Ponente, Dr. Humberto Barrera Domínguez. 13

SANCIONES DISCIPLINARIAS. AMBITO LIMITADO DE LAS FUNCIONES DE VIGILANCIA JUDICIAL. FUNCIONES DE LA CORTE. No corresponde a la vigilancia judicial juzgar del acierto del contenido jurídico de las providencias dictadas por los Jueces y Magistrados, ni hacer la crítica de sus proveídos o glosar su criterio en la interpretación de la ley al aplicarla al caso controvertido. No corresponde a la Corte, sino a la ley, señalarles a los Jueces y Magistrados los procedimientos que deban seguir en la tramitación de los juicios. Por providencia de fecha 11 de marzo de 1.963 la Corte declara que no hay lugar a imponer sanción disciplinaria alguna al doctor Flavio Cabrera Dusán, Magistrado del Tribunal de Neiva. Magistrado Ponente, Dr. Enrique Coral Velasco 16

SANCIONES DISCIPLINARIAS. ABUSO DE AUTORIDAD. NO HAY LUGAR A IMPONER NINGUNA SANCION EN EL PRESENTE CASO. Condiciones para que la falta de cumplimiento de la obligación que o los funcionarios o emplea-

Página.

dos públicos impone el art. 10 del Código de Procedimiento Penal constituya abuso de autoridad. Por fallo de fecha 27 de marzo de 1.963 la Corte declara que no es el caso de aplicar ninguna sanción disciplinaria al Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, doctor Guillermo Rey Barrera. Magistrado Ponente, Dr. Gustavo Fajardo Pinzón. 20

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION RESOLUTORIA DEL CONTRATO. Sólo el contratante que ha cumplido o se ha allanado a cumplir, está legitimado para pedir la resolución o el cumplimiento del contrato. Por sentencia de 31 de enero de 1.963 NO SE CASA la dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el ordinario sobre resolución de un contrato promovido por Flaminio Buitrago S. contra Calixto Novoa. Magistrado Ponente, Dr. Enrique López de la Pava. 29

SIGNIFICACION JURIDICA DE LA OCUPACION ECONOMICA DE TERRENOS BALDIOS. 1.- La presunción consagrada en el art. 1o. de la Ley 200 de 1.936 significa que el terreno baldío viene a pertenecer a quien lo haya poseído económicamente. 2. - La figura que instituye el referido artículo, es el motivo constitutivo de la ocupación. 3.- Valor del título de la adjudicación, en el caso en que el adjudicatario tiene el terreno por virtud de haberlo recibido en arrendamiento del poseedor y ocupante. 4.- Comparación entre el derecho del colono y el derecho del adjudicatario. Por sentencia de 31 de enero de 1.963 la Corte CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en el juicio ordinario de Joaquín María Gómez contra Pedro Celestino o Celestino Aguirre. Magistrado Ponente, Dr. José J. Gómez R. 36

TECNICA DE CASACION. Necesidad de demostrar el error de hecho que se le atribuye al fallo de instancia. Por sentencia de 31 de enero de 1.963 la Corte NO CASA la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio ordinario seguido por José María Leyva contra José Galera Simón. Magistrado Ponente, Dr. José J. Gómez R.. 50

INTERRUPCION Y SUSPENSION DEL PROCESO. LA CAUSAL DE INCONGRUENCIA. ERRORES EN LA ESTIMACION DE PRUEBAS. 1.- Diferencias entre la interrupción y la suspensión del proceso. En qué casos es forzosa la notificación personal de la primera resolución que se dicte después de la suspensión. 2.- No hay incongruencia entre la condenación en abstracto que impone una sentencia y la petición formulada en concreto en la demanda, en lo que respecta al quantum de la indemnización. 3.- No está legitimada para solicitar declaración de incongruencia la parte demandada que no se perjudica con la inconsonancia que pueda darse entre las pretensiones del demandante y las decisiones del fallo. Clase de error en que se puede incurrir al examinar la prueba. 5.- Errores derivados de la estimación de pruebas indebida o inoportunamente allegadas. Por sentencia de 8 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la sentencia del Trinunal Superior de Cartagena proferida en el juicio ordinario de Luis E. Isaza Al-

Página

varez contra "Arrocera La Popa Ltda.", sobre pago de perjuicios materiales y morales. Magistrado Ponente, Dr. Enrique Coral Velasco 53

REFORMATIO IN PEIUS. RECURSO DE APELACION. REGISTRO DE TITULOS SOBRE TRANSFERENCIA DE DERECHOS HEREDITARIOS. 1.- La reformatio in peius no se mide sobre los considerandos sino sobre la resolución de los fallos. Contra la parte expositiva de las providencias judiciales no hay apelación. 2.- El Decreto Legislativo No. 154 de 1.957 vino a refrendar la doctrina conforme a la cual el registro de la enajenación del derecho hereditario en abstracto, debe hacerse en el Libro No. 2. 3.- Una cosa es ceder el derecho hereditario en abstracto y otra diferente cederlo con incidencia directa sobre bienes individualizados de la masa herencial. En este segundo caso, el título debe registrarse en el Libro 1o. Por sentencia de 8 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio ordinario seguido por Franco Alfonso Domínguez contra Lucio Rueda. Magistrado Ponente, Dr. José J. Gómez R. 62

OPORTUNIDAD DE PRESENTAR LA DEMANDA DE CASACION. EN QUE CONSISTE LA CAUSAL SEPTIMA. 1.- El que la demanda de casación sea presentada antes de darle traslado al recurrente, no es motivo para desestimarla. 2.- No se da la causal sèptima de casación cuando el Juez se declara inhibido para decidir, no por razón de incompetencia, sino por falta de los demás presupuestos procesales. Por sentencia de 8 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio iniciado por Antonio Jinete Vargas contra José María Arraut B.- Magistrado Ponente, Dr. José J. Gómez R..... 70

LIQUIDACION Y PARTICION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y DE LA HERENCIA. VENTA DE GANANCIALES. El partidor debe proveer siempre en su trabajo al pago de los gastos de apertura de la sucesión y partición del acervo hereditario, formando la hijuela de gastos. 2.- Tres formas distintas que puede revestir la venta que hace el cónyuge supérstite de sus gananciales, y sus respectivos efectos jurídicos. 3.- La regla 3a. del art. 1394 del Código Civil no es precepto propiamente sustantivo que admita violación directa. 4.- La causal de violación directa exige que se citen las normas sustantivas conducentes y de trascendencia en el fallo acusado. Contenido de la regla 1a. del art. 1394 del Código Civil. 5.- El art. 1134 del Código Judicial, como precepto procedimental o adjetivo, no es materia de violacion directa. 6.- No toda clase de objeciones a la partición tienen cabida en el recurso extraordinario. Por sentencia de 8 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el incidente de objeciones a la partición adelantada dentro del juicio de sucesión intestada de Virgilio Santamaría. Magistrado Ponente, Dr. Arturo C. Posada. 73

LA PRUEBA DEL DOMINIO EN LA ACCION REIVINDICATORIA. 1.- Necesidad de acreditar plenamente el derecho de dominio o el de condominio, según el caso, como fundamento de la acción reivindicatoria. 2.- Cómo ha

Página

de demostrarse en juicio reivindicatorio que se ha adquirido por cuotas indivisas la totalidad del inmueble. 3.- La simple certificación del Registrador no es prueba, en juicio, de los títulos traslaticios o declarativos del dominio sobre inmuebles. Por sentencia de 12 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en juicio reivindicatorio seguido por Justo Céspedes N. contra Dámaso Almanza. Magistrado Ponente, Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 94

EXTRALIMITACION DEL MANDATARIO EN EL EJERCICIO DEL MANDATO. Estricta interpretación del mismo. Por sentencia de 14 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de María Bernardina (Bernarda) Correa v. de Londoño frente a Leonidas Pareja y otro, sobre derecho de dominio. Magistrado Ponente, Dr. Enrique Coral Velasco 106

DEDUCCION DE LA VALORIZACION EN LAS CONDENAS POR OCUPACION PERMANENTE DE PREDIOS PARTICULARES POR ENTIDADES ADMINISTRATIVAS. TECNICA DEL RECURSO SE CASACION. 1.- Técnica del recurso de casación referida especialmente al error de derecho en la estimación de la prueba pericial. 2.- Técnica del recurso de casación en cuanto a la precisión con que se deben citar los preceptos legales infringidos. 3 Alcance y sentido exacto del art. 268 del C. C. A., sobre deducción del monto de la valorizacion. 4.- La valorización de que trata el art. 268 citado corresponde a la zona ocupada y no a la que le pueda quedar al propietario. Por sentencia de 14 de febrero de 1.963 la Corte CASA la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario seguido por Egidio Consonni contra el municipio de Cali. Magistrado Ponente, Dr. José J. Gómez R. 117

NULIDAD DEL JUICIO EJECUTIVO. CARGA DE LA PRUEBA. 1. Causal de nulidad consistente en no haber sido legalmente citado o emplazado el deudor. Prueba de la citación y el emplazamiento. 2.- Nulidad del juicio a causa de haberse adelantado la ejecución, después de la muerte del deudor, sin notificar previamente a los herederos. Por sentencia de 15 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Isaac Saltarín de la Hoz como heredero y para la herencia de Cayetano Saltarín Salcedo contra Antonio Velásquez, sobre nulidad de un juicio ejecutivo. Magistrado Ponente, Dr. José Hernández Arbeláez. 125

ACCION REIVINDICATORIA. Por sentencia de 15 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio reivindicatorio seguido por Emilia Londoño de Sánchez contra Elisa Ramírez v. de Londoño y otros. Magistrado Ponente, Dr. José J. Gómez R. 132

NULIDADES PROCESALES. ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE RECONVENCION 1.- Causal sexta de casaciòn referida al cargo de falta de competencia del Tribunal, por causa de no haberse revalidado oportunamente el papel común. 2.- No es admisible la demanda de reconvención cuando las acciones ejercitadas en ella no son procesalmente compatibles con las de la demanda principal. 3.- La admisiòn del recurso de casación no impo-

Página

ne necesariamente una decisión de fondo. Por sentencia de 18 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en juicio ordinario de José Ortega Sánchez contra Luis Alfredo Rueda Ortega. Magistrado Ponente, Dr. Enrique López de la Pava..... 138

OPCION DEL DEUDOR EN LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS. 1.- En las obligaciones alternativas, el silencio del ejecutado frente al mandamiento de pago, puede en ciertas circunstancias equivaler a opción de su parte. 2.- La elección que en las obligaciones alternativas ha de hacer el deudor con antelación al juicio ejecutivo, puede en ocasiones efectuarse, real o virtualmente, dentro del proceso. 3.- Si uno de los dos términos de una obligación alternativa resulta ser absolutamente indeterminado, la obligación deja de ser tal para convertirse en singular o de objeto único. Por sentencia de 21 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en juicio seguido por María Alfonso Gacharná Palacios contra Jorge Gacharná Palacios. Magistrado Ponente, Dr. Gustavo Fajardo Pinzón. 149

NULIDAD DEL REMATE. TECNICA DE CASACION. 1.- En casación no caben cargos subsidiarios. 2.- Los cargos condicionales no se compaginan con la naturaleza del recurso de casación. 3.- Normas que rigen la nulidad del remate según se origine en informalidades procesales o en vicios de la subasta como acto jurídico. 4.- Distinción entre la acción de nulidad de un remate y la acción de revisión en juicio ordinario de la sentencia de pregón y remate. 5.- Para declarar la nulidad de un acto jurídico deben concurrir al juicio las partes que han intervenido en tal acto. Por sentencia de 22 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Marco Antonio Téllez contra Filiberto Pardo, Anunciación Pardo y varios otros. Magistrado Ponente, Dr. Arturo C. Posada. 159

DEFECTUOSA FORMULACION DE SENTENCIAS 1.- Por explícita que sea en su motivación una pretendida sentencia, si su parte resolutiva falta, no es legalmente sentencia. 2.- Si el Tribunal de segunda instancia se limita a revocar la sentencia del inferior y no profiere allí mismo la de reemplazo, la controversia queda sin fallo que la defina. Por sentencia de 27 de febrero de 1.963 la Corte se inhibe de decidir el recurso de casación interpuesto en este negocio, sobre filiación natural y petición de herencia, adelantado por María Dolores González, en representación de sus menores hijas María Nabel, Nelly y Diomar, contra la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Abel Antonio Osorio y Margarita Ayala de Osorio, y a la sucesión del mismo y ordena devolver el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Magistrado Ponente, Dr. Gustavo Fajardo Pinzón. 175

ACCION DE FILIACION NATURAL Y LEGITIMACION EN CAUSA. En tratándose de la acción de filiación natural, la legitimación en la causa se halla no solo en el heredero que ha aceptado la herencia, sino también en quien la ha repudiado. Por sentencia de 28 de febrero de 1.963 la Corte CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Leonor Albornoz de Mendieta contra Ricardo Albornoz, Pedro José Albornoz y varios otros. Magistrado Ponente, Dr. José J. Gómez R... 178

Página

REPRESENTACION LEGAL. GESTION DEL PADRE DE FAMILIA EN INTERES CONCURRENTE Y ARMONICO CON EL DE SUS HIJOS. Interpretación del artículo 240 del C. J. en armonía con el 62 del C. C. y los arts. 13 y 14 de la Ley 45 de 1.936. Por sentencia de 4 de marzo de 1.963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre nulidad de un juicio hipotecario promovido por Pablo Emilio Posada Arango contra Pablo Emilio Posada E. y otros. Magistrado Ponente, Dr. José Hernández Arbeláez..... 185

CONTRATO DE OPCION. La calificación jurídica de los contratos no puede acusarse en casación por medio de error de hecho evidente, sino a través de error jurídico. Violación por inaplicación de la Ley. Por sentencia de 7 de marzo de 1.963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario sobre pago del valor de unos arrendamientos adelantado por Felícitas de Veronessi contra Anacreonte González Padilla y otros. Magistrado Ponente, Dr. Enrique Coral Velasco..... 192

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL PROCESO CIVIL. Incongruencia. La nulidad por violación del art. 11 del C. de P. Penal, no constituye una excepción perentoria. La nulidad por incompetencia de jurisdicción, es reclamable en casación por la causal 6a. y no por la 1a. Falta de técnica en un cargo formulado por violación indirecta del artículo 1609 del C. Civil. El registro de una escritura no puede acreditarse por confesión. Por sentencia de 9 de marzo de 1.963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa adelantado por Zoraida Jaramillo de Plata contra Agustín Quiroga y otros. Magistrado Ponente, Dr. Arturo C. Posada..... 201

ACCION RESOLUTORIA O DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO BILATERAL. OBLIGACIONES Y DERECHOS QUE COMPETEN AL CONTRATANTE CUMPLIDO. Aplicación de los arts. 1546 y 1609 del C. Civil. Por sentencia de 14 de marzo de 1.963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa promovido por Himelda Gámez v. de Calderón contra Marco Tulio Hernández. Magistrado Ponente, Dr. Arturo C. Posada..... 218

CORRESPONDE AL JUEZ QUE PROFIRIO LA SENTENCIA DICTAR LA DECLARACION DE EJECUTORIA EN CASO DADO. Prueba de la ejecutoria del fallo. Requisitos del cargo por error de hecho evidente. Simulación. Su inoponibilidad a terceros de buena fe. Por sentencia de 21 de marzo de 1.963, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario sobre nulidad de una hipoteca adelantado por Esnera Tabares y otros contra Jesús Antonio Tabares y otros. Magistrado Ponente, Dr. Enrique Coral Velasco..... 223

SALA DE CASACION PENAL

COLISION DE COMPETENCIA NEGATIVA SUSCITADA ENTRE AUTORIDADES CASTRENSES (Comando de la Quinta Brigada del Ejército Nacional, con sede en Bucaramanga y Comando del Grupo de Artillería No. 2 "Rondón" de Buenavista, en la Goajira). Las normas de procedimiento, entre las cuales se

Página

encuentran las relativas a competencia son de aplicación inmediata. Compete al Comando del Grupo de Caballería No. 2 "Rondón" conocer del delito de "uso indebido de uniformes y prendas militares" imputado a un soldado de su respectivo batallón, y a la justicia ordinaria, lo relativo al delito contra la propiedad que se investiga en el sumario adelantado contra el mismo acusado. Con fecha 19 de enero de 1.963 así lo resuelve la Corte respecto del proceso adelantado contra Pedro Julio Zambrano Velasco. Magistrado Ponente, Dr. Primitivo Vergara Crespo..... 233

QUEBRANTAMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA DEL ACUSADO. Violación de las formas propias del juicio en proceso por homicidio (asesinato) adelantado de conformidad con las normas del Decreto 0012 de 1.959. Derechos subjetivos e intereses jurídicos del imputado. Sentido material y formal en el derecho de defensa. Causal cuarta de casación. Con fecha 22 de enero de 1.963 se invalida la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Pereira, mediante la cual fue condenado Josè Hersilio Ledesma Copete por el delito de homicidio (asesinato). Magistrado Ponente, Dr. Gustavo Rendón Gaviria..... 236

FALTAS COMETIDAS POR ABOGADO EN EL EJERCICIO DE LA PROFESION. Es improcedente adelantar la investigación por calumnia a que se refiere el art. 12 de la Ley 69 de 1.945, cuando aparece que el autor de la denuncia obró de buena fe. La acción penal debe ser adelantada cuando el delito existe siquiera como hipótesis y el procedimiento es oficioso. Con fecha 22 de enero de 1.963 la Corte confirma la providencia consultada del Tribunal Superior de Tunja, por medio de la cual sobreseyó definitivamente en favor del abogado doctor Daniel Páez Pérez, respecto de los cargos que le fueron hechos por supuestas faltas contra la ética en el ejercicio de la profesión. Magistrado Ponente, Dr. Humberto Barrera Domínguez. 240

FALTAS CONTRA LA ETICA EN EL EJERCICIO DE LA PROFESION DE ABOGADO. Momento consumativo de la infracción. Prescripción para el delito de abuso de confianza y para las faltas disciplinarias (contravenciones). En tratándose de contravenciones la norma aplicable es la contenida en el art. 115 del Código Penal. Con fecha 22 de enero de 1.963 la Corte confirma la providencia del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual declara que la acción disciplinaria, por supuestas faltas contro la ética profesional imputadas al doctor José Miguel López, no puede iniciarse. Magistrado Ponente, Dr. Humberto Barrera Domínguez.... 245

HOMICIDIO ATENUADO. ABERRATIO ICTUS. VALORACION DE LOS ELEMENTOS DE JUICIO QUE COMPORTA EL PROCESO. Prueba testimonial. Violación directa y violación indirecta de la ley sustantiva. Delito cometido dentro de las condiciones previstas en el art. 14 del C. P. Aplicación del art. 28 del C. P. en concordancia con el 362 ibídem. Error en la determinación de la pena mínima imponible. Con fecha 22 de enero de 1.963 se invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, mediante la cual se condenó a Urbano Téllez por el delito de homicidio. Magistrado Ponente, Dr. Simón Montero Torres..... 250

REVISION. INVOCACION DEL ORD. 5º. DEL ART. 571 DEL C. DE P. P. PROCESO POR PECULADO. Los presupuestos formales del recurso de revisión

Página

son necesariamente distintos a los del de casación. Con fecha 22 de enero de 1.963, la Corte niega el recurso de revisión del proceso que por el delito de peculado se adelantó a Ulpiano López. Magistrado Ponente, Dr. Gustavo Rendón Gaviria..... 257

HOMICIDIO Y ROBO AGRAVADOS. Naturaleza jurídica de la providencia que declara el veredicto contrario a la evidencia de los hechos. Obligación del demandante de demostrar que existe antinomia entre el veredicto y la sentencia, cuando plantea la segunda hipótesis de la causal tercera de casación. Normas de la coparticipación criminal. Cuándo es pertinente invocar la causal séptima. Con fecha 23 de enero de 1.963 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, mediante la cual condenó a Alonso Rodríguez Uribe y a Manuel José Tovar Penagos como responsables de los delitos de homicidio y robo agravados. Magistrado Ponente, Dr. Julio Roncallo Acosta..... 266

IMPROCEDENCIA LEGAL DEL RECURSO DE CASACIÓN. Cuándo una sentencia de segunda instancia puede ser recurrida en casación. Sanción imponible para el delito de "abandono del puesto" en los Códigos -anterior y vigente- de Justicia Penal Militar. Límites dentro de los cuales debe concederse el recurso de casación. Con fecha 30 de enero de 1.963, la Corte declara legalmente inadmisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó al soldado Pedro Ananías Hortúa Pulido por el delito de "abandono del puesto". Magistrado Ponente, Dr. Primitivo Vergara Crespo..... 274

DELITOS DE DOBLE HOMICIDIO Y ROBO. Sentencia. Esta es una conclusión lógica de la demostración procesal. Causal segunda. Hechos indicadores de la actividad delictuosa. Prueba de la coartada. Hechos indiciarios. Causal primera. Con fecha 4 de febrero de 1.963 la Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga, por medio de la cual condenó a Luis Alberto y Luis Enrique Bernal López, por los delitos de doble homicidio y robo. Magistrado Ponente, Dr. Samuel Barrientos Restrepo. 278

HOMICIDIO AGRAVADO. NULIDAD SUPRALEGAL POR HABERSE VIOLADO EN EL PROCESO LAS GARANTIAS CONSAGRADAS EN EL ART. 26 DE LA CARTA. Con fecha 4 de febrero de 1.963 se invalida el fallo recurrido del Tribunal Superior de Buga, por medio del cual condenó a Alfonso González Correa por el delito de homicidio agravado. Magistrado Ponente, Dr. Primitivo Vergara Crespo. 291

RECURSO DE REVISION. CAUSALES TERCERA Y QUINTA DEL ART. 571 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. PROCESO POR CONTRABANDO. Con fecha 5 de febrero de 1.963 la Corte declara que no hay lugar a la revisión del proceso seguido a Cecilia Lizcano de la Hoz por el delito de contrabando. Magistrado Ponente, Dr. Humberto Barrera Domínguez. . . 296

HOMICIDIO. Causal segunda de casación. Sentencia y Demanda. Causal primera. Características del asesinato. Con fecha 6 de febrero de 1.963 no se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, por medio de la cual condenó a Luis Felipe Giraldo Acevedo como responsable

Página

del delito de honicidio, en circunstancias de asesinato. Magistrado Ponente, Dr. Samuel Barrientos Restrepo. 304

RECURSO DE HECHO CONTRA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ADUANAS. Requisitos indispensables para la admisibilidad de este recurso. Disposiciones pertinentes que rigen la interposición del recurso de casación. La función de la Corte se reduce a exaninar el recurso de hecho interpuesto, para saber si la casación intentada fue correctamente negada. Con fecha 7 de febrero de 1.963 la Corte resuelve que fue bien denegado el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas, en el proceso contra Alfonso Rodríguez Jiménez por delito de contrabando. Magistrado Ponente, Dr. Samuel Barrientos Restrepo. 313

LEY PERMISIVA O FAVORABLE.- APLICACION DEL ART. 45 DE LA LEY 153 DE 1.887 A PROCESOS POR "POSESION ILEGITIMA DE ARMAS DE FUEGO Y MUNICIONES". Con fecha 8 de febrero de 1.963, la Corte se abstiene de conocer del recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal 1o. del Tribunal Superior Militar contra la sentencia de esa Corporación que juzgó al señor Pedro Emilio Prada Ochoa, por el delito arriba mencionado. Magistrado Ponente, Dr.Humberto Barrera Domínguez. 323

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL HONOR SEXUALES. Corrupción de menores. Alcance de la ley penal colombiana en la tutela del honor sexual. En la mujer la moral sexual se confunde con la castidad. Conceptos sobre la castidad. Grados de pureza que la ley colombiana toma en cuenta para incriminar el acceso carnal con mujer memor de dieciseis años y mayor de catorce. Cuando las relaciones sexuales, moralmente ilícitas y lesivas de la castidad de la mujer, ya habían sido cumplidas en ella con su consentimiento, un nuevo ayuntamiento sexual, realizado en las mismas circunstancias, no puede ofender un interés, el honor sexual, que ya no existe. Error en la interpretación del art. 326 del C. P. Con fecha 13 de febrero de 1.963 se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, proferida en la causa de Gregorio Montaña por el delito de corrupción de menores. Magistrado Ponente, Dr. Humberto Barrera Domínguez. 325

HOMICIDIO INTENCIONAL. Causales primera, segunda, tercera y cuarta de casación. Examen de los cargos. Proceso adelantado conforme a las normas del Decreto 0012 de 1.959. Las nulidades sustanciales y el derecho de defensa. Prueba testimonial. Hechos indiciarios. Disparidad de criterios y contradicciones entre el fallador y el demandante en la apreciación de los hechos. Plena prueba de la objetividad o materialidad del delito de homicidio. Responsabilidad penal del acusado. Con fecha 14 de febrero de 1.963 no se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, que condenó a Gildardo Antonio Quintero Rincón, como responsable del delito de homicidio intencional. Magistrado Ponente, Dr. Samuel Barrientos Restrepo. . . 339

ALCANCE DE LA DOCTRINA DE LA CORTE RELATIVA AL EFECTIVO EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA DEL PROCESADO. NULIDAD SUPRALEGAL POR VIOLACION DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO. Con fecha 14 de febrero de 1.963 se invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, dictada en el proceso adelantado a José Esteban Moreno, Gonzalo García y Jorge Luis García, como responsables de asesi-

Página

nato en complicidad correlativa y en concurso material, y por el delito de robo. Magistrado Ponente, Dr. Primitivo Vergara Crespo. 356

HOMICIDIO. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. Con fecha 15 de febrero de 1.963 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, que condenó a Luis Francisco Arenales Jaimes como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente, Dr. Humberto Barrera Domínguez. 363

HOMICIDIO. Causal cuarta. Funciones del apoderado y del defensor. Formalidades propias del juicio que amparan la institución de la defensa. Supuesta nulidad de orden constitucional y procedimental por incompetencia de jurisdicción de la justicia penal castrense. Con fecha 15 de febrero de 1.963 se desecha el recurso de casación interpuesto por el acusado Severo Salvador Romero Cardozo, contra la sentencia del Tribunal Superior Militar que lo condenó como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente, Dr. Gustavo Rendón Gaviria... 368

HOMICIDIO. CAUSAL CUARTA DE CASACION. Supuesta violación del art. 5o. del Decreto extraordinario No. 3347 de 1.950 y del art. 26 de la Carta. Lo que se busca al reconocer a ciertas informalidades fuerza suficiente para invalidar el procedimiento, es garantizar plenamente al hombre la defensa de su libertad. Pero no toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica la existencia de una nulidad constitucional. Con fecha 19 de febrero de 1.963 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, que condenó a Germán Fontal Tasama, Angel David Guevara Rendón y Pedro José Alvarez Aguirre, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente, Dr. Samuel Barrientos Restrepo..... 374

VIOLACION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE DEFENSA DE LOS PROCESADOS. Indebida aplicación del Decreto 0012 de 1.959. Garantía a ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente al hecho delictuoso. Causales segunda y cuarta de casación penal. Con fecha 19 de febrero de 1.963 la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Miguel Angel Vanegas Verú y a Manuel María Villarreal Avilés, por delitos de doble homicidio, lesiones, robo, violencia carnal y otros hechos. Magistrado Ponente, Dr. Samuel Barrientos Restrepo... 380

HOMICIDIO. AUTO DE PROCEDER. DERECHO DE DEFENSA. El auto de proceder y el delito en su simple denominación genérica. Concepto de género y especie en el homicidio. La elaboración del cuestionario debe redactarse en concordancia, no al género del delito sino concretamente a su especie. Causal 3a. Nulidad del auto de proceder. Causales 1a. y 4a. Infracción de las garantías intangibles a que se refiere el Art. 26 de la Constitución Nacional. Con fecha 21 de febrero de 1.963, la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior de Montería, proferida en la causa por homicidio que condenó a Plutarco Londoño Martelo. Magistrado Ponente, Dr. Simón Montero Torres..... 390

HOMICIDIO EN LA MODALIDAD DE ASESINATO. Causales 4a. y 3a. de casación. Las circunstancias de alevosía en el agente y de inferioridad

Página

e indefensión de la víctima, incluídas en el cuestionario propuesto al Jurado, ya le había sido deducida al reo en el auto de proceder. Consonancia entre la sentencia, el auto de proceder y el veredicto. Con fecha 25 de febrero de 1.963, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Luis Alfonso Pérez Echavarría como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente, Dr. Simón Montero Torres..... 399

HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES. Invocación de las causales 2a. y 1a. del Art. 567 del C. de P. P. La ley colombiana da al Juez amplio campo en la apreciación de las pruebas. Causal 2a. de casación propuesta en negocios tramitados de acuerdo con el Decreto No. 0012 de 1.959. Riña imprevista. Con fecha 25 de febrero de 1.963, la Corte no invalida la sentencia acusada del Tribunal Superior de Neiva en la causa seguida a Israel Rodríguez por homicidio. Magistrado Ponente, Dr. Samuel Barrientos Restrepo..... 402

COAUTORES DEL DELITO DE LESIONES PERSONALES. Invocación de las causales primera y segunda de casación. Escrito presentado con el carácter de demanda de casación que no reúne las exigencias que la ley señala para esa clase de libelos. Con fecha 25 de febrero de 1.963 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, que condenó a Nectario y Raúl Benavides como coautores del delito de lesiones personales. Magistrado Ponente, Dr. Simón Montero Torres..... 411

FALSEDAD EN DOCUMENTOS. Falsedad material a que se refiere el ord. 1o. del art. 231 del Código Penal. Alcance de los términos "contrafacción" y "fingimiento" en letra, firma o rúbrica. Causales cuarta y segunda de casación. Con fecha 27 de febrero de 1.963 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Augusto Plazas Hora como responsable del delito de falsedad en documentos. Magistrado Ponente, Dr. Humberto Barrera Domínguez..... 414

TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO. Motivos de casación propuestos con base en las causales segunda, primera y cuarta del art. 567 del C. de P. P. Falsa coartada aducida por el procesado. Previsión contenida en el art. 363 del C. P. Fundamento de las pruebas que responsabilizan penalmente al reo. Con fecha 27 de febrero de 1.963 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, proferida en la causa que condenó a Aurelio o Aureliano Rubio Salazar, como responsable del delito tentado de homicidio. Magistrado Ponente, Dr. Humberto Barrera Domínguez..... 422

CONTRABANDO. Causal de casación prevista en el ord. 2o. del art. 20 del Decreto 0188 de 1.958. La inexiquibilidad del Decreto 0700 de 1.954 determinó el regreso al procedimiento establecido sobre contrabando en el Decreto 3134 de 1.952. Pretermisión del precepto contenido en el art. 16 del Decreto 3134. Violación de las formas propias del juicio garantizadas en el art. 26 de la Carta. Con fecha 28 de febrero de 1.963 se invalida la sentencia acusada, proferida por el Tribunal Superior de Aduanas en

Página

el proceso seguido a Januario Nieto Tenorio por el delito de contrabando. Magistrado Ponente, Dr. Simón Montero Torres..... 434

HOMICIDIO EN LA MODALIDAD DE ASESINATO. interpretación de los arts. 362 y 363 del Código Penal. En el régimen penal vigente no cabe hablar de la "teoria de la absorción" sino del sistema de la "acumulación jurídica" para la fijación de las sanciones. El móvil que haya determinado la conducta del delincuente no es elemento integrante del delito sino uno de los factores de éste. Modalidades que dan al delito la calidad de asesinato. Con fecha 1º. de marzo de 1.963 se desecha el recurso de casaciòn interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, que condenó al procesado Abel Pabón Monsalve, como responsable de los delitos de homicidio y robo. Magistrado Ponente, Dr. Simón Montero Torres..... 437

HOMICIDIO. CAUSALES SEGUNDA Y PRIMERA DE CASACION PENAL. En los procesos tramitados de acuerdo con el Decreto 0012 de 1.959 es pertinente aducir la causal segunda de casaciòn. La coparticipación criminal requiere concurso de acción y concurso de voluntad. Manifiesto error del ad quem en la apreciación de hechos de responsabilidad. Errada aplicación del ord. 9o. del art. 37 del C. P. en la sentencia impugnada. Con fecha 6 de marzo de 1.963 se invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, proferida en el proceso adelantado a Luis Eduardo Ospina Giraldo y a Paulo Emilio Lòpez Duque, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente, Dr. Humberto Barrera Domínguez..... 442

COLISIQN DE COMPETENCIAS ENTRE LA JURISDICCION ORDINARIA Y LA JUSTICIA PENAL CASTRENSE. La Corte reitera la doctrina relativa al fuero penal castrense sentada en providencia de 27 de julio de 1.961, en el sentido de que la Policía Nacional es una institución de carácter civil y de que el juzgamiento de sus miembros por infracciones penales, corresponde a la justicia ordinaria. Con fecha 6 de de marzo de 1.963, la Corte dirime la colisión de competencias plateada entre el Juzgado 2º. Superior de Santa Marta y el Juzgado 45 de Instrucción Penal Militar, en el sentido de que el conocimiento del proceso adelantado contra los Agentes de la Policía Nacional, Silvio Augusto Castaño Grajales, César Salustino Calderòn Peña y José Pablo Díaz Rodríguez, por los delitos de homicidio y lesiones personales, corresponde a la justicia ordinaria. Magistrado Ponente, Dr. Humberto Barrera Domínguez... 457

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL EN PROCESO POR DELITO DE CONTRABANDO. Con fecha 11 de marzo de 1.963 la Corte declara prescrita la acción penal en el proceso adelantado a Hunaldo Rocha Alarcón y Juan Andrés Fortich Hernàndez, por el delito de contrabando. Magistrado Ponente, Dr. Simón Montero Torres. 460

COMPETENCIA DE LA CORTE PARA JUZGAR, EN UNICA INSTANCIA, A MAGISTRADOS DE TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS. Infundada e injusta imputación de abuso de autoridad y falsedad hecha por el Fiscal del Tribunal Superior de Manizales a un Magistrado del Tribunal Administrativo de la misma ciudad. Con fecha 20 de marzo de 1.963, la Corte se abstiene de abrir causa criminal contra el Magistrado del Tribunal

Página

Contencioso Administrativo de Caldas, doctor Samuel Buitrago Hurtado, por los delitos "De abuso de autoridad" y "falsedad en documentos", de que se le sindicó, en el ejercicio de sus funciones. Magistrado Ponente, Dr. Primitivo Vergara Crespo. 461

ESTAFA. Causales cuarta, segunda y primera de casación penal. Competencia de los Jueces Superiores para conocer del ilícito por razón de la cuantía. Interpretación del precepto contenido en el art. 1769 del Código Civil. Artificios y maniobras engañosas eficaces para inducir en error a la víctima. Circunstancia de menor peligrosidad. Evento de fraude previsto en el art. 411 del C. P. Indebida aplicación del art. 36 del Código Penal. Pena Imponible. Con fecha 27 de marzo de 1.963 se invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, que condenó a Carlos Arturo Rojas López por el delito de estafa. Magistrado Ponente, Dr. Humberto Barrera Domínguez. 467

HOMICIDIO. CAUSAL SEGUNDA. Análisis exhaustivo de la prueba testimonial. Apreciación de la prueba pericial. Elementos constitutivos de la defensa legal o legítima. Con fecha 27 de marzo de 1.963 no se invalida la sentencia acusada, proferida por el Tribunal Superior de Pereira, que condenó a Francisco Urbano Ortiz como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente, Dr. Samuel Barrientos Restrepo. 483

EXTRADICION. Con fecha 29 de marzo de 1.963 la Corte emite concepto favorable sobre la extradición del ciudadano suizo Gervais von Gunten, formulada por la Embajada de Suiza en Bogotá. Magistrado Ponente, Dr. Julio Roncallo Acosta. 504

REVISION. CAUSAL QUINTA DEL ART. 571 DEL C. DE P. P. Los casados que hagan vida conyugal, están exentos de prestar servicio militar bajo banderas. Con fecha 30 de marzo de 1.963, la Corte ordena la revisión de la causa adelantada contra Rafael Agustín Gonzàlez León en el Comando de la Escuela de Policía Militar de Bogotá. Magistrado Ponente, Dr. Samuel Barrientos Restrepo. 511

SALA DE CASACION LABORAL

ACCIDENTE DE TRABAJO OCURRIDO POR CULPA DEL PATRONO. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS DE ORDEN LABORAL E INDEMNIZACION ORDINARIA DE PERJUICIOS CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO CELEBRADO CON LA NACION. LEGITIMACION PARA INTERVENIR EN EL PROCESO. 1. Falta de legitimación para obrar en el recurso extraordinario. 2. Las relaciones de derecho individual del trabajo entre el Estado y los empleados oficiales en el ramo de Obras Públicas, se rige por la legislación anterior al Código Laboral. 3. Según el último inciso del literal b) del art. 12 de la ley 6a. de 1.945, probada en el juicio la culpa del patrono en la producción del accidente de trabajo, el demandante adquiere el derecho a la reparación plena de los perjuicios que por tal causa le sobrevinieron. No puede colocarse en el mismo plano el accidente de trabajo, imprevisto y repentino, que el producido por culpa del empresario. La indemnización prefijada por la ley

Página

del trabajo se funda en el riesgo creado, esto es, en la simple responsabilidad objetiva, sin tomar en cuenta la culpa patronal. En cambio, la ordinaria de perjuicios comprende todos los que el accidente haya causado a la víctima y que ésta logre demostrar. 4. Deducciones injustificadas del monto de lo debido por causa de indemnización ordinaria de perjuicios. Por sentencia de fecha 18 de enero de 1.963 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, casa parcialmente la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Rafael Cruz Lozada contra la Sociedad "Morrisonn Knudsen & Cia." y la Nación. Magistrado Ponente, Dr. José Joaquín Rodríguez. 519

ERRONEA ESTIMACION DE PRUEBAS. CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATO INDEPENDIENTE. COLABORACION PRESTADA AL TRABAJADOR. EXENCION DE LA SANCION MORATORIA. 1. Pese a la libertad de que goza el juez laboral en materia de pruebas, si el medio probatorio no está sancionado por el derecho, su estimación es completamente ineficaz. 2. La colaboración que al trabajador presten terceros o personas de su familia, no tiene el mérito de destruir la presunción de contrato de trabajo, si al lado de esa colaboración se mantiene el servicio personal del empleado. Efecto jurídico de la colaboración extraña cuando no es desautorizada por el patrono, sino oceptada expresa o tácitamente. 3. El pago a destajo y el contrato de trabajo. 4. Exención de la sanción moratoria por motivos de equidad. Por sentencia de 19 de enero de 1.963 la Corte casa la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por Lupercio Pino López contra la Compañía denominada "Esso Colombiana S. A.". Magistrado Ponente, José Joaquín Rodríguez. 530

DENEGACION DEL RECURSO DE CASACION. Quien no apela del fallo de primera instancia carece de interès jurídico para acusar en casación el de segunda confirmatorio de aquèl. El fin primordial del recurso extraordinario, o sea unificar el derecho jurisprudencial, no puede procurarse en cada caso sino a iniciativa de quien esté interesado en el debate judicial porque la sentencia de la Corte pueda afectarlo. Por providencia de 25 de enero de 1.963 la Corte declara bien denegado el recurso de casación propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotà en el juicio adelantado por Cornelio Fernández Franco contra "La Casa del Cuero, Ltda.". Magistrado Ponente, Dr. Roberto De Zubiría C. 540

INDEMNIZACION MORATORIA. No se demostró el error evidente de hecho alegado por el recurrente. Por sentencia de 30 de enero de 1.963 la Corte NO CASA el fallo recurrido, dictado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en juicio ordinario laboral de Gilberto Acero Tachón contra Jack Oundijian. Magistrado Ponente, Dr. Roberto De Zubiría C. 543

TRABAJO AUTONOMO Y CONTRATO DE TRABAJO. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. NO SE DEMOSTRARON LOS ALEGADOS ERRORES DE HECHO EN LA ESTIMACION PROBATORIA. 1. Se presenta la violación directa cuando a un hecho que no se discute en el proceso deja de aplicar la sentencia la norma que lo regula. Si pa-

Página

ra demostrar el antecedente de la presunción de que trata el art. 24 del C. S. T., es necesario examinar pruebas, por haberlo negado el Tribunal, ya no se está dentro del ámbito de la infracción directa de la ley. 2. La errónea interpretación de la ley proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido, con independencia de toda cuestión de hecho. 3. El error de hecho consiste en dar por establecido un hecho sin prueba que lo acredite, o negarlo cuando ésta lo demuestra. Por sentencia de 30 de enero de 1.963 la Corte NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por Isabel Cabrera v. de Pérez contra Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca). Magistrado Ponente, Dr. José Joaquín Rodríguez. 548

INDEMNIZACION DEL LUCRO CESANTE POR RUPTURA UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. 1.- En qué consiste la infracción directa de la ley. 2.- El art. 50 del Código de Procedimiento Laboral no consagra derechos u obligaciones de los sujetos de la relación laboral. Por sentencia de 31 de enero de 1.963 la Corte NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla en juicio de Eduardo A. Price O. contra "Sears Roebuck de Colombia Ltda." Magistrado Ponente, Dr. Luis Alberto Bravo. 559

CONTRATO DE TRABAJO Y TRABAJO AUTONOMO. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. CRITICA DE LA PRUEBA. 1. El Juez debe atenerse a la forma contractual estipulada por las partes; pero si en su ejecución el contrato no se ajusta a lo pactado, priva el que resulta de los hechos. Ya que el vínculo laboral no es de cumplimiento inmediato sino sucesivo, su ejecución a través del tiempo es lo que permite saber si quien presta el servicio lo rinde con autonomía o bajo la dependencia de quien lo recibe. 2.- Circunstancias que no desvirtúan la naturaleza del contrato de trabajo. 3.- Las modalidades de infracción de la ley en forma directa y por errónea interpretación, no son pertinentes cuando se vinculan a actividades probatorias del sentenciador. La infracción directa se produce cuando al hecho probado no aplica la sentencia la norma que lo regula, y su errónea interpretación requiere la aplicación del precepto, pero en sentido diverso del que ofrece su recto entendimiento. Por sentencia de 5 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario seguido por Manuel Fernández contra Gustavo Arango Escobar. Magistrado Ponente, Dr. José Joaquín Rodríguez 565

CESANTIA, VACACIONES Y PRIMAS DE SERVICIO. DEFECTUOSA E INCOMPLETA FORMULACION DE CARGOS EN CASACION 1.- El concepto de violación legal por interpretación errónea de la ley debe ser propuesto con prescindencia de errores de valoración probatoria. 2. Es preciso demostrar en qué aspecto radica el error de interpretación de la ley que se le atribuye al sentenciador. Por sentencia de fecha 4 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA el fallo recurrido dictado por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en juicio

Página

ordinario de Julio C. Montenegro contra Antonio Falk. Magistrado Ponente, Dr. Roberto De Zubiría C 573

JORNADA ORDINARIA Y TRABAJO SUPLEMENTARIO. Las partes están autorizadas para señalar una jornada de trabajo inferior a la máxima legal. Las horas que excedieren el límite de lo pactado tienen la significación de trabajo suplementario. La ley fija la jornada máxima cuando las partes no han convenido otra: suple la voluntad de éstas cuando sobre el punto han guardado silencio. Por sentencia de 13 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio adelantado por Santiago Berrío contra la Sociedad de responsabilidad limitada denominada "Zeisel, Martelo, Bozzi". Magistrado Ponente, Dr. José Joaquín Rodríguez 582

AUXILIO DE CESANTIA Y VACACIONES. PRETENDIDA INCOMPETENCIA DE LA JUSTICIA DEL TRABAJO PARA CONOCER Y FALLAR EL PRESENTE NEGOCIO. INFUNDADA INVOCACION DE LA CAUSAL ESTABLECIDA EN EL ART. 1º. DEL DECRETO 2017 DE 1.952. Por sentencia de 14 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Medellín dentro del juicio de Luis Eduardo García contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado Ponente, Dr. Roberto De Zubiría C. 587

VACACIONES. PRETENDIDA INCOMPETENCIA DE LA JUSTICIA LABORAL PARA CONOCER Y FALLAR ESTE PROCESO. INVOCACION DE LA CAUSAL DE CASACION CONSAGRADA EN EL DECRETO 2017 DE 1.952. Por sentencia de 15 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la sentencia recurrida dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en el juicio adelantado por Joaquín Emilio Londoño contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado Ponente, Dr. Roberto De Zubiría C. 593

SUSTITUCION PATRONAL. CLAUSULA DE RESERVA. ERROR DE HECHO EN LA ESTIMACION DE LAS PRUEBAS. COMPUTO DEL AUXILIO DE CESANTIA CAUSADO CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DEL CODIGO. 1. Cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador al servicio del nuevo patrono bajo el mismo régimen contractual, son los tres presupuestos que según la jurisprudencia estructuran la sustitución patronal. La transmisión del dominio de la empresa de un patrono a otro, evento en que el sustituido desaparece, es una de las causas del fenómeno de la sustitución patronal, pero no es exclusiva, ya que no solo la enajenación de la empresa conduce a la sustitución, sino cualquuier otro título, como el simple cambio del régimen de administración. 2. La afirmación de que la cláusula de reserva no tiene validez por haber mediadio vicio en el consentimiento del trabajador, no se presume sino que debe probarse. 3. Cómputo de cesantía conforme a la legislación anterior al Código Sustantivo del Trabajo. Por sentencia de fecha 18 de febrero de 1.963 la Corte CASA parcialmente la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta en el juicio de Pedro L. Durán contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, sucursal de esa ciudad. Magistrado Ponente, Dr. José Joaquín Rodríguez..... 599

Página

RECLAMACION SOBRE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE COMISIONES SOBRE VENTAS, REAJUSTE DE CESANTIA Y PRIMAS DE SERVICIO. CLAUSULAS CONTRACTUALES INEFICACES. LA CORRESPONDENCIA ENTRE COMERCIANTES COMO MEDIO PROBATORIO. INFUNDADA ALEGACION DE ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO. La correspondencia entre comerciantes no está sometida a formalidades especiales, y por tanto no le es aplicable al caso de autos el art. 657 del Código Judicial que trata exclusivamente de los instrumentos públicos y de los documentos privados otorgados en país extranjero cuando la ley del lugar regula el modo como deben ser extendidos, en orden a garantizar las obligaciones en ellos estipuladas. Así, pues, no se configura el error de derecho que alega el recurrente. Por sentencia de fecha 21 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, de Bogotá, en el juicio ordinario de Oscar Torres Gómez contra la Sociedad de responsabilidad limitada "Leonidas Lara e Hijos" Magistrado Ponente, Dr. Luis Albero Bravo..... 613

CONTRATO DE TRABAJO Y RELACIONES DE CONCUBINATO. PRUEBA EN CONTRA DE LA PRESUNCION LEGAL DE CONTRATO DE TRABAJO. El servicio personal exonera a quien lo presta de la carga de demostrar la existencia del contrato de trabajo, pero solo constituye uma presunción legal, que admite prueba en contrario. Condiciones para que pueda darse contrato de trabajo entre concubinos. Por sentencia de fecha 21 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en juicio adelantado por María Cardona Arias contra Marco Londoño. Magistrado Ponente, Dr. José Joaquín Rodríguez. 632

CESANTIA. VACACIONES. COSTAS DEL JUICIO. PRETENDIDA INCOMPETENCIA DE LA JUSTICIA LABORAL PARA CONOCER DE ESTE NEGOCIO, CON FUNDAMENTO EN LA CAUSAL DE CASACION ESTABLECIDA EN EL DECRETO 2017 DE 1.952. REITERACION DE DOCTRINAS ANTERIORMENTE EXPUESTAS POR LA SALA. Por sentencia de fecha 27 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la sentencia recurrida dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en juicio adelantado por Leonel Rodríguez contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado Ponente, Dr. Luis Fernando Paredes A. 641

AUXILIO DE CESANTIA. VACACIONES. PRETENDIDA E INFUNDADA ALEGACION DE INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCION DEL TRABAJO PARA CONOCER DE ESTE NEGOCIO. CAUSAL DE CASACION ESTABLECIDA EN EL DECRETO 2017 DE 1.952. REITERA LA SALA DOCTRINAS RECIENTEMENTE EXPUESTAS. Por sentencia de 27 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la sentencia recurrida dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en juicio adelantado por Hernando de J. Lora contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado Ponente, Dr. Luis Fernando Paredes A. 647

RECLAMACION DE SALARIOS INSOLUTOS Y PRESTACIONES SOCIALES. CONCURRENCIA DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO Y

Página

APARCERIA. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. Por sentencia de 28 de febrero de 1.963 la Corte NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio laboral de Juan de Dios Loaiza contra Francisco y Mario Botero Alvarez. Magistrado Ponente, Dr. José Joaquín Rodríguez. 653

AUXILIO DE CESANTIA. VACACIONES. INTERPOSICION DEL RECURSO DE CASACION CON FUNDAMENTO EN LA CAUSAL ESTABLECIDA EN EL DECRETO No.2017 DE 1.952. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA LABORAL PARA CONOCER DE ESTE NEGOCIO. Por sentencia de fecha 1o. de marzo de 1.963 la Corte NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellin en el juicio adelantado por Diógenes Urquijo contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi). Magistrado Ponente, Dr. Luis Alberto Bravo. 657

PERJUICIOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE TRABAJO Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DELITO. DELIMITACION DE COMPETENCIAS ENTRE LA JUSTICIA PENAL, LA CIVIL Y LA LABORAL PARA CONOCER Y DECIDIR SOBRE PERJUICIOS CAUSADOS. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. 1. Infracción de la ley por error de interpretación. 2. No es posible alegar en el mismo cargo interpretación errónea de la ley y violación indirecta de la misma. 3. El cambio en casación de la causa petendi entraña un medio nuevo, motivo suficiente para el rechazo del cargo. 4. Si la causa del perjuicio no es la ruptura ilegal del contrato, sino un hecho delictuoso, la justicia del trabajo no es competente para decretar su reparación. Corresponde a la justicia penal el conocimiento del proceso criminal de manera privativa. Aún en los casos en que es pertinente el ejercicio de la acción civil en juicio separado, corresponde su conocimiento al juez civil y no al del trabajo. No es acumulable la acción de perjuicios por culpa contractual a la de perjuicios por culpa extracontractual. Por sentencia de 1o. de marzo de 1.963 la Corte NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en juicio de Rafael Otero Zuluaga contra el Distrito Especial de Bogotá y la Empresa Distrital de Aseo. Magistrado Ponente, Dr. José Joaquín Rodríguez. 661

PENSION DE JUBILACION Y REINTEGRO DE SUMAS RECIBIDAS POR CONCEPTO DE CESANTIA. APLICACION INDEBIDA DE NORMAS QUE NO HABIAN ENTRADO EN VIGENCIA EN EL MOMENTO DE TERMINAR EL CONTRATO. Por sentencia de 4 de marzo de 1.963 la Corte CASA la recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio adelantado por Pablo Castro Molina contra Aerovías Nacionales de Colombia, Avianca. Magistrado Ponente, Dr. Roberto De Zubiría C. 668

ACCIDENTE DE TRABAJO. INDEMNIZACION MORATORIA. En el presente caso no tuvo ocurrencia el accidente de trabajo que se adujo como fundamento de las reclamaciones. Por sentencia de 27 de marzo de 1.963, la Corte NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en juicio promovido por

Página

Manuel Velásquez contra la sociedad Anónima "Paños Vicuña Santa Fe". Magistrado Ponente, Dr. José Joaquín Rodríguez. 676

INDEMNIZACION MORATORIA Y PERIODO DE PRUEBA. COMPUTO DE LA MORA. INTERPRETACION DE LA DEMANDA. COSTAS Y RECURSO DE CASACION. 1. El patrono que, a la terminación del contrato, no le cancela a su trabajador en período de prueba, las prestaciones que le debe, incurre en la sanción moratoria. 2. En orden a exonerar al patrono de las obligaciones que le impone el art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no basta el simple depósito de lo que crea deber en los Bancos o Institutos autorizados para recibirlo, sino que se requiere efectuar la entrega del titulo del depósito al funcionario competente. Por sentencia de 28 de marzo de 1.963 la Corte NO CASA la recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en juicio adelantado por Edilberto Bermúdez N. contra Rafael Paredes, en su propio nombre y como representante de la firma "Rafael Paredes y Cia. Ltda". Magistrado Ponente, Dr. Luis Alberto Bravo. 684

EL CONTRATO O FIGURA JURIDICA DE LA OPCION. EL CONTRATO DE CORRETAJE. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA DEL TRABAJO SEGUN EL DECRETO 456 DE 1.956. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. 1. Diversos conceptos por los cuales el fallador puede violar la ley. 2. Competencia de los jueces del trabajo para conocer de las reclamaciones sobre honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado. 3. Ineficacia de la acusación que señala como violadas por el sentenciador solamente disposiciones atinentes a la competencia, al trámite o al régimen probatorio. 4. Resulta imposible demostrar simultaneamente y con los mismos razonamientos el error de derecho y el error de hecho. 5. Necesidad de precisar si el error de hecho que se imputa a una sentencia se produce por falta de apreciación o por estimación errónea de la prueba. 6. Clase de error a que puede dar lugar la equivocada calificación de la naturaleza jurídica de un contrato. 7. Dos formas diferentes de la figura jurídica de la opción. El contrato de opción y la ley positiva. Por sentencia de 30 de marzo de 1.963 la Corte NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en juicio que establecieron Luis E. Amaya y Francisco Callamand contra la Comunidad Religiosa de Dominicas Terciarias de Santa Catalina de Sena. Magistrado Ponente, Dr. Luis Fernando Paredes A. 690

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO. REVELACION DE SECRETOS O ASUNTOS DE CARACTER RESERVADO CON PERJUICIO DE LA EMPRESA. OBSERVANCIA DE LOS REGLAMENTOS DE TRABAJO. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. 1.- Los arts. 120, 121 y 122 del Código Sustantivo, relacionados con el reglamento de trabajo, considerados aisladamente, no establecen derecho alguno en favor del trabajador. El cargo en casación, para que sea viable, debe incidir en la resolución contenida en el fallo acusado. 2.- La violación de la ley sustantiva por error de hecho presenta dos modalidades distintas e inconfundibles: la errónea estimación de una prueba determinada y

Página

su falta de apreciación. Por sentencia de 30 de marzo de 1.963 la Corte NO CASA la recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en juicio de Ana Helena Miranda contra la Caja de Crèdito Agrario, Industrial y Minero, domiciliada en Bogotá. Magistrado Ponente, Dr. José Joaquín Rodríguez. 705

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PETROLEOS. IDENTIFICACION DEL INMUEBLE. Solo a condición de que el predio a que se refiere la demanda sea identificable y se identifique realmente, cabe ahondar sobre la situación jurídica que respecto de él crea el título que se alega. Por sentencia de 18 de enero de 1.963 la Corte declara infundada la oposición de la parte actora en el juicio de Ana Currea Santos contra la Nación. Magistrado Ponente, Dr Carlos Pelaéz Trujillo. 717

DEVOLUCION DE EXPEDIENTES. Aplicación de las sanciones establecidas en el art. 381 del Código Judicial en contra de la parte renuente. Por sentencia de 21 de enero de 1.963 la Corte declara infundada la oposición formulada por los señores Fulgencio Lequerica Vèlez, Alicia Porto de Lequerica y varios otros y en consecuencia absuelve a la Nación. Magistrado Ponente, Dr. Ramiro Araújo Grau. 721

PETROLEOS. Importancia de la determinación del predio. Por sentencia de 22 de enero de 1.963 la Corte declara infundada la oposición formulada por Enrique Tono de la Espriella y Víctor Mainero S. y absuelve a la Nación de los cargos contenidos en el libelo. Magistrado Ponente, Dr. Carlos Pélaez Trujillo. 725

PETROLEOS. DETERMINACION DE LOS PREDIOS POR MEDIO DE PRUEBAS EXTRAJUDICIALES. INSPECCION OCULAR PARA FUTURA MEMORIA. PERITACION. La práctica de inspecciones oculares para futura memoria es admisible pero con relación a los hechos o circunstancias respecto de los cuales el transcurso del tiempo haga difícil su establecimiento. Dar traslado a las partes de la peritación es requisito a cuyo cumplimiento está indisolublemente ligado su valor probatorio. Por sentencia de 6 de febrero de 1.963 la Corte declara infundadas las oposiciones formuladas por los Municipios de San Juan Nepomuceno y San Jacinto y en consecuencia absuelve a la Nación respecto a las pretensiones que contra ella formularon tales Municipios. Magistrado Ponente, Dr. Ramiro Araújo Grau. 729

INCIDENTE SOBRE REGULACION DE PERJUICIOS Y OTRAS CONDENAS ILIQUIDAS. OBJETO DEL INCIDENTE Y DEL TERMINO PROBATORIO DEL MISMO . La liquidación a que se refiere el art. 553 del Código Judicial debe ceñirse estrictamente a los pronunciamientos de la sentencia, sin que puedan plantearse de nuevo cuestiones que han quedado descartadas en virtud del fallo. La actividad probatoria del incidente debe dirigirse a la plena comprobación de las sumas liquidas en que deben quedar concretadas las condenas. Por sentencia de fecha 13 de febrero de 1.963 la Sala determina la suma líquida que resulta a car-

Página

go de la Nación y a favor de Fernando Mosquera B., en virtud de la sentencia de 22 de julio de 1.959, entre las mismas partes. Magistrado Ponente, Dr. Ramiro Araújo Grau. 734

PETROLEOS. EL TITULO EMANADO DEL ESTADO Y LOS RESGUARDOS DE INDIGENAS. PRUEBA PRINCIPAL Y PRUEBA SUPLETORIA. REGIMEN LEGAL. Condiciones para que pueda aceptarse la prueba supletoria del titulo emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873. Por sentencia de 15 de febrero de 1.963 la Corte absuelve a la Nación de los cargos hechos por Cecilia Casabianca de Gamboa y Lucía Casabianca de Narváez. Magistrado Ponente, Dr. Efrén Osejo Peña.. 741

AUTOS INTERLOCUTORIOS Y AUTOS DE SUSTANCIACION. El auto que decreta las pruebas solicitadas por las partes es de simple sustanciación. Por auto de 19 de febrero de 1.963 se revoca el de fecha 3 de septiembre de 1.962 proferido por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario de la Compañía Fleischmann Colombiana Inc. contra la Nación. Magistrado Ponente, Dr. Efrén Osejo Peña. 753

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR CARLOS PELAEZ TRUJILLO, RESPECTO DE LA PROVIDENCIA QUE ANTECEDE 765

PETROLEOS. EL REQUISITO DE LA IDENTIFICACION DE LOS PREDIOS. LA PRUEBA PERICIAL. 1. Qué se requiere en juicios de petróleos para que pueda darse por cumplido el requisito de la identificación de los predios. 2. Lo que al perito se le exige no es, como sí al testigo, una simple noticia sobre la materialidad de los hechos, sino un juicio o concepto técnico formado con aplicación de principios científicos o de conocimientos especializados. En cuanto a las pruebas que los peritos pueden tener en cuenta como elementos de juicio, son únicamente las recibidas en forma regular dentro de la causa, no las que ellos alleguen por su propia cuenta sin sujeción a las normas que en la ley disciplinan su aducción. Por sentencia de 23 de febrero de 1.963 la Corte confirma la pronunciada por el Tribunal Superior de Santa Marta en juicio ordinario promovido por el Municipio de San Sebastián de Buenavista contra la Nación. Magistrado Ponente, Dr. Carlos Pélaez Trujillo. 766

INSPECCION OCULAR PRACTICADA POR MEDIO DE JUEZ COMISIONADO. El art. 726 del Código Judicial, al paso que establece la regla general de la facultad del Juez para comisionar, le impone sin embargo la restricción de que cuando una de las partes lo pide, debe practicar directamente la diligencia. No señala la ley la oportunidad para formular esa petición. Por auto de 27 de febrero de 1.963 se reforma el proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja recaído en las diligencias extrajudiciales de inspección ocular solicitadas por la Nación con citación de la Compañía "Chivor Esmerald Mines Inc.". Magistrado Ponente, Dr. Carlos Peláez Trujillo 775

ACLARACION DE SENTENCIAS. La aclaración no puede ir más allá del contenido de lo resuelto. Dónde debe presentarse el verdadero motivo de duda. Por providencia de 27 de febrero de 1.963 la Corte decide que no hay lugar a hacer la aclaración de la sentencia de segun-

Página

da instancia recaida en juicio ordinario de Jorge Vásquez Franco y otra contra la Nación. Magistrado Ponente, Dr. Carlos Peláez Trujillo 778

PETROLEOS. DETERMINACION DE LOS TERRENOS LITIGIOSOS. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA ACCION. En este juicio no se acreditó debidamente el presupuesto de la determinación de los terrenos litigiosos. Por sentencia de 28 de febrero de 1.963 la Corte niega las peticiones de la demanda ordinaria promovida por Maria Cecilia Correa Correa y absuelve a la Nación demandada de todos las cargos formulados en el libelo. Magistrado Ponente, Dr. Luis Carlos Zambrano. 780

ACCION DE DOMINIO DEL SUBSUELO PETROLIFERO. EXAMEN DE LAS PRUEBAS APORTADAS. CRITICA DEL TESTIMONIO. FALTA DE IDENTIFICACION DE LOS TERRENOS MERCEDADOS. DOCUMENTOS ALLEGADOS DURANTE LA INSPECCION OCULAR. En la diligencia de inspección ocular pueden recibirse o practicarse pruebas, pero bajo la condición esencial e indispensable de que se hayan pedido y decretado dentro del primer lapso señalado en el art. 746 del Código Judicial. Por sentencia de 4 marzo de 1.963 la Corte absuelve a la Nación de la demanda de oposición de Alberto Medina Pinzón y Alicia Pabón de Medina. Magistrado Ponente, Dr. Efrén Osejo Peña. 793

IMPUESTO DE TIMBRE. Consecuencias, en el campo procesal y probatorio, de la falta de pago del referido impuesto en documentos, escritos o actuaciones que deben pagarlo. Por auto de fecha 27 de marzo de 1.963 la Corte confirma una providencia dictada por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ejecutivo adelantado por Zoila Checa de Ortiz contra el Gobernador del Departamento de Nariño. Magistrado Ponente, Dr. Efrén Osejo Peña. 804

FALLECIMIENTO DEL DR. JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ PRESIDENTE DE LA H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 807

MOCION DE DUELO. 809

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL DR. GUSTAVO FAJARO P. 810

* * *

Aquí termina el tomo 101 de la Gaceta Judicial, correspondiente al primer trimestre de 1.963. Los índices y la jurisprudencia de este tomo, junto con todos los de este año, se publicarán en el tomo 105.

NOTA:

La corrección de las pruebas del presente Volumen, estuvo a cargo del Sr. Hernando Martínez Pinto, Funcionario del Ministerio de Justicia.



Esta obra se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos del Fondo Rotatorio Judicial. Penitenciaría Central de Colombia, Bogotá, en Noviembre de 1.965